

# AB 2015/459: Beschikbaarheidsbijdragen post mortem orgaanuitname. Beleidsregel en bestreden Besluit Beschikbaarheidsbijdrage zijn onvoldoende gem...

Instantie:	College van Beroep voor het bedrijfsleven	Datum:	13 juli 2015
Magistraten:	Mrs. W.E. Doolaard, W.A.J. van Lierop, J.L. Verbeek	Zaaknr:	13/959
Conclusie:	-		
Noot:	W. Koelewijn en B. Wallage	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:CBB:2015:246, Uitspraak, College van Beroep voor het bedrijfsleven, 13-07-2015		

Wetgeving: Art. 7 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg); Besluit Beschikbaarheidsbijdrage beschikbaarheidbijdrage Wmg

Brondocument: CBb, 13-07-2015, nr. 13/959

## Essentie

Zowel de Beleidsregel Beschikbaarheidsbijdrage Cure als het bestreden Besluit Beschikbaarheidsbijdrage zijn onvoldoende gemotiveerd. Gezien het ontbreken van de motivering kan niet worden vastgesteld of de diverse beschikbaarheidsbijdragen post mortem orgaan uitname voldoen aan de eis van kostendekkendheid.

## Samenvatting

*Het College stelt vast dat verweerster op geen enkele wijze heeft becijferd dat met de toekenning van de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 aan de hiervoor in 1. bedoelde eis van kostendekkendheid wordt voldaan. Verweerster heeft in het bestreden Besluit Beschikbaarheidsbijdrage ten aanzien van de kostendekkendheid van de beschikbaarheidsbijdragen slechts overwogen dat het haar niet waarschijnlijk voorkomt dat de beschikbaarheidsbijdragen niet toereikend zouden zijn, aangezien de beschikbaarheidsbijdragen overeenkomen met de bedragen die de UMC's in 2011 en 2012 voor de*

*PMO-functie hebben ontvangen, dat de UMC's in voorgaande jaren geen bezwaar hebben gemaakt tegen de beschikbaarheidsbijdragen en dat verweerster geen signalen hebben bereikt dat de vergoeding in voorgaande jaren ontoereikend zou zijn of dat de PMO-functie in die jaren onder druk heeft gestaan. Dit is evenwel geen toereikende motivering, reeds omdat 2013 een overgangsjaar is ten opzichte van de voorgaande jaren met betrekking tot het voor de curatieve zorg als geheel geldende financieringssysteem, zodat een bijdrage die in 2011 en 2012 in het kader van het toen vigerende systeem toereikend was, dat niet noodzakelijkerwijs ook in 2013 is (...).*

*Gelet op het voorgaande kan niet worden vastgesteld of de diverse beschikbaarheidsbijdragen PMO die volgen uit de beleidsregel voldoen aan de eis van kostendekkendheid. Aangezien de beleidsregel ten aanzien van dit punt niet van enige motivering is voorzien, moet worden geoordeeld dat de beleidsregel onder deze omstandigheden niet onverkort mocht worden toegepast. Het bestreden Besluit Beschikbaarheidsbijdrage is op dit punt eveneens onvoldoende gemotiveerd. Het College zal het bestreden Besluit Beschikbaarheidsbijdrage vernietigen.*

## Partij(en)

---

Uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen:

1. Erasmus MC te Rotterdam,
2. Leids Universitair Medisch Centrum te Leiden,
3. Maastricht UMC+ te Maastricht,
4. Universitair Medisch Centrum Groningen te Groningen,
5. Radboudumc te Nijmegen, hierna gezamenlijk: de UMC's, gemachtigde prof. mr. J.G. Sijmons en mr. S.E. Garvelink,

en

de Nederlandse Zorgautoriteit, verweerster, gemachtigde mr. R.W. Veldhuis en mr. H.M. den Herder.

## Uitspraak

---

### Procesverloop

Bij beschikkingen van 20 december 2012 (primaire besluiten) heeft verweerster beschikbaarheidsbijdragen voor — onder meer — de functie post mortem orgaanuitname (PMO) voor het jaar 2013 toegekend. Bij besluit van 4 november 2013 (bestreden besluit) heeft verweerster de door de UMC's daartegen ingediende bezwaren ongegrond verklaard. De UMC's hebben hiertegen gezamenlijk beroep ingesteld.

De UMC's hebben een aanvullend beroepschrift ingediend.

Verweerster heeft een verweerschrift ingediend.

Partijen hebben bij brieven van 8 en 9 april 2015 nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 20 april 2015.

Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen voor hun gemachtigden.

## Overwegingen

1. Partijen zijn het erover eens dat de beschikbaarheidsbijdragen dienen te voldoen aan de eis van kostendekkendheid. Zoals op p. 10 van de nota van toelichting bij het Besluit beschikbaarheidsbijdrage Wmg (*Stb.* 2012, 396) is vermeld, maakt het karakter van de beschikbaarheidsbijdrage dat de te geven compensatie voldoende moet zijn om te voorkomen dat een noodzakelijk geachte vorm van zorg niet tot stand komt of in stand blijft en moet de compensatie redelijkerwijs bijdragen tot het volledig dekken van de kosten voor het beschikbaar hebben van de desbetreffende vorm van zorg. Ook heeft verweerster op p. 9 van het bestreden besluit opgemerkt dat de beschikbaarheidsbijdrage hoog genoeg moet zijn om een normale exploitatie van de beoogde vorm van zorg mogelijk te maken. Vermeld is voorts dat de beschikbaarheidsbijdrage, gelet op de staatssteunnorm van de Europese Commissie, niet te hoog mag zijn, maar net genoeg dient te zijn voor een normale exploitatie van de beoogde vorm van zorg.

Tussen partijen is in geschil of de onderhavige beschikbaarheidsbijdragen aan deze eis van kostendekkendheid voldoen. Volgens de UMC's zijn de beschikbaarheidsbijdragen niet toereikend om de PMO-functie in 2013 te kunnen uitvoeren.
2. Verweerster heeft in 2012 een onderzoek doen uitvoeren door Casemix naar de kosten van de PMO-functie in 2010 en 2011. Casemix heeft op 19 oktober 2012 het rapport 'De kosten van beschikbaarheid' uitgebracht. Daarin wordt gerapporteerd dat de door de UMC's opgegeven kosten voor uitvoering van de PMO-functie een factor 2 hoger waren dan de vergoeding die de UMC's hiervoor ontvingen. Verweerster heeft de resultaten van het onderzoek met het ministerie van VWS geanalyseerd en is daarbij tot de conclusie gekomen dat het door Casemix uitgevoerde onderzoek te veel onduidelijkheden bevatte om direct als basis voor het verlenen van beschikbaarheidsbijdragen voor PMO te dienen. Volgens verweerster was niet onderzocht hoe de PMO-diensten precies werden georganiseerd, noch hoeveel specialisten er daadwerkelijk benodigd zijn om 24/7 paraatheid van de uitnameteams te borgen, terwijl die gegevens van essentieel belang werden geacht voor het juist afbakenen van de PMO-functie.

Verweerster heeft daarom besloten om in 2013 een nader onderzoek te laten doen. Verweerster heeft daartoe in april 2013 aan de UMC's vragenlijsten gezonden over de invulling van de diensten en eventuele inverdieneffecten. Verweerster heeft de ontvangen antwoorden op de vragenlijsten geanalyseerd en daaruit conclusies getrokken, hetgeen heeft geleid tot beleidsvoornemens voor de bekostiging van de PMO-functie voor het jaar 2014. Deze beleidsvoornemens zijn op 26 september 2013 besproken met de betrokken instellingen en op 13 november en 19 december 2013 met de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU). Een vervolgbespreking, naar aanleiding van door UMC's in januari 2014 verstrekte dienstroosters, heeft plaatsgevonden op 24 februari 2014. In juli 2014 heeft verweerster de verleningsbeschikkingen beschikbaarheidsbijdrage PMO voor 2014 genomen.
3. In het bestreden besluit van 4 november 2013, waarbij de bezwaren tegen de voor 2013 toegekende beschikbaarheidsbijdrage PMO ongegrond zijn verklaard, is onder meer overwogen dat pas na afronding van het nadere onderzoek naar de kosten van de PMO-functie kan worden vastgesteld op welk bedrag de beschikbaarheidsbijdrage moet worden vastgesteld en dat, nu dat onderzoek nog loopt, besloten is om de vergoedingssystematiek gebaseerd op voorgaande jaren nog een jaar te continueren.

4. Ter zitting heeft verweerster het standpunt ingenomen dat de in bezwaar gehandhaafde besluiten berusten op een met NFU gemaakte afspraak dat de beschikbaarheidsbijdrage PMO voor 2013 gehandhaafd zou blijven op hetzelfde niveau als in 2012 en dat van die afspraak niet kan worden teruggekomen. Verweerster heeft hiertoe gewezen op een brief van 27 november 2012 van het landelijk netwerk acute zorg, die mede is ondertekend namens NFU. Verweerster heeft deze brief op 9 april 2015 aan het College overgelegd.  
Het College is van oordeel dat aan die brief niet de door verweerster voorgestane rechtsgevolgen verbonden kunnen worden, om de navolgende redenen.  
Verweerster heeft binnen een maand na de brief van 27 november 2012 de primaire besluiten tot verlening van de onderhavige beschikbaarheidsbijdragen genomen en daarbij niet naar genoemde afspraak verwezen. Naast de UMC's heeft ook de NFU op 31 januari 2013 tegen die besluiten bezwaar gemaakt. In het kader van de bezwaarprocedure heeft verweerster niet aangevoerd dat de UMC's reeds met de hoogte van de beschikbaarheidsbijdragen zouden hebben ingestemd. Zoals hiervoor reeds is vermeld heeft verweerster in het bestreden besluit slechts vermeld dat besloten is — in verband met het hiervoor bedoelde nadere onderzoek — om de vergoedingssystematiek gebaseerde op voorgaande jaren nog een jaar te continueren. Ook in het verweerschrift is niet op het bestaan van een afspraak over de hoogte van de beschikbaarheidsbijdragen gewezen. Hoewel het College het mogelijk acht dat een in het veld bereikte overeenstemming om de discussie over de financieringsgrondslag van bepaalde activiteiten pas na nader onderzoek ten principale te voeren grond zou kunnen vormen om aan de onderbouwing en motivering van een besluit over de tussenliggende periode minder hoge eisen te stellen, ziet het College daarvoor in dit geval geen aanleiding. De brief van 27 november 2012 roept, mede door de niet geheel duidelijke wijze van totstandkoming en de ondertekening de vraag op in hoeverre de UMC's geacht kunnen worden onvoorwaardelijk te hebben ingestemd met de berekeningswijze van de beschikbaarheidsbijdrage over het jaar 2013. Het late moment van overlegging van de brief heeft ertoe geleid dat het College daarover geen nadere zekerheid heeft kunnen verkrijgen. Gelet op deze voor risico van verweerster komende omstandigheid laat het College de genoemde brief verder buiten beschouwing.
5. De UMC's hebben onder meer aangevoerd dat verweerster onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de plaats en kosten voor de PMO-functie, dat verweerster bij het vaststellen van de beschikbaarheidsbijdragen onvoldoende gebruik heeft gemaakt van beschikbare actuele gegevens en ten onrechte een verouderde bijdrage heeft gehandhaafd, dat de UMC's door de ontoereikende vergoeding niet goed uitvoering kunnen geven aan de PMO-taken, althans dat de UMC's de benodigde middelen elders in hun organisatie moeten vinden waardoor de UMC's worden benadeeld ten opzichte van andere UMC's en algemene ziekenhuizen die deze taken niet uitvoeren, dat verweerster heeft verzuimd voor te rekenen hoe met de beschikbare vergoeding de PMO-functie kan worden uitgeoefend en dat NZa de aanwijzing van de minister van 12 december 2012 (de aanwijzing) niet anders begrepen kan hebben, dan dat een vergoeding moest worden vastgesteld op basis van de meest recente cijfers en passend bij de standaard die voor de PMO-functie voor wenselijk wordt gehouden. Volgens de UMC's is de Beleidsregel Beschikbaarheidsbijdrage Cure ambtshalve (BR/CU-2097) (de beleidsregel), waarop de primaire besluiten zijn gebaseerd, in strijd met de aanwijzing nu in de beleidsregel is uitgegaan van verouderde gegevens uit 2007 en 2008, zonder dat rekening is gehouden met de professionaliseringsslag die daarna heeft plaatsgevonden.
6. Het College overweegt het volgende. Niet in geschil is dat de primaire besluiten, zoals die bij het

bestreden besluit zijn gehandhaafd, in overeenstemming zijn met de beleidsregel. De hoogte van de toegekende beschikbaarheidsbijdragen correspondeert immers met het aantal fte's dat per UMC in de beleidsregel voor de PMO-functie is vastgesteld, vermenigvuldigd met het eveneens in de beleidsregel per fte vastgestelde salarisbedrag ad € 134.855.

Volgens vaste jurisprudentie kan in een beroepsprocedure tegen een — na ongegrondverklaring van het daartegen gerichte bezwaar gehandhaafde — beschikking niet alleen worden beoordeeld of deze in overeenstemming is met een daaraan ten grondslag liggende beleidsregel, maar ook, bij wege van exceptieve toetsing, of aan die beleidsregel wegens strijd met het recht verbindende kracht moet worden ontzegd.

Met de beleidsregel heeft verweerster beoogd toepassing te geven aan de aanwijzing. In artikel 4 van de aanwijzing is bepaald dat de zorgautoriteit een beschikbaarheidsbijdrage verleent voor de post-mortem-orgaanuitname bij donoren, alsmede dat de zorgautoriteit met betrekking tot de zorgaanbieders die voor deze zorg met een dienst van algemeen belang worden belast dient uit te gaan van de situatie in 2012.

In de toelichting bij dit artikel maakt de minister melding van een experimentele uitbreiding van de uitnameteams. Na de evaluatie van de experimenten, die naar verwachting eind 2014 gereed zal zijn, zal een definitief standpunt over de toekomst van de uitnameteams worden ingenomen. In dat licht bezien acht de minister het niet zinvol om tussentijds op een eventuele andere wijze van bekostigen over te gaan.

De UMC's hebben in beroep aangevoerd dat voor een 24/7 beschikbaarheid per uitnameteam 8,3 fte formatieplaatsen benodigd zijn. Voorts hebben zij aangevoerd dat een vergoeding van € 134.855 per fte te laag is, aangezien er als gevolg van de — door de overheid gewenste — professionalisering van de uitnameteams meer ervaren chirurgen voor de PMO worden ingezet en dat deze aanspraak maken op een hoger salaris dan minder ervaren chirurgen.

7. Het College stelt vast dat verweerster op geen enkele wijze heeft becijferd dat met de toekenning van de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 aan de hiervoor in 1. bedoelde eis van kostendekkendheid wordt voldaan. Verweerster heeft in het bestreden besluit ten aanzien van de kostendekkendheid van de beschikbaarheidsbijdragen slechts overwogen dat het haar niet waarschijnlijk voorkomt dat de beschikbaarheidsbijdragen niet toereikend zouden zijn, aangezien de beschikbaarheidsbijdragen overeenkomen met de bedragen die de UMC's in 2011 en 2012 voor de PMO-functie hebben ontvangen, dat de UMC's in voorgaande jaren geen bezwaar hebben gemaakt tegen de beschikbaarheidsbijdragen en dat verweerster geen signalen hebben bereikt dat de vergoeding in voorgaande jaren ontoereikend zou zijn of dat de PMO-functie in die jaren onder druk heeft gestaan. Dit is evenwel geen toereikende motivering, reeds omdat 2013 een overgangsjaar is ten opzichte van de voorgaande jaren met betrekking tot het voor de curatieve zorg als geheel geldende financieringssysteem, zodat een bijdrage die in 2011 en 2012 in het kader van het toen vigerende systeem toereikend was, dat niet noodzakelijkerwijs ook in 2013 is.

Het College acht het bestreden besluit, gelet op de resultaten uit het zogenoemde Casemix-onderzoek en de onderbouwde stellingen van de UMC's, aldus onvoldoende gemotiveerd.

8. Ter zitting heeft verweerster betoogd dat uit de dienstroosters die de UMC's hebben ingezonden blijkt dat de chirurgen van de uitnameteams in 2013 reeds 24-uursdiensten draaiden, zodat een aantal van 8,3 fte dat volgens de UMC's per uitnameteam nodig zou zijn, niet juist kan zijn. Volgens verweerster is voor 2014, op basis van het nadere onderzoek naar de kosten van de PMO-functie, van een redelijk aantal fte's per uitnameteam uitgegaan (namelijk 2,68) en een redelijk

salaris per fte (€ 377.399, inclusief toeslag 24-uursdiensten, toeslag verzwarende omstandigheden, werkgeverslasten en materiële kosten). Aangezien voor 2013 per uitnameteam in totaal een iets hoger bedrag aan beschikbaarheidsbijdragen is toegekend dan voor 2014 (namelijk € 1.024.898 in 2013, tegenover € 1.011.429 in 2014) is daarmee volgens verweerster bevestigd dat de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 niet onredelijk zijn. Uit de stellingen van verweerster volgt dat de PMO-functie het meest efficiënt — en dus op de goedkoopste wijze — kan worden uitgeoefend wanneer de chirurgen in 24-uursdiensten worden ingezet. Nog ervan afgezien dat de UMC's gemotiveerd hebben betwist dat het in het kader van de cao mogelijk is om de PMO-functie in 24-uursdiensten, als door verweerster bedoeld, te verrichten, is niet gebleken dat verweerster reeds voor de aanvang van het jaar 2013 heeft aangegeven dat het de bedoeling was dat de PMO-diensten in 24-uursdiensten dienden te worden verricht, althans dat de beschikbaarheidsbijdrage daarop zou worden gebaseerd, zodat de UMC's hun praktijk daaraan konden aanpassen. Bij de toekenning van de beschikbaarheidsbijdrage in 2012 en eerdere jaren is daarvan, gelet op het in de toekenningsbeschikkingen genoemde aantal fte's, ook niet uitgegaan.

Niettemin is verweerster bij het nemen van het bestreden besluit ervan uitgegaan dat de chirurgen feitelijk hun werkzaamheden in het kader van de PMO-functie in 2013 in 24-uursdiensten hebben uitgeoefend. Verweerster heeft dit echter tegenover de gemotiveerde betwisting van de UMC's onvoldoende onderbouwd. Als mocht blijken dat in 2013, zoals de UMC's hebben aangevoerd, niet of nauwelijks in 24-uursdiensten werd gewerkt, is naar het oordeel van het College aannemelijk dat met de uitoefening van de PMO-functie een hoger bedrag is gemoeid dan het bedrag dat verweerster aan beschikbaarheidsbijdragen heeft toegekend.

9. Gelet op het voorgaande kan niet worden vastgesteld of de diverse beschikbaarheidsbijdragen PMO die volgen uit de beleidsregel voldoen aan de eis van kostendekkendheid. Aangezien de beleidsregel ten aanzien van dit punt niet van enige motivering is voorzien, moet worden geoordeeld dat de beleidsregel onder deze omstandigheden niet onverkort mocht worden toegepast. Het bestreden besluit is op dit punt eveneens onvoldoende gemotiveerd. Het College zal het bestreden besluit vernietigen. Het beroep is gegrond. Aangezien verweerster nader onderzoek zal dienen te verrichten naar de vraag of met de onderhavige beschikbaarheidsbijdragen in redelijkheid aan de eis van kostendekkendheid wordt voldaan en zo niet, bij welk bedrag daaraan wél zal worden voldaan, in welk laatste geval waarschijnlijk overleg dient te worden gepleegd met de minister van VWS over de budgettaire gevolgen daarvan, zal het gebrek naar verwachting niet binnen korte termijn kunnen worden hersteld, zodat de onderhavige zaak zich niet leent voor toepassing van de bestuurlijke lus.
10. Het College veroordeelt verweerster in de door de UMC's gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door derden beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 980 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 490 en een wegingsfactor 1).

## Beslissing

Het College:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- draagt verweerster op een nieuw besluit te nemen op de bezwaren van de UMC's met inachtneming

van deze uitspraak;

- draagt verweerster op het betaalde griffierecht van € 318 aan de UMC's te vergoeden;
- veroordeelt verweerster in de proceskosten van de UMC's tot een bedrag van € 980.

## Noot

---

Auteur: W. Koelewijn en B. Wallage 

1. In bovenstaande uitspraak oordeelt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College) dat zowel de Beleidsregel Beschikbaarheidsbijdrage Cure (BR/CU-2097, hierna: de beleidsregel) als het bestreden besluit onvoldoende zijn gemotiveerd. Deze uitspraak van het College is lezenswaardig omdat het College een beperkte toepassing geeft aan het leerstuk van de exceptieve toetsing. Deze manier van toetsing leidt soms tot gehele of gedeeltelijke onverbindendheid van de aan het besluit ten grondslag liggende beleidsregel. Echter, in bovenstaande uitspraak wordt de beleidsregel niet onverbindend verklaard.  
In deze annotatie zal de vraag centraal staan waarom het College niet heeft geoordeeld dat aan de beleidsregel wegens strijd met het recht verbindende kracht moet worden ontzegd. Wij zullen deze vraag aan de hand van de volgende onderwerpen bespreken. Allereerst zullen wij de beschikbaarheidsbijdrage bij post mortem orgaanuitname bespreken. Hierna zullen wij de leer van exceptieve toetsing uiteenzetten. Afsluitend gaan wij in op de strijdigheid van de beleidsregel aan een hoger wettelijk voorschrift. Onderstaand zullen wij eerst de belangrijkste feiten en omstandigheden samenvatten.
2. Bij beschikkingen van 20 december 2012 heeft de NZa beschikbaarheidsbijdragen toegekend voor onder meer de functie post mortem orgaanuitname (hierna: PMO). Het Erasmus MC, het Leids Universitair Medisch Centrum, het Maastricht UMC+, Het Universitair Medisch Centrum Groningen en het Radboudumc (hierna: de UMC's) maken hier bezwaar tegen. Nadat de ingediende bezwaren ongegrond zijn verklaard gaan de UMC's gezamenlijk in beroep. Niet in geschil is dat de beschikbaarheidsbijdragen voor de functie PMO dienen te voldoen aan de eis van kostendekkendheid op grond van het Besluit beschikbaarheidsbijdrage Wet marktordening gezondheidszorg.  
Op grond van artikel 7 van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) kan de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een aanwijzing geven aan de NZa. In deze aanwijzing kan de Minister aangeven welke onderwerpen de NZa in een beleidsregel mag regelen. Ingevolge artikel 4 van de aanwijzing krijgt de NZa de bevoegdheid om de beschikbaarheidsbijdragen voor uitvoering van de PMO-functie vast te stellen. Volgens de UMC's zijn de beschikbaarheidsbijdragen niet toereikend om de PMO-functie in 2013 te kunnen uitvoeren. Deze gang van zaken is volgens de UMC's in strijd met de eis van kostendekkendheid. De beschikkingen zijn gebaseerd op de beleidsregel. Volgens de UMC's is de beleidsregel dan ook in strijd met de eis van kostendekkendheid. Zo gaat de beleidsregel nog uit van de verouderde gegevens uit 2007 en 2008. In de beleidsregel wordt verder op geen enkele wijze becijferd dat met de toekenning van de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 aan de eis van kostendekkendheid wordt voldaan. Het College overweegt *“volgens vaste jurisprudentie kan in een beroepsprocedure tegen een — na ongegrondverklaring van het daartegen gerichte bezwaar gehandhaafde — beschikking niet*

*alleen worden beoordeeld of deze in overeenstemming is met een daaraan ten grondslag liggende beleidsregel, maar ook, bij wege van exceptieve toetsing, of aan die beleidsregel wegens strijd met het recht verbindende kracht moet worden ontzegd.*" In het vervolg van de uitspraak gaat het College echter niet meer in op deze mogelijkheid van exceptieve toetsing. Wel oordeelt het College dat de beleidsregel door het ontbreken van een deugdelijke motivering, niet onverkort mocht worden toegepast. Het bestreden besluit is evenmin gemotiveerd en om deze reden wordt het bestreden besluit door het College vernietigd.

3. Zoals blijkt uit het voorgaande is tussen partijen niet in discussie dat de PMO-functie op basis van het Besluit Beschikbaarheidsbijdrage kostendekkend dient te zijn. De beleidsregel beoogt toepassing te geven aan dit uitgangspunt. De NZa motiveert in de beleidsregel niet op welke wijze de toekenning van de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 zijn becijferd. Het is dan ook volstrekt onduidelijk of de beschikbaarheidsbijdragen voldoen aan de eis van kostendekkendheid. Het College geeft in onderhavige uitspraak weliswaar aan dat bij wege van exceptieve toetsing verbindende kracht aan een beleidsregel kan worden ontzegd. In de onderhavige uitspraak gaat het College echter niet verder in op deze mogelijkheid. Daarom is de vraag relevant hoe de rechter in andere gevallen omgaat met exceptieve toetsing. Eerst zullen wij kort bespreken wat het leerstuk van de exceptieve toetsing inhoudt.
4. Tegen een beleidsregel kan een belanghebbende geen bezwaar aantekenen op grond van artikel 8:3 lid 1 onder a Awb. Een belanghebbende kan in een procedure tegen een beschikking wel aangeven dat de onderliggende beleidsregel niet toepasbaar is wegens strijdigheid met het recht. De rechter toetst dan via het appellabele besluit de onderliggende beleidsregel aan een hoger wettelijk voorschrift en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De bestuursrechter beziet of het besluit waartegen beroep is ingesteld, berust op een rechtsgeldig en toepasselijk wettelijk voorschrift. Indien het toepasselijk voorschrift niet rechtsgeldig is, kan de rechter het toepasselijk wettelijk voorschrift onverbindend verklaren. Het bestuursorgaan heeft bij de invulling van een beleidsregel de discretionaire bevoegdheid gekregen. De afwegingen van het bestuursorgaan worden door de rechter terughoudend getoetst (ABRvS 1 februari 2012, AB 2012/246, m.nt. L.J.A. Damen). De rechter toetst bij exceptieve toetsing dan ook terughoudend aan de vraag of de beleidsregel in strijd is met een hoger wettelijk voorschrift of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6375)
5. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft onlangs een voor de rechtspraak belangrijke uitspraak gedaan in het kader van het alcoholslotprogramma (ABRvS 4 maart 2015, AB 2015/160). In deze uitspraak toetste de Afdeling exceptief aan artikel 17 van de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011. De Afdeling verklaart artikel 17 van de Regeling onverbindend aangezien dit artikel in strijd is met artikel 3:4 van de Awb. Zo kan het bestuursorgaan op grond van het beleid geen rekening houden met de individuele omstandigheden van het geval. Ook het College volgt de algemene lijn dat aan *“een beleidsregel slechts verbindende kracht kan worden ontzegd indien de door de betrokken regelgever gemaakte keuzen strijdig moeten worden geacht met een hogere algemeen verbindende regeling, dan wel indien met inachtneming van de beoordelingsvrijheid van de regelgever, en derhalve met terughoudendheid toetsend, geoordeeld moet worden dat de voorschriften een toetsing aan algemene rechtsbeginselen niet kunnen doorstaan”* (CBb 18 juni 2015, ECLI:NL:CBB:2015:235). In voornoemde uitspraken oordelen de Afdeling en het College dat een beleidsregel verbindende kracht kan worden ontzegd indien de



beleidsregel in strijd is met een hogere rechtsregel.

6. In de onderhavige zaak is de beleidsregel in strijd met het Besluit Beschikbaarheidsbijdrage. Zo wordt het door de UMC's aannemelijk gemaakt dat de beschikbaarheidsbijdragen niet kostendekkend zijn. Deze eis van kostendekkendheid volgt uit het voornoemde besluit. Aangezien dit besluit een Algemene Maatregel van Bestuur is en zodoende kan worden gezien als een hoger wettelijk voorschrift ten opzichte van de beleidsregel, had het College de beleidsregel onverbindend kunnen verklaren. Het College dient deze strijdigheid zoals beschreven terughoudend te toetsen. In de onderhavige uitspraak oordeelt het College dan ook niet dat de beleidsregel in strijd is met het Besluit Beschikbaarheidsbijdrage. Het College oordeelt enkel dat de NZa *"op geen enkele wijze heeft becijferd dat met de toekenning van de beschikbaarheidsbijdragen voor 2013 aan de hiervoor bedoelde eis van kostendekkendheid wordt voldaan"*. Het College is dan ook van mening dat de beleidsregel niet toereikend is gemotiveerd en zodoende in strijd is met een algemeen rechtsbeginsel, namelijk het motiveringsbeginsel. Het College oordeelt: *"Aangezien de beleidsregel ten aanzien van dit punt niet van enige motivering is voorzien, moet worden geoordeeld dat de beleidsregel onder deze omstandigheden niet onverkort mocht worden toegepast."*
7. Zoals beschreven gaat het College in de onderhavige zaak wel in op de mogelijkheid van exceptieve toetsing. Het College oordeelt ook dat aan de beleidsregel verbindende kracht moet worden ontzegd, ingeval de beleidsregel in strijd is met het recht. Het is dan ook opmerkelijk dat het College niet exceptief toetst, zodat de NZa bij het nemen van de nieuwe beslissing op bezwaar in beginsel opnieuw gebruik kan maken van de gebrekkige beleidsregel mits beter gemotiveerd. Het had ons inziens hier wel voor de hand gelegen om, in de lijn van bovengenoemde uitspraken, het besluit onverbindend te verklaren wegens strijd met de eis van kostendekkendheid, in plaats van het oordeel dat er sprake is van een motiveringsgebrek.  
De NZa heeft van het College nog ruimte gekregen om de motivering van de beleidsregel te herzien. Uiteindelijk gaat het de UMC's in deze kwestie echter niet om een verbeterde motivering van de beleidsregel maar om het materieel verkrijgen van een werkelijk kostendekkende beschikbaarheidsbijdrage. In de hernieuwde beslissing op bezwaar bestaat het risico dat de discussie opnieuw gaat over de hoogte van de kostendekkendheid en dat de NZa met verbeterde motivering materieel op hetzelfde uitkomt.

## Voetnoten

---

-  Wouter Koelewijn is als advocaat werkzaam bij Van Benthem & Keulen; Bas Wallage is juridisch medewerker bij Van Benthem & Keulen.