

CIVIEL RECHT

Hof Den Haag 13 februari 2024 (zorgplicht zorgkantoren – inkoop van zorg), m.nt. mr. M.E.F. Bots en mr. S. Snelder

Hof Den Haag 13 februari 2024 (mr. P. Glazener, mr. G.C. de Heer en mr. I. Brand, in aanwezigheid van de griffier), nr. 200.334.448/01, ECLI: NL: GHDHA: 2024: 199, zorgaanbieders/zorgkantoren

(...; red.)

1. De zaak in het kort

1.1 De zorgkantoren kopen ter uitvoering van de Wet langdurige zorg (hierna: Wlz) gehandicaptenzorg in bij de zorgaanbieders. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de tarieven voor deze zorg. In de procedure bij de voorzieningenrechter (hierna ook: de procedure in) eerste aanleg hebben de zorgaanbieders onder meer een verbod gevorderd om de inkoopprocedures voort te zetten, tenzij de zorgkantoren de tarieven zouden verhogen en meer inzage zouden geven in de totstandkoming daarvan. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen.

1.2 In hoger beroep vorderen de zorgaanbieders onder meer inzage in de totstandkoming van de tarieven alsmede een veroordeling om voor 2024 een nieuw richttariefpercentage vast te stellen als basis voor de vaststelling van de tarieven, en daarbij de financieringslasten en -baten te betrekken. Het hof komt in dit arrest tot het oordeel dat de zorgkantoren de vaststelling van het

richttariefpercentage voor 2024 onvoldoende hebben onderbouwd. Het hof veroordeelt de zorgkantoren het richttariefpercentage voor 2024 opnieuw te berekenen op zodanige wijze dat de groep zorgaanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel van tenminste 75% heeft, en daarbij de financieringslasten en -baten te betrekken. Bij de gevorderde inzage in de totstandkoming van de tarieven hebben de zorgaanbieders dan geen (spoedeisend) belang meer.

2. Procesverloop in hoger beroep

(...)

3. Feitelijke achtergrond

3.1 De Wlz regelt zware, intensieve zorg voor kwetsbare ouderen, mensen met een handicap en mensen met een psychische aandoening. De Wlz-zorg wordt voor een groot deel gefinancierd uit inkomensafhankelijke premies die worden ingehouden op loon of uitkering, en uit eigen bijdragen van de verzekerden.

3.2 De zorgaanbieders bieden (onder meer) gehandicaptenzorg in natura aan, zoals die op grond van de Wlz wordt verleend.

3.3 De zorgkantoren regelen de langdurige zorg voor de regio waarvoor zij zijn aangewezen als Wlz-uitvoerder. De

zorgkantoren hebben een zorgplicht. Ter uitvoering daarvan sluiten zij overeenkomsten met zorgaanbieders die verzekerde Wlz-zorg kunnen verlenen.

3.4 Daarbij zijn de zorgkantoren en de zorgaanbieders gebonden aan de tariefregulering van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa). De NZa stelt maximumtarieven vast voor de vergoeding van de Wlz-zorg in natura. Deze zijn gebaseerd op kostprijsonderzoek. De door de NZa vastgestelde maximumtarieven worden jaarlijks geïndexeerd. In 2025 worden deze opnieuw vastgesteld. Verder houdt de NZa toezicht op zorgverzekeraars, zorgkantoren en zorgaanbieders.

3.5 Op 1 juni 2023 hebben de zorgkantoren hun nieuwe inkoopbeleid voor de jaren 2024-2026 gepubliceerd. Elk zorgkantoor heeft daarbij twee categorieën inkoopdocumenten gepubliceerd. De eerste categorie betreft inkoopdocumenten van Zorgverzekeraars Nederland (hierna: ZN). Deze zijn (inhoudelijk) bij elk zorgkantoor in beginsel aan elkaar gelijk. De tweede categorie bestaat uit de inkoopdocumenten die elk zorgkantoor zelfstandig heeft opgesteld.

3.6 In Bijlage 7 bij de inkoopdocumenten van ZN van 1 juni 2023, genaamd “Onderbouwing richttariefpercentages Wlz” (hierna: Bijlage 7), wordt een landelijk tariefmodel beschreven. In Bijlage 7 staat onder meer het volgende:

“Waarom een landelijk tariefmodel?”

Om de toegang tot kwalitatief goede zorg op een doelmatige manier te waarborgen hebben zorgkantoren een landelijk tariefmodel ontwikkeld. Dit landelijke tariefmodel dient als uitgangspunt voor de zorgkantoren in hun tariefafpraak richting zorgaan-

bieders. Door te kiezen voor een landelijk tariefmodel dragen zorgkantoren bij aan duidelijkheid en transparantie over de gemaakte modelkeuzes. Tegelijkertijd behouden we hierbij ruimte voor maatwerk binnen de regio. Het landelijke tariefmodel biedt een onderbouwd richttariefpercentage op basis waarvan zorgkantoren binnen de regio afspraken kunnen maken met zorgaanbieders.

Landelijk richttariefpercentage per sector als uitgangspunt

(...) De richttariefpercentages per sector zijn nadrukkelijk géén gemiddelde, minimum, basis of maximumtarief. Het is het uitgangspunt van de zorgkantoren bij het vormgeven van hun inkoopbeleid. In de praktijk worden, binnen de regio, afspraken gemaakt over de tarieven waarbij dat tarief op zorgaanbiedersniveau hoger of lager kan liggen dan het richttariefpercentage, afhankelijk van het inkoopbeleid.

Evenals voorgaande jaren hanteren de zorgkantoren een hardheidsclausule. Net als afgelopen jaren maakt de hardheidsclausule onderdeel uit van de tariefsystematiek bestaand uit het landelijk richttariefpercentage als uitgangspunt, verdere differentiatie en uitwerking in het inkoopbeleid van ieder zorgkantoor en een hardheidsclausule.

Doorontwikkeling t.o.v. voorgaande jaren en gehanteerde uitgangspunten

(...) Richting 2024 hebben de zorgkantoren stappen gemaakt in de doorontwikkeling van het model om voor alle sectoren een goed onderbouwde, transparante en uitlegbare systema-

tiel te hebben. Hierbij zijn de volgende uitgangspunten in acht genomen:

- De onderbouwing is transparant en uitlegbaar.
- Er hoeven geen tarieven te worden vergoed die voor elke zorgaanbieder kostendekkend zijn, omdat dan de duurste zorgaanbieder de maatstaf zou worden en elke prikkel om efficiënt te werken zou verdwijnen.
- Het tarief mag niet zodanig laag zijn dat dit ten koste gaat van de tijdige beschikbaarheid van voldoende, juiste en kwalitatief toereikende zorg.
- Zorgkantoren moeten rekening houden met bepaalde organisatie-specifieke aspecten die een significante impact kunnen hebben op de kostenopbouw.
- Er moet rekening worden gehouden met gelegitimeerde regionale of anderszins goed onderbouwde kostenverschillen.

Welke bronnen zijn gebruikt?

Voor de onderbouwing van het richttariefpercentage gebruiken de zorgkantoren drie bestaande databronnen:

- 1 De meest recent beschikbare jaarverslagen (2021) van zorgaanbieders binnen de Wlz (V&V, GZ en GGZ).
- 2 Declaratiegegevens van alle zorgkantoren over 2021. Hiervoor wordt per zorgaanbieder het aantal declaraties en het gedeclareerde bedrag per prestatie dat is ingediend bij het zorgkantoor aangegeven. Voor zorgaanbieders die bovenregionaal werken (d.w.z. met meerdere zorgkantoren) worden alle declaraties meegenomen. Er wordt dus gerekend

met het totaal per zorgaanbieder (en niet per regio of per zorgkantoor).

- 3 De NZa maximumtarieven (uit de beleidsregels) van 2021.

De data zijn gecontroleerd op basis van een outlier analyse waarbij zorgkantoren afwijkende waarden hebben bekeken en, indien nodig, uitgesloten.¹ Er is geen aanvullende uitvraag gedaan bij zorgaanbieders om de administratieve lasten te beperken.

Toelichting op het tariefmodel

Het tariefmodel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste deel is op zorgaanbieder niveau en bepaalt per zorgaanbieder een kostenpercentage op basis van de kosten die zij hebben gemaakt voor de levering van Wlz zorgprestaties. Het tweede deel rekent met behulp van deze kostenpercentages een richttariefpercentage uit voor iedere sector (...)

Deel 1 : Bepalen zorgaanbieder percentage (kostenpercentage)
(...)

Stap 1: bepalen Wlz ZiN kosten

Vanuit de jaarrekeningen per zorgaanbieder is geen onderscheid te maken tussen de kosten die aan de Wlz zijn gerelateerd en kosten uit andere domeinen. In deze eerste stap kennen we een gedeelte van de kosten toe aan de Wlz, specifiek aan de Zorg in Natura (ZiN). Hiervoor gebruiken we de omzetratio door te kijken naar het deel van de totale omzet dat behaald is binnen de Wlz (o.b.v. declaratiegegevens) t.o.v. de totale omzet. Hierbij hanteren we, evenals o.a. de NZa in haar berekeningen doet voor kosten die zij (...) niet specifiek kunnen toekennen aan de Wlz, de aanname dat

de verhouding tussen de Wlz ZiN-omzet en de totale omzet een betrouwbare benadering is voor de verhouding tussen de Wlz ZiN-kosten en de totale kosten. Alle Wlz zorgaanbieders zijn meegenomen in de berekening, ongeacht de hoogte van de omzet die zij genereren binnen Wlz. Hierdoor kunnen alle zorgaanbieders zich herkennen in het model.
(...)

Stap 2: 100% NZa maximum tarief scenario

De kosten van een zorgaanbieder worden uitgedrukt in een percentage ten opzichte van de omzet die een zorgaanbieder behaald zou hebben o.b.v. het maximum NZa-tarief. Hiervoor berekenen we de omzet op basis van het 100% NZa maximum tarief scenario.
(...)

Stap 3: bepalen kostenpercentage zorgaanbieders

Het kostenpercentage wordt bepaald door de ZiN gerelateerde Wlz kosten af te zetten tegen het NZa maximum tarief scenario.
(...)

Deel 2 : Bepalen sectorpercentage (...)

Stap 4: Zorgaanbieders toewijzen naar sectoren en bepalen kostenpercentage per zorgaanbieder

Om tot een percentage per sector te komen worden de zorgaanbieders opgesplitst in de 3 sector groepen (GGZ, GZ & V&V). De sector waarin een zorgaanbieder hoofdzakelijk werkzaamheden verricht (o.b.v. totale omzet) in de Wlz is leidend voor de sector waarin deze wordt ingedeeld.

Stap 5: Bepaling 75e percentiel

Het richttariefpercentage wordt vastgesteld op het niveau waarbij het tarief voor 75% van de zorgaanbieders kostendekkend voor de Wlz is. Dit is identiek aan voorgaande jaren. Wij hebben hiervoor gekozen omdat het richttariefpercentage o.b.v. het 75e percentiel voor het merendeel van de zorgaanbieders voldoende moet zijn om goede zorg te kunnen verlenen, maar ook om doelmatigheid te kunnen stimuleren.”

3.7 In Bijlage 7 is opgenomen dat het richttariefpercentage voor de gehandicaptenzorg (GZ) is bepaald op 95,7%. Het document vermeldt hierover onder meer: “Bij een richttariefpercentage van 95,7% heeft 75% van Wlz-aanbieders een neutrale of positieve marge. 54% heeft een marge van meer dan 2% en 12% een negatief resultaat van meer dan 2%.”

3.8 Veel zorgaanbieders hebben op 14 en 15 juni 2023 vragen ingediend en ook bezwaar gemaakt tegen het inkoopbeleid. De zorgkantoren hebben op 7 juli 2023 een landelijke Nota van Inlichtingen gepubliceerd. Hierin hebben de zorgkantoren de gestelde vragen beantwoord. Voor dit geding is relevant dat de zorgkantoren op meerdere vragen het volgende antwoord hebben gegeven (vgl. de akte nadere onderbouwing van de zorgaanbieders, productie 42, (antwoord op) vraag 426, in iets andere bewoordingen vraag 429):

“De tariefsystematiek bestaat uit drie delen: 1. de landelijke richttariefpercentages, 2. zorgkantoor-specifiek beleid voor regionale aanpassingen en 3. de hardheidsclausule. Met deze systematiek verwachten zorgkantoren tot reële tariefafspraken te komen.

Het richttariefpercentage is het onderliggende uitgangspunt voor de tariefbepaling. In de regionale inkoopstukken van de zorgkantoren staat vermeld hoe het beleid voor regionale aanpassingen is vormgegeven. Als blijkt dat voor een individuele zorgaanbieder het tarief niet toereikend is kan een zorgaanbieder een beroep doen op de hardheidsclausule opgenomen in het zorginkoopbeleid. De toekenning van de hardheidsclausule moet in beginsel passen binnen het macrokader en de maximumtarieven.”

3.9 Verder hebben de zorgkantoren in antwoord op een vraag van de zorgaanbieders naar de externe validatie van de onderbouwing van de richttariefpercentages per sector in de Nota van Inlichtingen het volgende opgemerkt:

*“Zorgkantoren hebben PwC gevraagd voor deze externe validatie. Toelichting PwC:
“PwC heeft de ‘conceptual soundness’ van het Model Tariefonderbouwing Wlz 2024 beoordeeld. Dat betekent dat PwC een wiskundige validatie heeft uitgevoerd op het model dat een landelijk sectorspecifiek tariefpercentage berekent. PwC doet geen uitspraak over de implementatie en over impact van het model in de praktijk door zorgkantoren, zoals regionale of aanbieder specifieke factoren. Ook kan PwC geen uitspraak doen over het model in verhouding tot de andere modellen van bijvoorbeeld zorgaanbieders (relatieve kwaliteit) maar wel ten opzichte van het model 2021. PwC geeft geen overall kwalificatie van de opzet van het model.”*

3.10 De zorgkantoren hebben op 7 juli 2023 ook een gewijzigde versie van Bijlage 7 gepubliceerd. Daarin is in aanvulling op de versie van 1 juni 2023 bij de resultaten per sector het marktaandeel van het 75e percentiel (75% van de zorgaanbieders) exclusief outliers voor de drie aanbieder groepen vermeld. Voor de aanbieder groep Verpleging & Verzorging (V&V) is dit marktaandeel 79,23%, voor de aanbieder groep GZ is dit marktaandeel 75,22% en voor de aanbieder groep GGZ is dit marktaandeel 83,94%.

3.11 Op 13 september 2023 hebben de zorgverzekeraars nog een Nota van Wijziging gepubliceerd. Daarin is vermeld:

“Zorgaanbieders hebben duidelijke signalen gegeven over financiële tekorten die zij in 2024 verwachten. Om er zeker van te zijn dat de eerder vastgestelde en gepubliceerde richttariefpercentages voor het jaar 2024 passend zijn en voldoen aan de uitgangspunten die de zorgkantoren hebben vastgesteld, is de geplande analyse op basis van de beschikbare data van de jaarrekening 2022 eerder dan oorspronkelijk voorzien uitgevoerd.

Uit deze analyse, die op basis van dezelfde methodiek is uitgevoerd als bij de publicatie in juni 2023, blijkt dat de vastgestelde percentages aanpassing behoeven om te voldoen aan de uitgangspunten van de tariefsystematiek.”

Het in deze nota genoemde herziene richttariefpercentage voor het jaar 2024 voor de sector gehandicaptenzorg is 96,0%. In de nota staat dat het gepubliceerde regionale beleid van de zorg-

kantoren inclusief op- en afslagen voor 2024 verder ongewijzigd blijft.

3.12 Op 5 oktober 2023 hebben de zorgkantoren een Addendum bij Bijlage 7 bekendgemaakt met nadere informatie over de resultaten per sector op basis van de voorlopige cijfers over 2022, waaronder de marktaandelen exclusief *outliers* van het 75e percentiel voor de verschillende aanbieder groepen. Voor de aanbieder groep V&V is het marktaandeel 78,25%, voor de aanbieder groep GZ is het marktaandeel 60,16% en voor de aanbieder groep GGZ is het marktaandeel 73,29%.

4. Procedure bij de voorzieningenrechter

(...)

5. Vorderingen in hoger beroep

5.1 De zorgaanbieders zijn in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens zijn met het vonnis. Zij hebben verschillende grieven tegen het vonnis aangevoerd. De zorgaanbieders hebben hun eis gewijzigd en vorderen nu het volgende (naast vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter):

- 1 de zorgkantoren te gebieden binnen twee weken na het te wijzen arrest de volgende documenten openbaar te maken: (i) een lijst van de zorgaanbieders waarvan de zorgkantoren de financiële gegevens hebben gebruikt bij het berekenen van het richttariefpercentage, (ii) een lijst van de zorgaanbieders waarvan de zorgkantoren bij het berekenen van het richttariefpercentage de financiële gegevens niet hebben gebruikt omdat de zorgkantoren hen be-

schouwen als *outliers*, (iii) het rekenmodel waarvan de Zorgkantoren bij het berekenen van het richttariefpercentage gebruik hebben gemaakt, met inbegrip van de gebruikte formules maar zonder de daarin ingevulde financiële gegevens, en (iv) het validatierapport van PwC over de berekening van het richttariefpercentage;

- 2 de Zorgkantoren te gebieden het richttariefpercentage opnieuw te berekenen en op basis van het opnieuw berekende richttariefpercentage tarieven vast te stellen en deze opnieuw vastgestelde tarieven te vergoeden op de met ingang van 1 januari 2024 verleende Wlz-zorg, op zodanige wijze dat: (i) na herberekening van het richttariefpercentage de groep aanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel (op basis van Wlz-ZiN omzet) van ten minste 75% heeft, en (ii) in het resultaat dat bij de herberekening van het richttariefpercentage wordt gehanteerd financieringsbaten en -lasten zijn meegenomen;
- 3 de zorgkantoren te gebieden de hardheidsclausule op een zodanige wijze aan te passen dat: (i) daarin uitsluitend duidelijke, precieze en ondubbelzinnige toepassingsvoorwaarden worden gehanteerd, (ii) daarin niet het eigen vermogen noch de organisatiestructuur van de aanvragende zorgaanbieder worden meegewogen, en (iii) de zorgaanbieders gedurende ten minste drie weken na de publicatie van de overeenkomstig deze vordering gewijzigde hardheidsclausule in de gelegenheid worden gesteld daarop alsnog een beroep te doen;

- 4 e zorgkantoren hoofdelijk te veroordelen in de kosten van beide instanties en tot terugbetaling van de ter uitvoering van het vonnis in eerste aanleg betaalde proceskosten, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het te wijzen arrest, en – voor het geval voldoening van de kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;
- 5 één en ander, voor zover mogelijk, uitvoerbaar bij voorraad;

met dien verstande dat de vorderingen onder a t/m e worden ingesteld:

(...)

5.2 De zorgkantoren voeren verweer en concluderen tot bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter, met hoofdelijke veroordeling van de zorgaanbieders in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente en, in het geval van Zilveren Kruis, VGZ en Salland, met nakosten.

6. Beoordeling in hoger beroep

Formele verweren

(...)

- *Uitgangspunten bij de verdere beoordeling*

6.6 Het hof neemt tot uitgangspunt dat de zorgkantoren bij het inkopen van Wlz-zorg gebonden zijn aan de beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Op grond van het transparantiebeginsel zijn de zorgkantoren verplicht een

tariefsysteem te hanteren dat vooraf bekend, inzichtelijk en controleerbaar is. Verder brengt dit beginsel mee dat de zorgkantoren moeten motiveren dat hun tarieven voldoen aan de daaraan te stellen eisen. Uit het proportionaliteitsbeginsel vloeit voort dat de zorgkantoren gehouden zijn een reële vergoeding te betalen voor de zorg die zij inkopen, die redelijk efficiënt functionerende zorgaanbieders in staat stelt hun kosten te dekken. Daarbij moet acht worden geslagen op organisatie-specifieke aspecten die een significante impact kunnen hebben op de kostenopbouw. Verder moet rekening worden gehouden met onderbouwde regionale kostenverschillen. De tarieven hoeven niet voor elke zorgaanbieder kostendekkend te zijn, omdat dan de duurste zorgaanbieder de maatstaf zou worden en een belangrijke prikkel om efficiënt te werken zou verdwijnen. Anderzijds mogen de tarieven niet zodanig laag zijn dat zij ten koste gaan van de tijdige beschikbaarheid van voldoende, juiste en kwalitatief toereikende zorg.

6.7 De zorgkantoren bestrijden niet dat zij deze aanbestedingsrechtelijke beginselen in hun inkoopbeleid in acht moeten nemen. Volgens Bijlage 7 hebben de zorgkantoren rekening gehouden met deze beginselen bij de ontwikkeling van het landelijke tariefmodel (zie Bijlage 7, onder het kopje “Doorontwikkeling t.o.v. voorgaande jaren en gehanteerde uitgangspunten”). Zij verwijzen er ook naar in hun inkoopdocumenten (zie bijvoorbeeld het inkoopdocument van Zilveren Kruis, versie 7 juli 2023, pagina 32).

6.8 Het hof stelt verder vast dat de zorgaanbieders geen grief hebben gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat zij geen spoedeisend

belang hebben bij hun vorderingen, voor zover deze zien op het inkoopbeleid van de zorgkantoren voor de jaren 2025 en volgende. De voorzieningenrechter heeft dat oordeel onder meer gebaseerd op de toezegging van de zorgkantoren ieder jaar opnieuw onderzoek te zullen doen naar (de juistheid van) het richttariefpercentage en dit percentage zo nodig naar aanleiding daarvan tussentijds aan te passen. Daarom zal het hof de vorderingen van de zorgaanbieders tot herberekening van het richttariefpercentage en aanpassing van de hardheidsclausule (de vorderingen genoemd onder b. en c. in 5.1 van dit arrest) slechts in overweging nemen voor zover deze betrekking hebben op het jaar 2024.

- *Openbaarmaking van documenten*

6.9 Met grief 2 betogen de zorgaanbieders dat de onderbouwing van het richttariefpercentage in strijd is met het transparantiebeginsel. In het verlengde hiervan vorderen de zorgaanbieders in hoger beroep de zorgkantoren te gebieden deze gegevens openbaar te maken teneinde die onderbouwing te kunnen controleren (de vordering genoemd onder a. in 5.1 van dit arrest). Volgens de zorgaanbieders brengt het transparantiebeginsel mee dat de zorgkantoren de lijst van zorgaanbieders waarvan de financiële gegevens zijn gebruikt bij de berekening van het richttariefpercentage, de lijst van zorgaanbieders die als *outliers* zijn aangemerkt, het gebruikte rekenmodel en het validatierapport van PwC openbaar moeten maken.

6.10 Zilveren Kruis, VGZ en Salland voeren aan dat de zorgaanbieders hun rechten om openbaarmaking van de documenten te vorderen, hebben verwerkt, omdat zij niet tijdig hun bezwa-

ren kenbaar hebben gemaakt en voor het eerst in hoger beroep openbaarmaking hebben gevorderd. Verder bestrijden de zorgkantoren dat de tariefsystematiek onvoldoende transparant is. Zij betogen onder meer dat het transparantiebeginsel niet zo ver reikt dat de zorgaanbieders recht hebben op alle door de zorgkantoren gehanteerde gegevens en in staat moeten worden gesteld de gemaakte berekeningen over te doen. Verder voeren zij aan dat bekend is welke zorgaanbieders zij hebben meegenomen in de herberekening van het richttariefpercentage en dat het mededingingsrecht zich ertegen verzet dat zij openbaar maken welke zorgaanbieders als *outliers* zijn aangemerkt. Het gebruikte model is volgens de zorgkantoren volledig beschreven in Bijlage 7. Het validatierapport van PwC kunnen de zorgkantoren niet openbaar maken omdat PwC geheimhouding heeft bedongen.

6.11 Het hof volgt Zilveren Kruis, VGZ en Salland niet in hun rechtsverweringsverweer. Voor rechtsverwerking is nodig dat een standpunt uitdrukkelijk wordt prijsgegeven. Dat hebben de zorgaanbieders niet gedaan. De zorgaanbieders hebben er terecht op gewezen dat zij in een vroeg stadium, onder meer door het indienen van bezwaren binnen de daarvoor gestelde uiterlijke datum van 15 juni 2023, om meer inzicht in de totstandkoming van de tarieven hebben gevraagd. Bovendien hebben zij reeds in eerste aanleg een nadere toelichting bij onderdelen van de inkoopprocedures gevorderd. De zorgkantoren hebben dus aan de opstelling van de zorgaanbieders niet het vertrouwen kunnen ontnemen dat zij hun aanspraken op transparantie prijs gaven.

6.12 Met betrekking tot de transparantie van de tariefsystematiek overweegt het hof als volgt. Het transparantiebeginsel vereist dat de vaststelling van het door de zorgkantoren toegepaste richttariefpercentage controleerbaar is voor de zorgaanbieders. Controleerbaar houdt in dat de zorgaanbieders in staat moeten worden gesteld na te gaan hoe de zorgkantoren tot de vaststelling van het richttariefpercentage zijn gekomen. Daarvoor is nodig dat de zorgaanbieders inzicht hebben in het landelijke tariefmodel en in de gegevens die de zorgkantoren hebben gebruikt bij de toepassing van dit model. Het landelijke tariefmodel is beschreven in Bijlage 7. De gebruikte gegevens zijn vermeld op pagina 3 van Bijlage 7. De zorgaanbieders stellen echter dat daarmee niet de vereiste transparantie is geboden, omdat zij niet in staat zijn om aan de hand van het model en de gebruikte gegevens zelf het kostenpercentage van een zorgaanbieder uit te rekenen.

6.13 Een van de problemen waar de zorgaanbieders zeggen tegenaan te lopen is dat zij niet kunnen nagaan hoe de zorgkantoren hebben bepaald welk deel van de kosten van de zorgaanbieders is toegerekend aan het Wlz ZiN-segment. Volgens het tariefmodel hebben de zorgkantoren aan de hand van de verhouding tussen de omzet behaald binnen het Wlz ZiN-segment en de totale omzet van de zorgaanbieders bepaald welke kosten aan het Wlz ZiN-segment kunnen worden toegerekend. Volgens de zorgaanbieders valt echter niet zonder meer uit de declaratiegegevens af te leiden welke omzet binnen het Wlz ZiN-segment is behaald.

6.14 Verder is volgens de zorgaanbieders onduidelijk wie van hen door de

zorgkantoren zijn meegenomen in de herberekening van het richttariefpercentage. De zorgkantoren stellen dat zij alle zorgaanbieders hebben meegenomen die op het moment van herberekening hun jaarrekening over 2022 hadden gepubliceerd. De zorgaanbieders kunnen echter niet nagaan welke zorgaanbieders dat zijn, onder meer omdat niet bekend is op welk moment de herberekening is uitgevoerd. Uit Bijlage 7 kan ook niet worden opgemaakt welke zorgaanbieders op grond van de *outlier* analyse zijn uitgesloten. Het criterium wordt wel beschreven (er is sprake van *outliers* als kosten of opbrengsten van zorgaanbieders meer dan twee x de standaarddeviatie afwijken van de mediaan, zie voetnoot 2 op pagina 3 van Bijlage 7, hiervoor aangehaald op pagina 6), maar in de beschrijving is ook sprake van correcties en het is niet duidelijk hoe deze correcties tot stand zijn gekomen.

6.15 Al met al is het naar het oordeel van het hof voorshands aannemelijk dat de zorgaanbieders over onvoldoende informatie beschikken om de berekening van het richttariefpercentage te controleren. Volgens de zorgkantoren is dat ook niet nodig, omdat zij de zorgaanbieders niet in staat hoeven te stellen de berekening over te doen. Dat zou volgens hen de inventiviteit en creativiteit van de zorgaanbieders kunnen beknotten. Ook beroepen de zorgkantoren zich op een overweging van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag in een recent vonnis met betrekking tot de tarieven voor ouderenzorg (ECLI:NL:RBDHA:2023:16336, rechts-overweging 4.26). Het valt echter niet in te zien hoe de inventiviteit en creativiteit van de zorgaanbieders zou kunnen worden gestimuleerd door hen gegevens te onthouden waarmee zij de

berekening van het richttariefpercentage kunnen controleren. De overweging van de voorzieningenrechter heeft in het bijzonder betrekking op bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Dat speelt hier niet, aangezien het gaat om gegevens die aan de jaarrekeningen en declaratiegegevens van de zorgaanbieders zijn ontleend. Voor zover het gegevens betreft waarvan de openbaarmaking de mededinging tussen de zorgaanbieders onderling zou kunnen beïnvloeden, kunnen maatregelen worden getroffen om dat te voorkomen, zoals de inschakeling van accountants die aan de zorgaanbieders op geaggregeerd niveau verslag uitbrengen. Alleen het validatierapport van PwC is niet van de zorgaanbieders afkomstig. De zorgkantoren stellen dat zij dat niet kunnen verstrekken omdat PwC geheimhouding heeft bedongen. Als aan de zorgaanbieders geen inzage in dit validatierapport kan worden verstrekt, dan is dat een reden te meer om van de zorgkantoren te verlangen dat zij nadere inzage geven in de berekening van het richttariefpercentage. Uit het transparantiebeginsel volgt dat de berekening van het richttariefpercentage controleerbaar moet zijn. De zorgaanbieders kunnen de berekening van het richttariefpercentage niet (laten) controleren zolang zij niet weten welke gegevens de zorgkantoren bij die berekening hebben gebruikt.

6.16 Het is echter niet nodig om in dit kort geding te bepalen welke gegevens de zorgkantoren nog aan de zorgaanbieders moeten verstrekken. Zoals hiervoor overwogen, staan in dit kort geding alleen de tarieven in 2024 ter discussie. Om redenen die het hof hierna uiteen zal zetten, zal het hof het gevorderde gebod tot herberekening van het richttariefpercentage voor de tarieven van 2024 toewijzen. De zorgaan-

bieders hebben onvoldoende onderbouwd welk spoedeisend belang zij nog hebben bij openbaarmaking van de documenten als die vordering wordt toegewezen. Het hof gaat er overigens vanuit dat de zorgkantoren, met inachtneming van hetgeen hiervoor in 6.15 is overwogen in het kader van het transparantiebeginsel, bij de vaststelling van het richttariefpercentage voor 2025 en volgende jaren, de benodigde gegevens aan de zorgaanbieders zullen verstrekken teneinde hen in staat te stellen de berekening te (laten) controleren.

6.17 De slotsom is dat grief 2 niet slaagt.

- *Herberekening van het richttariefpercentage met inachtneming van het marktaandeel*

6.18 Grief 3 heeft betrekking op het vastgestelde landelijke richttariefpercentage van 96,0%. Volgens de zorgaanbieders leidt dit niet tot reële, kostendekkende tarieven, omdat de groep van 75% van het aantal zorgaanbieders die bij dit richttariefpercentage een neutraal of positief bedrijfsresultaat behaalt, slechts een marktaandeel van 60,16% in het Wlz ZiN-segment heeft. Zij vorderen een gebod aan de zorgkantoren om een nieuw richttariefpercentage vast te stellen op zodanige wijze dat de groep zorgaanbieders met een neutraal of positief bedrijfsresultaat een marktaandeel van tenminste 75% in het Wlz ZiN-segment heeft.

6.19 De zorgkantoren voeren aan dat zij duidelijk hebben aangegeven in Bijlage 7 dat de norm voor de vaststelling van het landelijke richttariefpercentage is gebaseerd op 75% van de zorgaanbieders gemeten naar aantal, en dus niet naar marktaandeel. Zij wijzen er op dat het marktaandeel van 60% van de

groep van 75% van het aantal aanbieders met een neutraal of positief bedrijfsresultaat, kan worden verklaard door de aanwezigheid van vijf grote zorgaanbieders in de groep van 25%, waarvan één zorgaanbieder een marktaandeel heeft van 10%. Zij betogen dat vaststelling van het richttariefpercentage op basis van aantallen zorgaanbieders evenredig is, omdat in dat geval iedere zorgaanbieder even zwaar telt. Als het marktaandeel tot uitgangspunt wordt genomen, hebben de grote zorgaanbieders een onevenredig groot effect op het richttariefpercentage. Verder voeren de zorgkantoren aan dat het landelijke richttariefpercentage niet op zichzelf moet worden gezien, maar in samenhang met de regionale aanpassingsmogelijkheden en de hardheidsclausule. In dat verband merken zij op dat zij een zeer beperkt aantal aanvragen hebben ontvangen voor toepassing van de hardheidsclausule. Daaruit leiden zij af dat de financiële problemen in de groep van 25% kennelijk niet zo groot zijn. Tijdens de mondelinge behandeling hebben zij nog aangevoerd dat het jaar 2024 nog maar net is begonnen en het te vroeg is om nu al er vanuit te gaan dat een groot deel van de markt verlies zal lijden.

6.20 Het hof stelt voorop dat uit de eerder genoemde aanbestedingsrechtelijke beginselen volgt dat de tarieven de redelijke kosten van de zorg moeten dekken. Dat sluit niet uit dat de zorgkantoren een prikkel inbouwen voor efficiënt handelen door een korting toe te passen op de maximumtarieven van de NZa. Dat hebben de zorgkantoren gedaan door een richttarief te hanteren voor de redelijke kosten op een niveau waarbij 75% van de zorgaanbieders een neutraal of positief resultaat behaalt. Volgens de uitspraak van de voorzie-

ningenrechter van 19 oktober 2021 in een procedure van GGZ-aanbieders tegen Zilveren Kruis, VGZ, Salland, CZ en ZZ (ECLI:NL:RBDHA:2021:11368), waarnaar door de zorgkantoren is verwezen, is deze vaststelling van het richttariefpercentage verdedigbaar en dus ook niet evident onjuist en onrechtmatig. In die uitspraak is er echter van uitgegaan dat deze groep van 75% representatief is voor de redelijke kosten van de zorg. In de uitspraak is in dat verband verwezen naar de nadere analyse die de zorgkantoren hebben gemaakt van de groep van 25% verlieslatende aanbieders (vgl. rechtsoverweging 4.20). In het bestreden vonnis is de voorzieningenrechter er bij de beoordeling van de onderbouwing van het richttariefpercentage van uitgegaan dat het marktaandeel van de groep van 75% *“niet beduidend lager uitvalt”* dan 75,22%. Ook de in het tariefmodel opgenomen hardheidsclausule veronderstelt dat het richttariefpercentage is gebaseerd op de kosten van een representatieve groep zorgaanbieders. De hardheidsclausule beoogt immers te voorzien in uitzonderlijke gevallen (onderstreping van het hof) waarbij het richttariefpercentage voor een bepaalde zorgaanbieder niet kostendekkend is.

6.21 Het aantal zorgaanbieders waarvan de kosten in aanmerking zijn genomen is niet de enige mogelijke maatstaf voor representativiteit. Marktaandeel kan eveneens als maatstaf voor representativiteit dienen, zeker in een markt van honderden zorgaanbieders waar de grootste zorgaanbieder een marktaandeel heeft van niet meer dan 10%, en de tien grootste zorgaanbieders een gezamenlijk marktaandeel hebben van minder dan 40% (vgl. punt 37 van de memorie van antwoord van Zilveren Kruis

c.s.) Anders dan de zorgkantoren stellen, bestaat er bij een dergelijke marktverdeling geen serieus risico dat de kosten van de grootste zorgaanbieders een onevenredig zwaar effect hebben op het richttariefpercentage. Het hof wijst er in dit verband op dat ook de zorgkantoren marktaandeel als een maatstaf voor representativiteit hebben beschouwd. Zo heeft Menzis in eerste aanleg nog gesteld dat de zorgkantoren menen dat met het gegeven dat 75,22% van de markt wordt bediend door aanbieders die behoren tot de 75% groep *“ook cijfermatig wordt aangetoond dat het richttariefpercentage voor de GZ-sector voldoende representatief is”* (conclusie van antwoord van Menzis, punten 41 en 42).

6.22 Het hof is voorshands van oordeel dat als de groep van 75% van het aantal zorgaanbieders waarbij het richttariefpercentage kostendekkend is voor de Wlz-zorg, een marktaandeel heeft van 60%, de kosten van deze groep niet zonder meer representatief kunnen worden geacht voor de redelijke kosten van de zorg. Als het richttariefpercentage wordt vastgesteld op basis van de kosten van deze groep, heeft toepassing van dat richttariefpercentage bij gelijkblijvende kosten tot gevolg dat 40% van de Wlz-zorg tegen verlieslatende tarieven moet worden verricht. Dat is een zo groot deel van de Wlz-zorg dat het niet langer gerechtvaardigd is om op basis van een modelmatige benadering, zonder nader onderzoek naar de kosten van de zorg en de mogelijkheden om die kosten te beperken door doelmatiger werken, een korting van 4% toe te passen op de maximumtarieven vastgesteld door de NZa.

6.23 De stelling van de zorgkantoren dat zij in Bijlage 7 hebben aangegeven dat het landelijke richttariefpercentage

is gebaseerd op de kosten van 75% van de zorgaanbieders gemeten naar aantal, en dus niet naar marktaandeel, zegt mogelijk iets over de transparantie, maar is voor de proportionaliteit van deze norm niet van belang. Hetzelfde geldt voor de informatie die de zorgkantoren hebben gegeven over de samenstelling van de groep van 25%: het feit dat de grootste zorgaanbieder met een marktaandeel van 10% en nog enkele andere grote zorgaanbieders zich in die groep bevinden, rechtvaardigt niet dat het richttariefpercentage wordt vastgesteld op een niveau waarbij de kosten van deze groep met een marktaandeel van 40% in de Wlz ZiN zorg niet zijn gedekt. De zorgkantoren hebben verder gewezen op de regionale aanpassingsmogelijkheden, maar zij hebben niet toegelicht hoe die regionale aanpassingsmogelijkheden ertoe kunnen leiden dat de korting op de maximumtarieven alsnog wordt vastgesteld op basis van de redelijke kosten van een voldoende representatief deel van de zorgaanbieders. De hardheidsclausule is een voorziening voor uitzonderlijke situaties en kan niet dienen als compensatie voor een tariefkorting voor alle zorgaanbieders die onvoldoende rekening houdt met de redelijke kosten van de zorg. Het is juist dat op dit moment niet geheel kan worden voorzien hoe de kosten zich in 2024 zullen ontwikkelen, maar voor de beoordeling van een tariefsystematiek die uitgaat van kosten die in 2022 zijn gemaakt is dat niet van belang.

6.24 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat in de omstandigheden van het geval de kosten van Wlz-zorg van 75% van de zorgaanbieders gemeten naar aantal, onvoldoende representatief zijn voor de redelijke kosten van de zorg. Daarom resulteert de korting die

zorgkantoren toepassen op de maximumtarieven van de NZa in tarieven die onvoldoende zijn om de redelijke kosten van Wlz-zorg te dekken, en is het door de zorgkantoren vastgestelde richttariefpercentage naar voorshands oordeel onrechtmatig. Grief 3 is dus gegrond.

- *Financieringslasten en -baten*

6.25 Met grief 5 komen de zorgaanbieders op tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat het verdedigbaar is dat de zorgkantoren de financieringslasten en -baten van de zorgaanbieders buiten beschouwing hebben gelaten. Zij wijzen erop dat het saldo van deze lasten en baten ook onderdeel uitmaakt van de redelijke kosten van de zorg. Zij stellen verder dat de zorgkantoren de financieringslasten en -baten eenvoudig kunnen overnemen uit hun jaarrekening, omdat zij die moeten opmaken volgens een door de overheid vastgesteld sjabloon waarin separaat moet worden vermeld wat de financieringslasten en -baten zijn.

6.26 De zorgkantoren hebben aangevoerd dat de belangrijkste financieringslasten al worden vergoed via de NHC. Dat is echter geen rechtvaardiging om bij de vaststelling van het richttariefpercentage de overige financieringslasten buiten beschouwing te laten. De zorgkantoren hebben niet weersproken dat de marges van de zorgaanbieders gering zijn. Bij die stand van zaken kan ook het buiten beschouwing laten van geringe lasten leiden tot verlieslatende tarieven. De zorgkantoren hebben hun stelling dat het in aanmerking nemen van de financieringslasten en -baten tot een onevenredige administratieve belasting zou leiden, onvoldoende onderbouwd tegenover de stelling van de zorgaan-

bieders dat deze lasten en baten separaat moeten worden vermeld in hun jaarrekening. Daarnaast is er ook een meer principiële reden waarom deze stelling niet opgaat. Het is de beslissing van de zorgkantoren om een korting op de maximumtarieven toe te passen op basis van het richttariefpercentage. Het toepassen van deze korting is in beginsel gerechtvaardigd in een streven naar meer doelmatigheid. De zorgkantoren kunnen echter de administratieve belasting van een door henzelf gekozen tariefsystematiek niet aan de zorgaanbieders tegenwerpen om bepaalde kosten van redelijke zorg buiten beschouwing te laten.

6.27 Deze grief slaagt.

- *De hardheidsclausule*

6.28 Grief 7 is gericht tegen de afwijzing van de vordering tot aanpassing van de hardheidsclausule. De zorgaanbieders betogen dat de hardheidsclausule in strijd is met het transparantiebeginsel, omdat zij niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze is geformuleerd. Verder stellen zij dat de hardheidsclausule in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, omdat bij de toepassing daarvan het eigen vermogen en de organisatiestructuur van een zorgaanbieder in aanmerking worden genomen.

6.29 De hardheidsclausule is als volgt geformuleerd:

“Heeft de gehanteerde tariefsystematiek een voor uw organisatie onvoorzien en onredelijk benadelend gevolg, dan is er in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid voor individuele aanbieders om een beroep te doen op de hardheidsclausule. Onder onvoorzien verstaan wij dat in een specifieke situatie voor een individuele aanbieder

door toepassing van de tariefssystematiek (landelijk richttariefpercentage en regionale aanpassingsmogelijkheden) een onredelijk benadelend effect optreedt. De term onvoorzien wordt hier dus uitgelegd als een onverwacht effect van de tariefssystematiek. Hierbij is het van belang dat u kunt aantonen dat u momenteel op een doelmatige manier de zorg levert en dat het tariefpercentage dat geldt voor uw organisatie niet kostendekkend is. Wij nemen uw financiële positie en organisatiestructuur mee en beoordelen of er nog operationele verbeteringen mogelijk zijn. Bij de financiële positie kijken we onder meer naar het eigen vermogen van de organisatie. Wij betrekken daarbij ook de financiële reserves van de zorgaanbieder. Bij de afweging om de hardheidsclausule toe te passen nemen we ook de zorgplicht en het perspectief voor de langere termijn mee. Hiermee beoordelen we of de hardheidsclausule op u van toepassing is. Als dit het geval is, dan kijken we welke afspraken we maken gebaseerd op deze clausule.”

6.30 De hardheidsclausule beoogt te voorzien in uitzonderlijke situaties waarin de toepassing van de tariefssystematiek voor een zorgaanbieder onvoorziene gevolgen heeft, waardoor zij tot onredelijke uitkomsten voor die zorgaanbieder leidt. Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat inherent aan een hardheidsclausule is dat niet op voorhand exact kan worden aangegeven onder welke voorwaarden een beroep op deze clausule kan worden gedaan. Als dat mogelijk zou zijn, dan zouden deze voorwaarden in de tariefssystematiek kunnen worden opgenomen. Het gaat juist om situaties waarin die tariefssystematiek niet heeft

voorzien. Naar het voorlopig oordeel van het hof biedt de formulering van de hardheidsclausule voldoende aanknopingspunten voor de zorgaanbieders om een inschatting te kunnen maken of het zinvol kan zijn om een beroep op deze clausule te doen. Het hof acht het voorshands ook niet in strijd met het proportionaliteitsbeginsel om in voorkomende gevallen rekening te houden met het eigen vermogen en de organisatiestructuur van een zorgaanbieder. Blijkens de formulering van de hardheidsclausule wordt de organisatiestructuur meegenomen om te beoordelen of er nog operationele verbeteringen mogelijk zijn. Als dat het geval is, kan een nadelig effect van de tariefssystematiek worden opgevangen door doelmatiger te werken, en zal toepassing van de hardheidsclausule in het algemeen niet gerechtvaardigd zijn. In een dergelijk geval is het naar voorshands oordeel ook niet onrechtmatig om van de zorgaanbieder te verlangen dat hij een nadelig effect van de tariefssystematiek opvangt vanuit zijn financiële reserves, totdat de operationele verbeteringen tot lagere kosten hebben geleid. Deze grief faalt.

- *Overige grieven en bewijsaanbiedingen*

6.31 Gelet op het slagen van grief 3 kunnen de overige aangevoerde grieven onbesproken blijven. Grief 8 is gericht tegen de proceskostenveroordeling, die hierna aan de orde komt.

6.32 De bewijsaanbiedingen van partijen worden gepasseerd reeds omdat deze kortgedingprocedure zich niet leent voor bewijslevering.

- *Conclusie en proceskosten*

6.33 De conclusie is dat het hoger beroep van de zorgaanbieders gegrond

is voor zover het betreft de vaststelling van het richttariefpercentage, omdat het is vastgesteld op een niveau dat de redelijke kosten van de Wlz-zorg onvoldoende weerspiegelt. De zorgaanbieders hebben gevorderd om de zorgkantoren te gebieden het richttariefpercentage opnieuw vast te stellen op zodanige wijze dat de groep zorgaanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel van ten minste 75% heeft. Het is in beginsel aan de zorgkantoren om een tariefsystematiek te ontwikkelen waarvan de uitkomsten voldoende representatief zijn. Zolang de zorgkantoren de tariefsystematiek beschreven in het landelijk tariefmodel (Bijlage 7) hanteren, acht het hof echter een aanpassing van die tariefsystematiek geboden, in die zin dat ter verzekering van de representativiteit ook wordt aangeknoopt bij het marktaandeel van 75%. Daarom zal het hof de zorgkantoren opdragen om, als zij op basis van deze tariefsystematiek in 2024 een korting op de maximumtarieven van de NZa willen toepassen, het richttariefpercentage opnieuw vast te stellen op zodanige wijze dat de groep van 75% van het aantal zorgaanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel op basis van Wlz Zin-omzet van ten minste 75% heeft. Verder zal het hof de zorgkantoren opdragen om in de kosten en opbrengsten die in 2024 bij de vaststelling van het richttariefpercentage in aanmerking worden genomen, de financieringslasten en -baten mee te nemen. De overige vorderingen van de zorgaanbieders zullen worden afgewezen. Het hof zal de zorgkantoren in de proceskosten van beide instanties veroordelen omdat de zorgkantoren hoofdzakelijk in het ongelijk worden gesteld.

7. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 6 oktober 2023, voor zover het betreft de beslissingen in 6.4, 6.6 en 6.8 van het dictum;
- bekrachtigt dit vonnis voor het overige;
- en opnieuw rechtdoende:
- gebiedt ieder van de zorgkantoren jegens de zorgaanbieders die deze vordering tegen hen hebben ingesteld om, als de zorgkantoren in 2024 conform het landelijke tariefmodel beschreven in Bijlage 7 bij de inkoopdocumenten van Zorgverzekeraars Nederland een korting toepassen op de maximum tarieven voor Wlz-zorg vastgesteld door de NZa, het richttariefpercentage opnieuw te berekenen en op basis van het opnieuw berekende richttariefpercentage tarieven vast te stellen en deze opnieuw vastgestelde tarieven te vergoeden voor de met ingang van 1 januari 2024 verleende Wlz-zorg, op zodanige wijze dat:

- (i) na herberekening van het richttariefpercentage de groep zorgaanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel op basis van Wlz-ZiN omzet van ten minste 75% heeft, en
- (ii) in het resultaat dat bij de herberekening van het richttariefpercentage wordt gehanteerd financieringsbaten en -lasten zijn meegenomen;

- veroordeelt de zorgkantoren hoofdelijk in de proceskosten van beide instanties, aan de zijde van de zorgaanbieders begroot op, in eerste aanleg, € 690,69 aan kosten voor de dagvaardingen, € 676,- aan griffierecht en € 1.079,- aan salaris

voor de advocaat, en in hoger beroep, € 129,14 aan kosten voor de dagvaarding, € 783,- aan griffierecht en € 3.642,- aan salaris voor de advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen van de datum van dit arrest, indien betaling van deze bedragen niet binnen deze termijn heeft plaatsgevonden;

- veroordeelt de zorgkantoren hoofdelijk tot terugbetaling aan de zorgaanbieders van de ter uitvoering van het vonnis door de zorgaanbieders betaalde proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen van de datum van dit arrest, indien betaling van deze bedragen niet binnen deze termijn heeft plaatsgevonden;
- wijst af het meer of anders geoordeelde;
- verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

¹ De outlier analyse wordt standaard uitgevoerd en afwijkende waarden ($>2 \cdot \text{stdev}$ van de mediaan) zijn handmatig gecontroleerd door de zorgkantoren. Indien de bevindingen daar aanleiding toe geven (als er bijzondere uitgaven of inkomsten aan ten grondslag liggen) worden correcties doorgevoerd. Outliers die na twee correctierondes buiten de gestelde grens vielen zijn uitgesloten bij de bepaling van het sectorpercentage (deel 2 model).

Noot

Deze zaak gaat over de inkoop van gehandicaptenzorg als bedoeld in de Wet langdurige zorg (Wlz). Wlz-zorg, waaronder Wlz-gehandicaptenzorg, staat

onder druk. Uit cijfers van Zorginstituut Nederland volgt dat de kosten van Wlz-zorg in 2023 met € 1,9 miljard (6,2%) zijn gestegen naar een totaal van circa € 32 miljard (ZiN, 'Totale zorgkosten Wet Langdurige Zorg', zorgcijfersdatabank.nl 18 maart 2024). Het aantal declaraties voor Wlz-gehandicaptenzorg in natura nam in 2022 toe met 5,3% ten opzichte van 2021 (Nederlandse Zorgautoriteit, 'Stand van de Zorg 2023'). Tegelijkertijd zijn er ook in de gehandicaptenzorg toenemende personeelstekorten (*Prognosemodel Zorg en welzijn*, *prognosemodelzw.databank.nl*, paragraaf 10).

In Nederland is de verantwoordelijkheid voor de levering van Wlz-zorg neergelegd bij de zogeheten Wlz-uitvoerder. Per regio is een Wlz-uitvoerder aangewezen als zorgkantoor. Op de Wlz-uitvoerder en het zorgkantoor rust ex artikel 4.2.1 Wlz een zorgplicht: geborgd moet worden dat de verzekerde tijdig toegang heeft tot de zorg waarop hij is aangewezen. Zorgkantoren maken daartoe afspraken met zorgaanbieders, die de Wlz-zorg namens hen leveren. Daarbij dienen de zorgkantoren zorg te dragen voor een goede balans tussen zorgkosten en -resultaat (doelmatigheid) (NZa, 'Handvatten duiding zorgplicht zorgkantoren', 24 november 2021.) Hoewel zorgkantoren gebonden zijn aan de tariefregulering van de NZa, beschikken zij verder over een zekere beoordelingsvrijheid bij de vormgeving van hun inkoopbeleid (Hof Den Haag 30 maart 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2375).

In deze kwestie stond het inkoopbeleid Wlz-gehandicaptenzorg voor 2024-2026 centraal. Sinds 2021 hanteren de zorgkantoren een landelijk richttarief-

percentage, welk percentage als uitgangspunt geldt voor de individuele afspraken met zorgaanbieders. Al in 2021 heeft het hof Den Haag geoordeeld dat een dergelijke systematiek voorshands binnen de beoordelingsvrijheid van de zorgkantoren past (Hof Den Haag 30 maart 2021). Zorgkantoren zijn in dat kader niet per se gebonden aan de door de NZa vastgestelde maximumtarieven. Wel moet de concrete invulling van het inkoopbeleid door de zorgkantoren (kunnen) worden gemotiveerd (Hof Den Haag 30 maart 2021).

Inkoop van zorg door het zorgkantoor - beginselen van aanbestedingsrecht

In het arrest van 13 februari 2024 neemt het hof tot uitgangspunt dat de zorgkantoren bij het inkopen van Wlz-zorg gebonden zijn aan beginselen van het aanbestedingsrecht, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Dit uitgangspunt sluit aan bij de uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 1 oktober 2020 (ECLI:NL:RBDHA:2020:9527), op dit punt bekrachtigd door het hof Den Haag in het arrest van 30 maart 2021. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 3 mei 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2900), waarin de Hoge Raad overwoog dat uitsluiting van de aanbestedingsbeginselen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, oordeelde de voorzieningenrechter destijds dat zorgkantoren bij de inkoop van zorg hoe dan ook gebonden zijn aan de aanbestedingsbeginselen (Rb. Den Haag (vrz) 1 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:9527, GJ 2020/131).

Tariefsystematiek en beginselen van het aanbestedingsrecht

Op grond van het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel zijn zorgkantoren verplicht om reële tarieven te vergoeden. Het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel brengt met zich dat (ook) onderbouwing daarvan transparant en uitlegbaar dient te zijn (o.a. Rb. Den Haag (vzr.) 10 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:11878).

In onderhavige zaak richtte de discussie zich vooral op de onderbouwing van het in het inkoopbeleid 2024-2026 landelijk bepaalde richttariefpercentage. Dit richttariefpercentage was, zo volgt uit de inkoopdocumenten, in eerste instantie gebaseerd op jaarverslagen en declaratiegegevens van 2021 van zorgaanbieders en op de NZa maximumtarieven van 2021. Na publicatie van het inkoopbeleid op 1 juni 2023 is een analyse uitgevoerd op basis van de beschikbare jaarrekeningen 2022 en is het richttariefpercentage verhoogd van 95,7% naar 96% (ZN Nota van Wijziging 12 september 2023; addendum bijlage 7 bij inkoopbeleid 2024-2026, 5 oktober 2023). In de jaarverslagen van de zorgaanbieders zijn de kosten (veelal) niet uitgesplitst naar de zorgsectoren waarbinnen zij actief zijn. Om die reden hebben de zorgkantoren bij het bepalen van het richttariefpercentage de kosten voor het leveren van Wlz-zorg in natura (Wlz-ZiN) berekend door de totale kosten te vermenigvuldigen met de verhouding tussen de Wlz-ZiN-omzet en de totale omzet. Deze (theoretische) kosten voor Wlz-ZiN zijn vervolgens uitgedrukt in een percentage ten opzichte van de omzet die een zorgaanbieder zou hebben behaald uitgaande van het volledige NZa-maxi-

mumtarief. Vervolgens is het richttariefpercentage bepaald op het niveau waarbij het tarief (uitgaande van de kosten/omzet-verhouding, althans in 2021) voor 75% van de zorgaanbieders kostendekkend is. Voor 75% is gekozen omdat dit: ‘voor het merendeel van de zorgaanbieders voldoende moet zijn om goede zorg te kunnen verlenen, maar ook om doelmatigheid te kunnen stimuleren’ (Bijlage 7 bij inkoopbeleid 2024-2026, juli 2023).

Al met al wordt met het richttariefpercentage een korting toegepast op het NZa-maximumtarief. In rechtsoverweging 6.20 van het arrest van 13 februari 2024 overweegt het hof dat toepassen van een korting op het maximum NZa-tarief als zodanig niet maakt dat het tarief niet de redelijke kosten van zorg dekt. Het hof verwijst in dit kader naar de uitspraak van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 19 oktober 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:11368), waarin werd geoordeeld dat een vergelijkbare wijze van vaststelling van een richttariefpercentage niet evident onjuist en onrechtmatig is. Bij deze overweging van het hof kan onzes inziens wel een kanttekening worden geplaatst. Zoals gesteld is het aan het zorgkantoor om te zorgen voor een goede balans in zorgkosten en -resultaat. Wij kunnen ons voorstellen dat, zoals het hof in overweging 6.20 van het arrest tevens overweegt, een prikkel voor efficiënt handelen door toepassing van een korting daartoe behulpzaam kan zijn. Tegelijkertijd geldt dat ook de NZa bij de vaststelling van de tarieven de balans in zorgkosten en -resultaat voor ogen heeft. Reeds de NZa-tarieven dienen de kosten van een redelijk efficiënt functionerende zorgaanbieder te dekken en

zijn bovendien gebaseerd op sectorspecifiek kostprijsonderzoek (zie meest recent CBB 21 december 2023, ECLI:NL:CBB:2023:725). Het is de vraag in hoeverre een algemeen landelijk bepaald richttariefpercentage van de zorgkantoren zich hiermee verhoudt.

In voornoemde uitspraak van 19 oktober 2021 overwoog de voorzieningenrechter dat er ook andere keuzes en uitgangspunten denkbaar zijn, maar dat de zorgkantoren de door hen gemaakte keuzes in het in die kwestie voorliggende inkoopbeleid voldoende hebben gemotiveerd. Meer specifiek overwoog de voorzieningenrechter dat vaststelling van het richttariefpercentage op een niveau waarbij 75% van de zorgaanbieders een neutraal of positief resultaat behaalt verdedigbaar is, ‘zeker gezien de toelichting die de zorgkantoren hebben gegeven ten aanzien van de nadere analyse die de zorgkantoren hebben verricht naar de groep van 25% en de verwijzing naar de doelmatigheidsaak en hun toelichting op welke wijze zij daaraan vormgeven’. Daarbij nam de voorzieningenrechter in overweging dat de groep van 25% van zorgaanbieders divers was en zowel kleine aanbieders als grote intramurale instellingen betrof, terwijl het verlies – onweersproken – doorgaans minder was dan 2%. Tegen die achtergrond achtte de voorzieningenrechter de gemaakte keuzes niet onbegrijpelijk en niet evident onjuist en onrechtmatig (Rb. Den Haag (vzr.) 19 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11368).

In onderhavige kwestie ligt het anders. Het hof oordeelt dat de kosten van Wlz-zorg gemeten naar 75% van de zorgaanbieders onvoldoende representatief zijn voor de redelijke kosten van zorg.

Daarbij overweegt het hof dat voor representativiteit niet alleen het aantal zorgaanbieders, maar ook hun marktaandeel relevant is: zowel het aantal zorgaanbieders als het marktaandeel zou als maatstaf voor representativiteit kunnen dienen. Het hof benadrukt dat dit laatste zeker mogelijk is in een markt van honderden zorgaanbieders waar de grootste zorgaanbieder een marktaandeel heeft van niet meer dan 10%, en de tien grootste zorgaanbieders een gezamenlijk marktaandeel hebben van minder dan 40%. De zorgaanbieders stelden dat geen sprake is van reële tarieven, aangezien de 75%-groep slechts een marktaandeel van 60,16% in het Wlz-ZiN-segment heeft. Het hof gaat hierin mee en gebiedt de zorgkantoren om het richttariefpercentage opnieuw vast te stellen op een zodanige wijze dat de groep zorgaanbieders met een neutraal of positief resultaat een marktaandeel op basis van Wlz-ZiN-omzet van ten minste 75% heeft. Saillant detail is dat bij het oude richttariefpercentage van 95,7% nog sprake was van een marktaandeel van de 75%-groep van 75,22%. In dat geval zou het niet wezenlijk uitmaken of van het aantal zorgaanbieders of van het marktaandeel wordt uitgegaan. Welbeschouwd gaat het erom dat de groep zorgaanbieders waarvan de kosten zijn betrokken representatief is. Indien dat niet het geval is of twijfel bestaat over de representativiteit, kan niet zonder meer van hun kosten worden uitgegaan ter onderbouwing van een korting op het NZa-maximumtarief.

Naar aanleiding van het arrest van het hof hebben de zorgkantoren de methode voor het berekenen van het richttariefpercentage intussen aangepast en

het richttariefpercentage voor 2024 herzien. In het aangepaste beleid, dat op 31 mei 2024 is gepubliceerd, zijn twee sectorpercentages vastgesteld, een op een niveau van 75% naar aantal zorgaanbieders en een op een niveau van 75% naar marktaandeel. In het beleid is aangegeven dat het hoogste sectorpercentage vervolgens wordt gehanteerd als definitief richttariefpercentage. Voor 2024 is dat 97% (Herziene bijlage 7 inkoopbeleid 2024-2026, juni 2024). In het beleid is toegelicht dat met de herziening tevens is beoogd om overeenkomstig het arrest de financieringsbaten en -lasten van zorgaanbieders mee te nemen. Overigens hebben de zorgkantoren niet alleen voor de gehandicaptenzorg, maar ook voor de overige Wlz-ZiN (verpleging en verzorging en GGZ) de richttariefpercentages via de aangepaste berekeningsmethode herzien.

Beoordeling tariefsystematiek op grond van het transparantiebeginsel

Op grond van het transparantiebeginsel dienen zorgkantoren op controleerbare wijze te motiveren waarom zij menen dat sprake is van reële tarieven (Rb. Den Haag (vzr.) 1 oktober 2020). De zorgaanbieders vorderden dat de zorgkantoren de gegevens aan de hand waarvan het richttariefpercentage is berekend openbaar zouden maken. De zorgkantoren stelden zich op het standpunt dat het transparantiebeginsel niet zover strekt dat zij de zorgaanbieders in staat moeten stellen de berekening over te kunnen doen.

Het hof overweegt in rechtsoverweging 6.12: 'Het transparantiebeginsel vereist dat de vaststelling van het door de zorgkantoren toegepaste richttariefpercentage controleerbaar is voor de

zorgaanbieders. Controleerbaar houdt in dat de zorgaanbieders in staat moeten worden gesteld na te gaan hoe de zorgkantoren tot de vaststelling van het richttariefpercentage zijn gekomen. Daarvoor is nodig dat de zorgaanbieders inzicht hebben in het landelijke tariefmodel en in de gegevens die de zorgkantoren hebben gebruikt bij de toepassing van dit model.’

Interessant in dit kader is de uitspraak van het hof Den Haag van 30 maart 2021. Nadat de voorzieningenrechter in eerste aanleg had geoordeeld dat de zorgkantoren geen controleerbare onderbouwing hadden gegeven van het hanteren van reële tarieven, stelden de zorgkantoren in hoger beroep dat de eisen die worden gesteld aan hun motiveringsplicht onuitvoerbaar zijn. Zij voerden aan helderheid te willen verkrijgen over de reikwijdte van de motiveringsplicht ten aanzien van het richttariefpercentage. Omdat de zorgkantoren geen eigen vordering hadden ingesteld en met het verzoek in feite in kort geding een verklaring voor recht werd gevraagd, heeft het hof op dit punt geen inhoudelijke uitspraak gedaan. Hoewel begrijpelijk, zou een rechterlijk oordeel voor de rechtsontwikkeling ten aanzien van de controleerbare onderbouwing van Wlz-tarieven wel nuttig zijn geweest.

Hardheidsclausule

Onderdeel van de tariefsystematiek is de hardheidsclausule. De stelling van de zorgaanbieders dat de hardheidsclausule in strijd is met het transparantiebeginsel slaagt niet. Het hof is het met de voorzieningenrechter eens dat inherent aan een hardheidsclausule is dat niet op voorhand exact kan worden aangegeven onder welke voorwaarden

een geslaagd beroep daarop kan worden gedaan. Onzes inziens overweegt het hof terecht dat als dat wel het geval zou zijn, die situaties zouden zijn vervat in de voorwaarden van het inkoopbeleid en dat de hardheidsclausule juist aan de orde is bij situaties waarin de tariefsystematiek niet heeft voorzien.

De zorgaanbieders stelden verder dat de hardheidsclausule in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel, omdat bij de toepassing daarvan het eigen vermogen en de organisatiestructuur van een zorgaanbieder in aanmerking worden genomen. Net als in eerste aanleg, slaagt ook dit punt van de zorgaanbieders in hoger beroep niet. Het hof overweegt dat aan de hand van deze aspecten kan worden meegenomen of er nog operationele verbeteringen mogelijk zijn. Als dat zo is kan een nadelig effect van de tariefsystematiek worden opgevangen door doelmatiger te werken, en zal toepassing van de hardheidsclausule in het algemeen niet gerechtvaardigd zijn. Het hof overweegt dat het in die gevallen niet voorshands onrechtmatig is om van de zorgaanbieder te verlangen dat hij een nadelig effect van de tariefsystematiek opvangt vanuit zijn financiële reserves totdat de operationele verbeteringen tot lagere kosten hebben geleid. Dit oordeel van het hof verbaast niet. In eerdere rechtspraak is reeds overwogen dat het meenemen van het eigen vermogen en de organisatiestructuur van zorgaanbieders in het kader van een beroep op de hardheidsclausule niet onredelijk is (Rb. Den Haag (vzr.) 31 oktober 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:20567; Hof Den Haag 11 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:610). De vraag of zorgkantoren het beroep op de hardheidsclausule meermaals kunnen weigeren en daarmee of

van zorgaanbieders kan worden gevergd jaar op jaar een niet-kosten-dekkend tarief te accepteren en het, ondanks doelmatige bedrijfsvoering, tekort uit het eigen vermogen moeten te financieren is in (gepubliceerde) rechtspraak nog niet beantwoord. Wat ons betreft zou bij een beoordeling van een beroep op de hardheidsclausule mee dienen te worden gewogen of in voorgaande jaren ook al een verlies is gefinancierd vanuit het eigen vermogen. Eigen vermogen is immers ook noodzakelijk voor bijvoorbeeld investeringen of om (sterk) toegenomen kosten direct te kunnen opvangen. Temeer waar het zo is dat, voor zover kosten in de tarieven worden gecompenseerd, dit vaak met een vertraging gaat van minstens een jaar. Daar komt nog bij dat de maximumtarieven van de NZa en ook de richtprijspercentages veelal zijn gebaseerd op kostprijsonderzoeken uit het verleden en met de enkele indexatie daarvan nog niet is gegeven dat daarmee sprake is van reële tarieven, althans dat de tarieven op alle ontwikkelingen zijn gecorrigeerd (denk aan kosten personeel niet in loondienst) (zie ook CBb 21 december 2023).

Processuele verweren

Tot slot de processueel opgeworpen verweren. De zorgkantoren hebben er in totaal vier opgeworpen. Alle zonder succes. Interessant in dit kader is met name het rechtsverwerkingsverweer dat de zorgkantoren aanvoerden tegen de wijziging van eis in appel, waarmee de zorgaanbieders onder meer ook openbaarmaking vorderden van documenten ter onderbouwing van het richttariefpercentage. Het oordeel van het hof dat voor rechtsverwerking een uitdrukkelijk prijsgeven van een standpunt is vereist, sluit aan bij vaste recht-

spraak (HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8514). Het hof acht in dit kader van belang dat de zorgaanbieders tijdig bezwaren tegen het inkoopbeleid hebben gemaakt binnen de daarvoor gestelde termijn en in dat kader om meer inzicht in de totstandkoming van de tarieven hebben gevraagd. En verder dat de zorgaanbieders ook in eerste aanleg nadere toelichting hebben gevorderd. Dit oordeel sluit aan bij het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 15 februari 2022 (ECLI:NL:GHARL:2022:1150). In dat arrest – weliswaar gewezen in een (echte) aanbestedingsprocedure – overweegt het hof: ‘Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan van een gegadigde worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure. Datzelfde geldt voor een inschrijven op de aanbesteding op grond van het leerstuk van rechtsverwerking.

mr. M.E.F. Bots en mr. S. Snelder,
KBS advocaten