

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor Mindert Mulder (Ministerie van Justitie en Veiligheid)
van Jotte Mulder, Anna van Gijssel, Lonneke de Graaf (kantoor landsadvocaat)
datum 17 oktober 2023
inzake Staat (JenV) / Convenant landelijk basistarief jeugdbescherming en jeugdreclassering /
Handreiking reële prijzen jeugdbescherming en jeugdreclassering
zaaknr 11020906

1 Inleiding

- 1.1 Op 14 september 2023 heeft u ons gevraagd te adviseren over de juridische risico's voor de Staat bij het (concept) 'Convenant landelijk tarief jeugdbescherming en jeugdreclassering' (hierna: Convenant). Het voornemen tot invoering van het Convenant is tot stand gekomen tussen de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: de VNG), de minister voor Rechtsbescherming (hierna: de minister), de staatssecretaris van Volksgezondheid, welzijn en sport (hierna: VWS) en de gecertificeerde instellingen van Nederland (hierna: GI's). Het Convenant zou tot doel hebben om afspraken tussen Rijk, gemeenten en GI's vast te leggen die nodig zijn om op de korte termijn de werkdruk bij GI's te verlagen door te voorzien in een adequate bekostiging middels een basistarief dat is berekend op basis van een kostprijsonderzoek van KPMG. In het Convenant staat in de overwegingen vermeld dat de minister een bijdrage zal geven aan de financiering van de meerkosten van het landelijk tarief - in principe voor de duur van het Convenant, mits dit goed wordt nageleefd en effectief is.
- 1.2 Het Convenant zou moeten voorzien in een oplossing voor de korte termijn tot de invoering van structurele wettelijke maatregelen en adresseert een behoefte van gemeenten zelf om uniforme tarieven te kunnen hanteren die zijn gebaseerd op een degelijk onderzoek. Gemeenten zijn ook betrokken geweest bij de totstandkoming van de prestatiebeschrijvingen, het KPMG rapport en de afspraken (naast de VNG).
- 1.3 U heeft gevraagd te adviseren over de mogelijkheid om de voorgenomen afspraken neer te leggen in het Convenant en de daarbij te onderkennen risico's. Daarbij heeft u ons verzocht om specifiek in te gaan op de volgende vragen:

- Kan het Convenant gemeenten binden gelet op het feit dat aan de zijde van de gemeenten de VNG de ondertekenende partij is?
- Hoe passen de afspraken in het Convenant binnen de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het Rijk en gemeenten op grond van de Jeugdwet (hierna: Jw)?
- Hoe verhoudt het Convenant zich tot de concept amvb reële prijzen Jw?
- Voldoet het Convenant aan de Aanwijzingen voor convenanten?¹
- Welke risico's zijn mogelijk verbonden aan een financiële toezegging door het Rijk?
- Kan aan de NZa een opdracht worden gegeven ten behoeve van het onderhoud van het landelijk basistarief?
- Zijn er mededingingsrechtelijke bedenkingen tegen dit Convenant?

Alternatief in de vorm van een handreiking

- 1.4 Onze (concept) beantwoording van voorgaande vragen, die in het hiernavolgende nader worden uitgewerkt, heeft aanleiding gegeven om af te zien van de invoering van het Convenant. Kort en goed: zowel de Jeugdwet als de mededingingsregels staan in de weg aan het invoeren van het Convenant. Wij hebben vervolgens met u de optie besproken om de prestatiebeschrijvingen, het kostprijsonderzoek en de berekening van het landelijk basistarief in vrijblijvende vorm aan te bieden aan de gemeenten en gecertificeerde instellingen zonder bindende en financiële afspraken te maken over de toepassing daarvan. U heeft naar aanleiding daarvan gekozen om de afspraken over het gebruik van een landelijk basistarief al uitgangspunt voor de gemeenten om te vormen naar een handreiking die gemeenten vrijblijvend kunnen gebruiken als hulpmiddel bij het bepalen van reële prijzen (hierna: de Handreiking). De vrijblijvendheid, het feit dat de Handreiking door de minister wordt aangereikt, gecombineerd met de mogelijkheden voor gemeenten om af te wijken van het basistarief, maken dat zowel de Jeugdwet als de mededingingsregels niet in de weg staan aan de invoering van de Handreiking. Daarnaast zijn er bestuurlijke afspraken uitgewerkt waarin de minister en de staatssecretaris van VWS afspraken maken met de VNG en op basis waarvan VNG uitspreekt dat zij hun leden zullen adviseren de Handreiking te gebruiken.
- 1.5 De bestuurlijke afspraken regelen verder dat het gebruik van de Handreiking wordt gemonitord en dat deze regelmatig, na consultatie van verschillende partijen, wordt geactualiseerd. Het voornemen is om waar mogelijk de GI's daarbij te betrekken en op die onderdelen ook deel te laten uitmaken van de bestuurlijke afspraken. Ook wordt geregeld dat het Rijk de gemeenten ondersteunt bij de financiële consequenties van de toepassing van de Handreiking.

¹ Vaststellingsregeling Aanwijzingen voor convenanten 2003, Stcrt. 2003, 18.

Opbouw van dit advies

- 1.6 U heeft ons verzocht ons advies ten aanzien van het oorspronkelijke Convenant ook in de finale versie van het advies te behouden. Het advies bestaat dan ook deels uit een analyse van de juridische bezwaren die voortvloeien uit het Convenant en deels uit een analyse die u handvaten heeft gegeven om het Convenant om te zetten naar een Handreiking, gecombineerd met bestuurlijke afspraken, op basis waarvan de juridische bezwaren die wij hebben geïdentificeerd kunnen worden geadresseerd. In de loop van de totstandkoming van dit advies is tevens een informele zienswijze door de ACM afgegeven omtrent de mededingingsrechtelijke ruimte die bestaat om GI's te betrekken bij de uitvoeringsaspecten van de Handreiking. Ook de zienswijze van de ACM (van 13 oktober 2023) is in dit advies verwerkt.
- 1.7 Dit advies is gelet op het voorgaande als volgt opgebouwd:
- in paragraaf 2 vatten wij ons advies samen, zowel ten aanzien van de risico's bij het Convenant als de handreiking;
 - in paragrafen 3 t/m 7 beantwoorden we uw adviesvragen (zie hiervoor 1.3) omtrent de risico's bij het Convenant;
 - in paragraaf 8 bespreken we de mogelijkheid om bestuurlijke afspraken te maken en een handreiking op te stellen met betrekking tot een landelijk basistarief;
 - in paragraaf 9 bespreken we mogelijkheid om aan de NZa een taak toe te bedelen die betrekking heeft op het onderhoud van het landelijk basistarief.

2 Samenvatting van ons advies

Achtergrond

- 2.1 Het doel van het Convenant was om afspraken te maken die bijdragen aan een adequate bekostiging van de GI's. De werkdruk bij instellingen voor jeugdbescherming en -reclassering is de laatste jaren structureel hoog. Er bestaan wachtlijsten en het verlenen van adequate hulp aan kwetsbare ouders en kinderen staat onder druk. De minister acht het van belang om op korte termijn deze werkdruk bij GI's te verlagen en de bekostiging te verbeteren.
- 2.2 Met het Convenant was beoogd een tarief in te voeren om de reële werklast voor jeugdbeschermers en -reclasseringswerkers te bekostigen. Het landelijk tarief in het Convenant is gebaseerd op de gemiddelde kosten, die op basis van onafhankelijk onderzoek zijn vastgesteld. Het geldt als een basistarief, waarbij er regionale afwijkingen in bijzondere gevallen kunnen zijn. De betrokken partijen zouden bestaan uit de minister, de staatssecretaris van VWS, de GI's en de VNG.

- 2.3 Het Convenant zou tijdelijk zijn en eindigen wanneer de initiatieven Toekomstscenario Kind- en Gezinsbescherming en de Hervormings-agenda Jeugd leiden tot wettelijke regels.

Risico's en advies

- 2.4 Wij hebben twee (kern)risico's geïdentificeerd die zouden spelen bij de invoering van het Convenant: (i) wordt middels het Convenant de bevoegdheid van gemeenten (feitelijk) ingeperkt?; en (ii) is het Convenant vanwege de invoering van één landelijk tarief, waaraan de GI's zich zouden verbinden, mededingingsrechtelijk toegelaten? Wij concluderen dat deze risico's significant zijn.
- 2.5 Hierna bespreken wij, samengevat, beide geïdentificeerde risico's in meer detail.

Mogelijke (feitelijke) inperking bevoegdheid van gemeenten

- 2.6 Het Rijk heeft een systeemverantwoordelijkheid die ziet op de ondersteuning van en de hulp en zorg aan jeugdigen en hun ouders bij opvoed- en opgroei problemen en bij de uitvoering van kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering. Het is vanuit zijn stelselverantwoordelijkheid begrijpelijk dat het Rijk een ondersteunende en stimulerende rol wil hebben bij een oplossing voor de problemen die gemeenten en GI's structureel ervaren bij het bepalen van een reële prijs. Immers bij de onderhavige stelselverantwoordelijkheid hoort dat getracht wordt te voorzien in aanpassingen als het stelsel niet functioneert.
- 2.7 Daartegenover staat het uitgangspunt in de Jeugdwet dat gemeenten bij de uitvoering van de Jeugdwet zoveel mogelijk beleidsvrijheid dienen te hebben. Gemeenten zijn op basis van de Jeugdwet bevoegd om te bepalen welk tarief zij GI's betalen, waarbij geldt dat sprake moet zijn van een reële prijs. Op grond van artikel 2.11, tweede lid Jw moet de gemeenteraad in de verordening regels stellen ter waarborging van een reële prijs. Het vaststellen van regels ter waarborging van een reële prijs valt dus binnen de bevoegdheid van de gemeenteraden.
- 2.8 In beginsel staat het partijen (waaronder gemeenten) vrij om contractuele afspraken te maken over de uitoefening van hun bevoegdheden. In zoverre staat het gemeenten vrij om onderling bindende afspraken te maken over de wijze waarop zij toepassing geven aan hun bevoegdheid om een reële prijs te bepalen. In de voorgenomen opzet zouden de gemeenten echter geen partij zijn bij het Convenant en zij zouden dan ook niet zijn gebonden aan de in het Convenant opgenomen afspraken over een landelijk basistarief.
- 2.9 Voorts is de vraag of de Staat wel betrokken dient te zijn bij afspraken die beogen gemeenten te binden aan een landelijk basistarief. In dat verband geldt dat in artikel 2.11, derde lid Jw is bepaald dat sturing vanuit het Rijk op de regels die

gemeenteraden kunnen stellen ter waarborging van een reële prijs bij of krachtens amvb dient te gebeuren. Een convenant dat in de beleidsvrijheid van gemeenten op het gebied van reële prijzen treedt staat hiermee op gespannen voet.

Of en zo ja, in hoeverre artikel 2.11 derde lid Jw daadwerkelijk een grondslag biedt om bij of krachtens amvb regels te stellen met betrekking tot een landelijk basistarief voor jeugdbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering, is geen gegeven en verdient nadere analyse. U heeft laten weten dat deze vraag vooralsnog buiten de huidige adviesvraag valt. Wij zijn uiteraard graag bereid desgewenst nader te adviseren over een mogelijke wettelijke grondslag voor een landelijk tarief.

- 2.10 Dit geldt temeer, om redenen die wij met u besproken hebben, indien de minister de naleving van het Convenant voorwaardelijk zou willen maken voor ontvangst van een financiële bijdrage. Ten slotte speelt tevens een rol dat het onwaarschijnlijk is dat gemeenten na de invoering van een landelijk tarief via het Convenant, nog dezelfde ruimte hebben in de wijze waarop zij hun aanbestedingsrechtelijke procedures vormgeven als voorafgaande aan het Convenant. Dit versterkt de conclusie dat er een zeker risico bestaat dat gemeenten zich op het standpunt kunnen stellen dat met de invoering van het Convenant hun beleidsruimte ontoelaatbaar zou worden ingeperkt.
- 2.11 Kortom, het is niet mogelijk om via het Convenant dwingende afspraken te maken met gemeenten over een landelijk basistarief. Ten eerste niet omdat gemeenten daar geen partij bij zijn. Ten tweede omdat dit op gespannen voet staat met artikel 2.11, derde lid Jw.

Mededingingsrechtelijke risico's

- 2.12 Wij identificeerden ook een aantal significante mededingingsrechtelijke bezwaren die wij mondeling nader hebben toegelicht op 21 september 2023. Die bezwaren zouden kunnen worden geadresseerd door het Convenant uiteindelijk om te zetten in de door de minister op te stellen Handreiking, dan wel een wettelijke regeling. Deze conclusies heeft de ACM inmiddels bevestigd in een informele zienswijze .

Alternatief voor het Convenant

- 2.13 De geïdentificeerde risico's, die in het hiernavolgende nader worden uitgewerkt, hebben aanleiding gegeven om af te zien van de invoering van het Convenant. In plaats daarvan is besloten het landelijk basistarief op te nemen in de Handreiking die gemeenten vrijblijvend kunnen gebruiken als hulpmiddel bij het bepalen van reële prijzen. Daarnaast zal in de Handreiking of separaat met VNG de afspraak worden gemaakt dat de VNG zich zal inzetten om de Handreiking door gemeenten te laten implementeren.

- 2.14 De toepassing van het landelijk basistarief wordt in de Handreiking als optie meegegeven aan gemeenten zodat hun beleidsvrijheid op dat punt niet wordt beperkt. Wij lichten hierna in hoofdstuk 8 nader toe dat de Handreiking en de bestuurlijke afspraken, inclusief het onderhoud daarvan, inmiddels zijn vormgegeven op basis van de aandachtspunten in dit advies en tevens in overeenstemming zijn met de informele zienswijze van de ACM.
- 2.15 De vrijblijvendheid, het feit dat de Handreiking door de minister wordt aangereikt, gecombineerd met de mogelijkheden voor gemeenten om af te wijken van het basistarief, maken dat zowel de Jeugdwet als de mededingingsregels niet in de weg staan aan de invoering van de Handreiking.
- 2.16 Ten aanzien van de vraag of in de Handreiking, dan wel de bestuurlijke afspraken, nog aanvullend kan worden opgenomen dat Jeugdzorg Nederland het initiatief voor de Handreiking ondersteunt en verwacht dat de Handreiking in positieve zin kan bijdragen aan de totstandkoming van kostendekkende tarieven geldt het volgende. Jeugdzorg Nederland is een branchevereniging voor de GI's. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kwalificeert zij als een ondernemersvereniging. Het kartelverbod geldt ook voor "besluiten van ondernemersverenigingen", waarbij de vereniging het marktgedrag van haar leden wil beïnvloeden. Een formeel besluit is niet noodzakelijk, ook een vrijblijvend advies of aanbeveling kan een 'besluit van een ondernemersvereniging' vormen. In haar zienswijze van 13 oktober 2023 geeft de ACM aan dat een mogelijke spanning ontstaat met het kartelverbod, indien Jeugdzorg Nederland het initiatief van de Handreiking in algemene zin zou ondersteunen. Hoewel het de vraag is of de enkele ondersteuning van het initiatief van de minister om te komen tot kostendekkende tarieven in staat zou zijn om de mededinging tussen de GI's te beperken, adviseren wij om geen verwijzingen daaromtrent in de Handreiking en de bestuurlijke afspraken op te nemen.
- 2.17 Wel kunnen de GI's, al dan niet via Jeugdzorg Nederland, onderdeel worden gemaakt van de bestuurlijke afspraken over monitoring, onderhoud en actualisatie van het kostenonderzoek en de Handreiking via een aan te wijzen onderhoudsorganisatie. Dit heeft de ACM tevens bevestigd in de informele zienswijze. Op deze basis kunnen de Handreiking en de bestuurlijke afspraken derhalve verder worden vormgegeven.

3 Hoe past het Convenant binnen de verantwoordelijkheidsverdeling van de Jw?

Inleiding

- 3.1 U heeft ons gevraagd te adviseren of het Convenant past binnen de verantwoordelijkheidsverdeling tussen partijen in het jeugdbeschermingsstelsel. Ter beantwoording van deze vraag staan we hierna eerst kort stil bij de verantwoordelijkheidsverdeling tussen Rijk en gemeenten op grond van de Jeugdwet

en in het bijzonder bij de bepaling over reële prijzen in artikel 2.11 Jw. Vervolgens gaan wij in op uw vraag.

Uitgangspunten Jeugdwet

- 3.2 De Jeugdwet is een medebewindswet en gaat uit van uitvoering door gemeenten en Rijk gezamenlijk. Het Rijk heeft een systeemverantwoordelijkheid die ziet op de ondersteuning van en de hulp en zorg aan jeugdigen en hun ouders bij opvoed- en opgroeioproblemen en bij de uitvoering van kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering. Dit betekent dat het Rijk daarvoor de randvoorwaarden dient te scheppen.²
- 3.3 Systeemverantwoordelijkheid houdt ook in dat tijdig wordt ingegrepen als het stelsel niet goed functioneert. Het Rijk vervult tevens een stimulerende en ondersteunende rol.³ De ondersteunende rol bestaat uit het ontwikkelen van monitorinstrumenten, het bieden van handreikingen en het stimuleren van kwaliteit en innovatie.⁴ Tot slot is een belangrijke verantwoordelijkheid van het Rijk om de medebewindstaken van de gemeente op grond van de Jeugdwet te bekostigen.⁵
- 3.4 Waar het Rijk systeemverantwoordelijk is, ligt de directe verantwoordelijkheid voor beleidsprestaties bij de gemeenten. De gemeenten zijn bestuurlijk en financieel verantwoordelijk voor de jeugdhulp, jeugdreclassering en jeugdbescherming. De verantwoordelijkheid van de gemeenten houdt in dat zij moeten zorgen voor een kwalitatief en kwantitatief toereikend aanbod van jeugdhulp en gecertificeerde instellingen. Daartoe worden door het Rijk aan gemeenten de bevoegdheden en middelen overgedragen om aan deze zorgplicht invulling te geven. Binnen de kaders die de wet biedt dienen de gemeenten zelf een integraal beleid te ontwikkelen voor de uitvoering van de jeugdhulpplicht en de uitvoering van de jeugdreclassering en jeugdbeschermingsmaatregelen.
- 3.5 Voor de uitvoering van dat beleid ontvangen gemeenten middelen uit het gemeentefonds waaruit zij de jeugdhulp, jeugdbescherming en jeugdreclassering moeten bekostigen. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor die bekostiging en hebben in verband daarmee (binnen de grenzen van de Jeugdwet) bestedingsvrijheid.⁶ Gemeenten hebben voorts de mogelijkheid om regionaal of bovenregionaal samen te werken (zie artikel 2.8 Jw).⁷

² *Kamerstukken II*, 2012/13, 33648, nr. 3, p. 216.

³ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33648, nr. 3, p. 3.

⁴ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33648, nr. 3, p. 6.

⁵ Artikel 2, lid 2 Fw stelt dat het Rijk moet aangeven hoe gemeenten en provincies een door het Rijk opgelegde wijziging van taken kunnen bekostigen. Artikel 108, derde lid Gemeentewet bepaalt dat het Rijk de kosten van medebewind vergoedt, voor zover zij die niet kunnen dekken uit specifieke eigen inkomsten. Dat kan door middel van een kostendekkende specifieke uitkering, maar ook via het gemeentefonds.

⁶ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33648, nr. 3, p. 106.

⁷ *Kamerstukken II*, 2012/13, 33648, nr. 3, p. 25.

Artikel 2.11 Jw en de amvb reële prijzen Jw

- 3.6 Gemeenten kunnen op grond van artikel 2.11, eerste lid Jw de uitvoering van hun taken op grond van de Jeugdwet uitbesteden aan derden. In dat geval dienen gemeenteraden in hun verordeningen regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs voor de uitvoering van (onder meer) kindbeschermingsmaatregelen en jeugdreclassering en de eisen die worden gesteld aan de kwaliteit daarvan (artikel 2.11, tweede lid Jw). Vervolgens dienen de colleges bij de daadwerkelijke inkoop (of subsidiëring) van de zorg voor jeugdigen de in de verordening opgenomen regels in acht te nemen. De gemeenteraden dienen daar op toe te zien.
- 3.7 Op grond van artikel 2.11 derde lid kan het Rijk bij amvb nadere regels stellen over de plicht tot het vastleggen van reële prijzen. De concept amvb reële prijzen Jw bevat zulke regels. De concept amvb bepaalt de kostprijselementen die in de reële prijs voor jeugdzorg verdisconteerd dienen te worden. De gemeenteraad dient deze kostprijselementen in zijn verordening op te nemen en eventueel uit te werken. Vervolgens dient het college ervoor te zorgen dat de prijzen voor de te betalen zorg met behulp van deze kostprijselementen worden bepaald.⁸ Met de amvb worden de gemeente aanknopingspunten gegeven voor het bepalen van de reële prijs, doordat wordt bepaald met welke kostprijselementen de gemeenten daarbij ten minste rekening dienen te houden.⁹ De wetgever beschouwt de amvb als instrument waarmee het Rijk nadere sturing kan geven aan de systematiek van de kostprijsbepaling door de gemeentelijke bestuursorganen.

Wat regelt het Convenant?

- 3.8 Wij begrijpen dat (samengevat) de structureel te hoge werkdruk bij gecertificeerde instellingen de aanleiding vormt voor het Convenant. Er lopen op dit moment verschillende initiatieven voor de langere termijn, waaronder het Toekomstscenario kind- en gezinsbescherming en de Hervormingsagenda Jeugd. Het Convenant zou dienen als tijdelijke korte termijn oplossing vooruitlopend op toekomstige wetgeving, al dan niet in het kader van deze initiatieven.
- 3.9 Het Convenant zou beogen te regelen:
1. De introductie van een landelijk tarief: het uniforme tarief is gebaseerd op de reële ureninzet van professionals en op de vastgestelde gemiddelde kosten van GI's per maatregel ondertoezichtstelling, voogdij of jeugdreclassering. Het landelijke tarief is een basistarief waar in individuele gevallen van kan worden afgeweken indien een GI en de gemeente hiertoe aanleiding zien.

⁸ (Concept) NvT, amvb reële prijzen Jeugdwet, p. 2

⁹ (Concept) NvT, amvb reële prijzen Jeugdwet, p. 8.

2. Conformerings aan het kwaliteitskader en prestatiebeschrijvingen (KKPB): om tot een uniform landelijk tarief te komen is gebruik gemaakt van het KKPB. Op basis hiervan is onderzocht hoeveel tijd een jeugdbeschermer gemiddeld nodig heeft voor de uitvoering van de verschillende wettelijke taken. Tussen partijen bestaat overeenstemming omtrent deze ureninzet van professionals.
3. Conformerings aan de hoogte van het landelijke tarief: in het kader van dit Convenant is een kostprijsonderzoek uitgevoerd. Aan de hand van de gemiddelde kosten per kostprijscomponent is tot een uniform bedrag per maatregel gekomen. Dit bedrag wordt door partijen gezien als reëel.
4. Onderhoudsorganisatie: de aanwijzing van een (onafhankelijke) onderhoudsorganisatie die onderhoud pleegt aan de afspraken in dit Convenant en de convenantpartijen informeert en adviseert.

3.10 In het Convenant zouden geen financiële afspraken gemaakt worden tussen gemeenten, gecertificeerde instellingen en VNG.

Hoe past het Convenant binnen deze verantwoordelijkheidsverdeling?

- 3.11 Voorop staat dat het sluiten van bestuurlijke convenanten een geaccepteerde manier is om beleid te maken. Convenanten kunnen geen nieuwe bevoegdheden creëren, maar partijen kunnen zich wel jegens elkaar tot op zekere hoogte verplichten op een bepaalde wijze van de hun toekomstige bevoegdheden gebruik te maken.¹⁰
- 3.12 In dit geval is met het Convenant beoogd gemeenten te verplichten om bij het contracteren van gecertificeerde instellingen uit te gaan van een landelijk basistarief dat is gebaseerd op landelijk berekende kostprijzen en uniforme prestatiebeschrijvingen. Daarmee wordt voorzien in een behoefte van gemeenten en GI's om duidelijkheid te krijgen over een reële prijs.
- 3.13 Het is vanuit zijn stelselverantwoordelijkheid begrijpelijk dat het Rijk een ondersteunende en stimulerende rol wil hebben bij een oplossing voor de problemen die gemeenten en GI's structureel ervaren bij het bepalen van een reële prijs. Immers bij de onderhavige stelselverantwoordelijkheid hoort dat getracht wordt te voorzien in aanpassingen als het stelsel niet functioneert. De gemeenten hebben (via de VNG) ook expliciet om deze ondersteuning verzocht. Het kan ook passend zijn om een financiële bijdrage te leveren indien wordt vastgesteld dat een oplossing leidt tot meerkosten die vanuit het Gemeentefonds onvoldoende kunnen worden gefinancierd (zie ook hierna paragraaf 5).¹¹
- 3.14 Echter, een Convenant waarin het Rijk juridisch bindende afspraken maakt met de VNG over een concreet landelijk basistarief staat op gespannen voet met de

¹⁰ Zie ook 'Advies over het uitkeringsstelsel tussen Rijk en provincies en gemeenten', Centrum voor Onderzoek van de Economie van de Lagere Overheden, 9 februari 2022, p. 77.

¹¹ Op basis van artikel 108 Gemeentewet moeten de kosten verbonden aan de uitvoering van een medebewindstaak door het Rijk worden vergoed.

verantwoordelijkheidsverdeling in de Jeugdwet. Immers, op grond van artikel 2.11, derde lid Jw hebben gemeenten beleidsvrijheid om zelf regels te stellen ter waarborging van een reële prijs. In zoverre sluit het Convenant niet goed aan bij de verantwoordelijkheidsverdeling in de Jeugdwet. Dit lichten we hierna toe.

- 3.15 Daarbij is in de eerste plaats relevant dat de gemeenten geen partij zijn bij het Convenanten zij dus niet worden gebonden aan de afspraken die daarin worden gemaakt. VNG kan niet namens gemeenten ondertekenen zonder daartoe door iedere gemeente afzonderlijk gevolmachtigd te zijn. Deze volmachten zijn niet verleend. VNG kan in het Convenant dus geen afspraken maken met het Rijk en de gecertificeerde instellingen die de gemeenten zullen binden.

In dat verband wijzen we ook op aanwijzing 5 van de Aanwijzing voor convenanten waarin staat vermeld dat alleen partijen met zeggenschap over het te regelen onderwerp partij moeten zijn bij een convenant. Er dient op te worden gelet dat alle partijen voor wie het convenant verplichtingen bevat, als partij, al dan niet via vertegenwoordiging worden gebonden. Daarvan is in dit geval geen sprake.

- 3.16 Om te bereiken dat alle gemeenten worden gebonden moeten alle gemeenten dus tekenen. Dit is geen reëel scenario. Daar zou bovendien bij meespelen dat de gemeenteraden exclusief bevoegd zijn op grond van artikel 2.11 Jw om in de verordening regels op te nemen over de reële prijzen. Een contractuele overeenkomst bindt de gemeenteraad niet. Er kunnen in het Convenant in zoverre dus geen bindende afspraken worden gemaakt over de bevoegdheid van gemeenteraden op grond van artikel 2.11, tweede lid Jw om in de verordening regels op te nemen die de colleges bij het bepalen van de reële prijzen moet opvolgen.
- 3.17 Ten tweede speelt de vraag in hoeverre het de minister vrijstaat om in een convenant bindende afspraken te maken over een reële prijs. Voorop staat dat de gemeente beleidsvrijheid hebben om regels te stellen ter waarborging van een reële prijs. In artikel 2.11, derde lid Jw is bepaald dat de minister bij of krachtens amvb regels kan stellen over de bevoegdheid van gemeenteraden om in hun verordeningen regels te stellen ter waarborging van een reële prijs. Voor zover het Rijk dus bevoegd is om regels te stellen ter borging van een reële prijs, en daarmee de beleidsvrijheid van gemeenten op dit punt te beperken, dient dit bij of krachtens amvb te geschieden. Het Convenant is daarvoor niet het aangewezen instrument.

In dat verband wijzen wij op aanwijzing 3 van de Aanwijzingen voor convenanten waarmee tot uitdrukking is gelegd dat, voordat wordt besloten tot het sluiten van een convenant, moet worden afgewogen of nationaal recht dwingt tot het gebruik van een ander instrument dan een convenant. In de toelichting wordt als voorbeeld genoemd de situatie waarin de wetgever heeft bepaald dat zaken bij amvb moeten worden geregeld.

In hoeverre artikel 2.11, derde lid Jw een grondslag biedt bij of krachtens amvb regels te stellen met betrekking tot een landelijk basistarief, valt buiten de huidige adviesvraag. Wij zijn uiteraard bereid desgewenst daar nader over te adviseren.

- 3.18 Het feit dat deelname van gemeenten aan het Convenant op vrijwillige basis zou geschieden, doet niet af aan het risico dat het Rijk via een convenant ten onrechte in de gemeentelijke beleidsvrijheid op het gebied van reële prijzen treedt. Aan deze vrijwilligheid wordt namelijk afbreuk gedaan, als de gemeenten feitelijk worden gedwongen om zich aan het landelijke basistarief te committeren. Daarvan kan sprake zijn als zij het Convenant moeten toepassen om aanspraak te kunnen maken op een eventuele financiële bijdrage door het Rijk. Wij begrijpen uit de overwegingen bij het Convenant dat het Rijk deze voorwaarde aan een eventuele financiële bijdrage had willen stellen. Als gemeenten feitelijk gezien afhankelijk zijn van deze financiële bijdrage om de problemen rondom de jeugdbescherming aan te kunnen pakken, kan het naleven van het Convenant mogelijk niet meer kan worden gezien als het in vrijheid uitoefenen van de eigen bestuurlijke bevoegdheden van de gemeenten.¹² Door het Convenant op deze wijze vorm te geven maakt het Rijk in feite inbreuk op de autonomie die op grond van de Jeugdwet aan de gemeenten toekomt om de regels te stellen ter waarborging van een reële prijs.
- 3.19 Wij concluderen daarom dat het Convenant op gespannen voet staat met de beleidsruimte van gemeenten in artikel 2.11 derde lid Jw om een reële prijs te betalen. Het Convenant sluit in die zin niet aan bij de bevoegdheidsverdeling in de Jeugdwet.

4 Hoe verhouden het Convenant en amvb reële prijzen Jw zich tot elkaar?

- 4.1 U heeft ons daarnaast gevraagd te adviseren of het Convenant past binnen de regels die in de concept amvb reële prijzen Jw worden gesteld. Ook als gekozen wordt voor het alternatief, namelijk een handreiking, is deze vraag relevant omdat (vrijwillige toepassing van de modelafspraken) niet in strijd mag zijn met de concept amvb reële prijzen Jw.
- 4.2 De (concept) amvb reële prijzen Jw is gebaseerd op artikel 2.11, derde lid Jw en schrijft voor welke regels de gemeenteraden in hun verordening moeten stellen ter waarborging van een reële prijs. In de amvb worden de kostprijselementen voorgeschreven die ten minste verdisconteerd dienen te worden bij de vaststelling van een reële prijs. De gemeenteraad dient deze kostprijselementen – al dan niet in verder door de raad uitgewerkte vorm - in zijn verordening op te nemen, en vervolgens dient het college ervoor te zorgen dat de prijzen voor de te betalen zorg met behulp van deze kostprijselementen worden bepaald'.¹³

¹² Of gemeenten financieel afhankelijk zijn van de financiële bijdrage om het basistarief te kunnen betalen kunnen wij niet vaststellen.

¹³ (Concept) NvT, amvb reële prijzen Jeugdwet, p.2.

4.3 Ten eerste stellen we vast dat de kostprijsselementen zoals die zijn genoemd in het kostprijsonderzoek, ondanks de verschillende bewoordingen, vergelijkbaar zijn met de kostprijsselementen die worden gebruikt in de amvb. Het gaat om de volgende kostprijsselementen:

- a. kosten van beroepskrachten (cliëntgebonden en niet-cliëntgebonden);
- b. cliëntgebonden kosten anders dan van beroepskrachten;
- c. overheadkosten, en
- d. kosten voor indexatie.

4.4 In beginsel zijn de kostprijsselementen zoals die zijn genoemd in het kostprijsonderzoek hiermee vergelijkbaar. Dit ligt anders bij de zogenaamde pupilgebonden kosten uit het kostprijsonderzoek. Deze kosten worden expliciet niet als onderdeel van de landelijke kostprijs genomen, terwijl deze kosten op basis van de amvb wel onderdeel dienen te zijn bij de vaststelling van een reële prijs. Desondanks zien wij hier geen risico's aangezien de pupilgebonden kosten op grond van artikel 6.3 van het Convenant wel worden betrokken bij het vaststellen van het tarief (de reële prijs), namelijk in de vorm van een opslag.

Overigens merken we op dat de omschrijving van bepaalde kostprijsselementen in de amvb uitvoeriger zijn dan de kostprijsselementen in het kostprijsonderzoek en daarmee het Convenant. Hierbij wijzen wij in het bijzonder op de categorie 3 (algemene kosten en zakelijke lasten) van 'de overheadkosten'.¹⁴ Dit behelst niet zozeer een risico dat de amvb en het Convenant niet naast elkaar kunnen bestaan, maar het feit dat het kostprijsonderzoek veel kosten schaarst onder 'overige kosten' draagt niet bij aan de overzichtelijkheid en de transparantie van de opbouw van het landelijke tarief.

4.5 Inhoudelijk bijten de amvb en het Convenant elkaar dus niet. Als gemeenten het landelijk basistarief willen toepassen, blijven zij daarmee binnen de kaders van de concept amvb reële prijzen omdat het tarief is berekend op basis van kostprijsselementen die in de concept amvb reële prijzen Jw worden voorgeschreven.

5 Aandachtspunten rondom financiële bijdrage

5.1 In het Convenant staat in de overwegingen vermeld dat het Convenant aanleiding is voor de minister om ter overbrugging naar wettelijke maatregelen, in principe voor de duur van het Convenant, mits dit goed wordt nageleefd en effectief is, een bijdrage te geven aan de financiering van de meerkosten van dit Convenant die voortvloeien uit het iken van het landelijk tarief op een reële workload voor jeugdbeschermers. In het Convenant worden geen financiële afspraken gemaakt tussen gemeenten, gecertificeerde instellingen en VNG.

¹⁴ (Concept) NvT, amvb reële prijzen Jeugdwet, p.4.

- 5.2 U vraagt ons in dat verband te adviseren over mogelijke risico's van een financiële bijdrage. In dat verband geven wij u als aandachtspunt mee dat duidelijk wordt toegelicht welke specifieke omstandigheden aanleiding geven voor de het Rijk om een bijdrage te doen. Naar die specifieke omstandigheden kan dan worden verwezen in andere gevallen waarin wordt gekozen om geen aanvullende uitkering aan gemeenten te doen. In het Convenant worden deze specifieke omstandigheden naar onze inschatting voldoende duidelijk omschreven.

6 Is het Convenant voldoende duidelijk over het tijdelijke karakter van het document en belemmert het toekomstige wet- en regelgeving niet?

- 6.1 Het Convenant is uitdrukkelijk bedoeld als tijdelijk instrument totdat er andere wet- en/of regelgeving wordt opgesteld in het kader van de landelijke invoering van het Toekomstscenario of voor een landelijk tarief voor kindbeschermingsmaatregelen. In dit kader heeft u gevraagd of het Convenant hierover geen gegronde twijfel laat bestaan.
- 6.2 Het verdient aanbeveling om dit in het Convenant zelf tot uitdrukking te brengen. In de laatste versie van het Convenant gebeurt dit op verschillende plaatsen in het Convenant, waardoor onze inschatting is dat dit voldoende is geborgd. Daarmee is ook voldaan aan aanwijzing 19 van de Aanwijzingen voor convenanten. Op basis van deze aanwijzing wordt de einddatum van een convenant alleen gekoppeld aan de inwerkingtreding van een wettelijke regeling indien geen misverstand kan bestaan over de vraag welke regeling wordt bedoeld.

7 Toets Convenant op basis van het mededingingsrecht

- 7.1 Het is van belang op te merken dat parallel aan dit advies ook de ACM is gevraagd om een zienswijze op het voornemen tot het invoeren van een landelijk tarief vanuit mededingingsrechtelijk perspectief. U heeft ons desalniettemin gevraagd vanuit het mededingingsrecht de voornaamste aandachtspunten te benoemen. Die zijn met u besproken op 21 september 2023 en komen overeen met de (concept) informele zienswijze die inmiddels door de ACM is gegeven.
- 7.2 Wij concluderen dat de invoering van een landelijk tarief voor jeugdbescherming en jeugdreclassering, waarbij tevens de GI's zich zouden aansluiten, een duidelijke spanning creëert met de Mededingingswet. Dat zou het Convenant op losse schroeven zetten.

8 Alternatief voor het Convenant in de vorm van een Handreiking wel toegestaan

- 8.1 De geïdentificeerde risico's, die in het hiernavolgende nader worden uitgewerkt, hebben aanleiding gegeven om af te zien van de invoering van het Convenant.

In plaats daarvan is besloten het landelijk basistarief op te nemen in de Handreiking die gemeenten vrijblijvend kunnen gebruiken als hulpmiddel bij het bepalen van reële prijzen.

- 8.2 De Handreiking is vormgegeven in de vorm van een 'modelafspraken' die kan worden gebruikt door gemeenten om met GI's individuele afspraken te maken. Gemeenten zijn vrij in de keuze om al dan niet gebruik te maken van de Handreiking. Het uitgangspunt is dan ook dat gemeenten zelf kunnen besluiten welke onderdelen van de Handreiking zij uiteindelijk willen gebruiken. De toepassing van het landelijk basistarief wordt dan slechts als optie meegegeven aan gemeenten zonder dat dit als voorwaarde wordt gesteld aan een financiële bijdrage vanuit het Rijk, zodat hun beleidsvrijheid niet wordt beperkt. Gemeenten kunnen met een dergelijke (vrijblijvende) Handreiking mogelijk al voldoende geholpen zijn. Dit adresseert ook het spanningsveld met het mededingingsrecht (zie ook hierna).
- 8.3 Daarnaast zijn er bestuurlijke afspraken uitgewerkt waarin de minister en de staatssecretaris van VWS afspraken maken met de VNG en op basis waarvan VNG uitspreekt dat zij hun leden zullen adviseren de Handreiking te gebruiken.
- 8.4 De bestuurlijke afspraken regelen verder dat het gebruik van de Handreiking wordt gemonitord en dat deze regelmatig, na consultatie van verschillende partijen, wordt geactualiseerd. Het voornemen is om waar mogelijk de GI's daarbij te betrekken en op die onderdelen ook deel te laten uitmaken van de bestuurlijke afspraken. In de concept bestuurlijke afspraken is op dit punt, in lijn met de in dit advies benoemde aandachtspunten, een voorstel opgenomen om de GI's te betrekken. Ook wordt geregeld dat het Rijk de gemeenten ondersteunt bij de financiële consequenties van de toepassing van de handreiking.

Mededingingsrechtelijke overwegingen bij de Handreiking

- 8.5 De mededingingsrechtelijke bezwaren die zouden gelden bij het Convenant spelen niet in het kader van een Handreiking die door de minister wordt aangeboden aan gemeenten en waaraan de GI's enkel hebben bijgedragen door op individuele basis een onafhankelijke derde partij te voorzien van informatie die is gebruikt in het kader van de totstandkoming van het kostenonderzoek en het basistarief dat vervolgens op die basis in de Handreiking wordt gehanteerd. In dat geval heeft er immers tussen de GI's geen afstemming plaatsgevonden. Hiermee wordt in feite een situatie gespiegeld die in zorgmarkten continue aan de orde is, namelijk die waarbij de NZa op basis van kostenonderzoek bij zorgaanbieders de maximumtarieven voor bepaalde zorgprestaties vaststelt. Mededingingsrechtelijk is dit niet problematisch. Ook de door ACM uitgebrachte zienswijze geeft voldoende ruimte voor een werkbare vormgeving van de Handreiking en de bestuurlijke afspraken, inclusief de monitoring, het onderhoud en de actualisatie van het kostenonderzoek.

- 8.6 Ten aanzien van de vraag of in de Handreiking, dan wel de bestuurlijke afspraken, kan worden opgenomen dat Jeugdzorg Nederland het initiatief voor de Handreiking ondersteunt en verwacht dat de Handreiking in positieve zin kan bijdragen aan de totstandkoming van kostendekkende tarieven geldt het volgende. Jeugdzorg Nederland is een branchevereniging voor de GI's. Vanuit mededingingsrechtelijk perspectief kwalificeert zij als een ondernemersvereniging. Het kartelverbod geldt ook voor "besluiten van ondernemingsverenigingen", waarbij de vereniging het marktgedrag van haar leden wil beïnvloeden. Een formeel besluit is niet noodzakelijk, ook een vrijblijvend advies of aanbeveling kan een 'besluit van een ondernemersvereniging' vormen. In haar zienswijze van 13 oktober 2023 geeft de ACM aan dat een mogelijke spanning ontstaat met het kartelverbod, indien Jeugdzorg Nederland het initiatief van de Handreiking in algemene zin zou ondersteunen. Hoewel het de vraag is of de enkele ondersteuning van het initiatief van de minister om te komen tot kostendekkende tarieven in staat zou zijn om de mededinging tussen de GI's te beperken, hebben wij besproken dat het raadzaam is om verwijzingen daaromtrent in de Handreiking en de bestuurlijke afspraken niet op te nemen.
- 8.7 De GI's kunnen wel, al dan niet via Jeugdzorg Nederland, onderdeel worden gemaakt van de bestuurlijke afspraken waar die zien op monitoring, onderhoud en actualisatie van het kostenonderzoek. De GI's kunnen ten behoeve van het goede functioneren van de Handreiking medewerking verlenen aan onderzoeken, consultaties en uitvragen van de beoogde onafhankelijke onderhoudspartij in het kader van onderhoud en monitoring van de Handreiking. Dit heeft de ACM tevens bevestigd in haar informele zienswijze van 13 oktober 2023.

Wij merken nog op dat (in theorie) het standpunt ingenomen zou kunnen worden dat de Handreiking spanning oplevert met de zogenaamde nuttig-effect-doctrine die voortvloeit uit het Europese mededingingsrecht. De ACM wijst daar ook op in haar informele zienswijze van 13 oktober 2023 (maar concludeert dat dit mogelijk alleen zou spelen indien de Handreiking niet vrijblijvend zou zijn geweest hetgeen niet het geval is).

Die doctrine kan onder bepaalde omstandigheden op basis van de Europese mededingingsregels lidstaten verbieden bepaalde wet- of regelgeving in te voeren die het nuttig effect van de mededingingsregels zou kunnen ontnemen. Daarvoor is evenwel vereist dat (i) sprake zou zijn van een afstemming/overeenkomst tussen ondernemingen die de mededinging beperkt; (ii) die vervolgens aan de werking van het kartelverbod wordt onttrokken omdat, bijvoorbeeld, afspraken worden opgenomen in wet- en regelgeving (waarop het kartelverbod niet van toepassing is); en (iii) de Europese mededingingsregels van toepassing zijn.

Van die omstandigheden is hier mogelijk geen sprake omdat KPMG als onafhankelijke derde partij de GI's op individuele basis heeft betrokken in het

kostprijsonderzoek en er derhalve *tussen de GI's*, voor zover wij dat hebben kunnen vaststellen, geen afstemming heeft plaatsgevonden. Bovendien zou de vraag gesteld moeten worden of het Europese mededingingsrecht wel van toepassing is omdat het hier gaat om puur lokale markten waarop, op het eerste gezicht, alleen de Nederlandse mededingingsregels van toepassing zijn. Daarnaast is de Handreiking volledig vrijblijvend en dient de Handreiking tevens een legitiem maatschappelijk doel omdat het basistarief wordt aangereikt als een middel om te zorgen voor een adequate (minimale) bekostiging van de activiteiten van de GI's, waardoor zij hun wettelijke taken behoorlijk kunnen uitoefenen. Voor zover er al mededingingsbeperkende effecten zouden voortvloeien als een gevolg van de invoering van de Handreiking, kunnen die op het eerst gezicht dan ook worden gerechtvaardigd in het licht van de evenredige en legitieme doelstellingen die middels de Handreiking worden nagestreefd.

9 Onderhoudsorganisatie: kan er worden gecontracteerd met de NZa?

9.1 De wettelijke bevoegdheden van de NZa volgen uit artikel 16 van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg). Artikel 2 sluit de toepassing van de Wmg (waaronder de bevoegdheden van de NZa) expliciet uit op GI's. De NZa heeft in beginsel dus geen wettelijk basis om onderhoudstaken uit te voeren ten aanzien van de tarieven die gelden voor jeugdbescherming en jeugdreclassering.

9.2 Op basis van artikel 16 onder i. Wmg kan de minister van VWS bij regeling de NZa opdragen aanvullende taken te verrichten. De vraag is echter of de bevoegdheid in artikel 16 onder i. Wmg een voldoende wettelijke basis kan bieden om de NZa taken toe te bedelen die betrekking hebben op het onderhoud van tarieven die zien op de jeugdbescherming en jeugdreclassering prestaties van GI's. Dit vereist verdere analyse en wij hebben besproken hierover op een later moment nader te adviseren, zodat dit ook met VWS kan worden afgestemd.

**