

Notitie

Aan : Lenneke Kleinbussink
 Van : Job Velthuisen en Sjors Buter
 Betreft : Zorgthuisnl / Indexering cao-OVA
 Datum notitie : 27 oktober 2023
 Referentie : D231220/VEL/sbu
 Onderwerp : Loonstijging in tarieven in het sociaal domein

Aanleiding voor deze notitie is het advies van de Vereniging Nederlandse Gemeenten om de tarieven in het sociaal domein (onder meer thuiszorg) te indexeren op basis van de OVA. Dat leidt tot een knelpunt voor zorgaanbieders omdat de OVA lager is dan de stijging van de cao-lonen. ZorgthuisNL heeft ons de vraag voorgelegd of het vanuit juridisch oogpunt toelaatbaar is om eventuele loonstijgingen die volgen uit cao-afspraken buiten beschouwing te laten en slechts te indexeren op basis van de OVA.

Managementsamenvatting

Bij de beantwoording van de vraag moet gekeken worden naar een aantal verschillende situaties:

- *Een gemeente wil gedurende de looptijd van een contract de OVA-index toepassen, terwijl iets anders is afgesproken:* Het toepassen van de OVA-index is in deze situatie niet toelaatbaar, het contract dient te worden nageleefd. In zeer zeldzame gevallen zou dit anders kunnen zijn, bij een geslaagd beroep van een gemeente op onvoorziene omstandigheden
- *In een lopend contract is de OVA-index afgesproken, maar een zorgaanbieder wil gecompenseerd worden voor de cao-loonstijging:* Ook in dit geval geldt dat het contract leidend is. In sommige gevallen zal een zorgaanbieder met een beroep op onvoorziene omstandigheden kunnen bewerkstelligen dat er wordt gecompenseerd voor de loonstijgingen conform cao.
- *De gemeente wil in een nieuw contract of bij een verlenging de OVA-index toepassen:* Het lijkt verdedigbaar dat indexering conform OVA niet voldoet aan de AMvB Reële Prijs Wmo, omdat de OVA een heel ander uitgangspunt kent dan de daadwerkelijke loon- en prijsstijgingen. De OVA geeft slechts de budgetruimte weer. De praktijk kan daar echter van afwijken. Als dan op basis van de OVA wordt geïndexeerd, kan het zijn dat geen reële prijs meer wordt betaald, omdat cao en OVA uiteen kunnen lopen. Het enige juiste indexcijfer voor de loonkostencomponent in de prijs is daarom de cao-index. Voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst of het accepteren van een verzoek tot verlenging dient bezwaar te worden gemaakt tegen indexering op basis van de OVA.

Betekenis van de overeenkomst bij indexering

1. Een eerste belangrijke opmerking is dat gemeenten in beginsel niet om de overeenkomst heen kunnen. Als in de overeenkomst bijvoorbeeld is opgenomen dat er op basis van de CPI of de CAO-index wordt geïndexeerd, kan de gemeente niet opeens de OVA-index toepassen. Uiteraard is het spiegelbeeld ook het geval: als overeengekomen is te indexeren op basis van de OVA, kan de gemeente niet indexeren op basis van een ander indexcijfer.
2. Met andere woorden: afspraak is afspraak. Dat maakt dat de gestelde vraag vooral relevant is voor nieuwe contracten (of voor verlengingsvoorstellen waarin wordt afgeweken van het verlopen contract). Als daarin is opgenomen dat de prijzen worden geïndexeerd op basis van de OVA, is dat dan rechtsgeldig? Op dit punt wordt in de rest van deze notitie ingegaan.
3. Als gemeenten in afwijking van het contract toch de OVA toepassen, kan (na ingebrekestelling) nakoming gevorderd worden bij de rechter, eventueel in kort geding.
4. In het kader van de volledigheid melden we nog dat op grond van de wet (art. 6:258 BW) bij onvoorziene omstandigheden "welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten" toch iets anders kan gelden dan afgesproken. Dit betreft echter nadrukkelijk wel de uitzonderingsgevallen. Uitgangspunt is en blijft dus dat de indexering die contractueel is afgesproken blijft gelden en niet opeens kan worden omgezet naar een indexering op basis van de OVA.
5. Het omgekeerde geldt echter ook: staat in het contract dat geïndexeerd wordt op basis van de OVA, dan kan wellicht worden beargumenteerd dat het feit dat de cao-loonstijging hoger is dan de OVA onvoorzien was en een omstandigheid is die maakt dat de betreffende gemeente ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In dat geval zou betoogd kunnen worden dat een gemeente in plaats van de OVA-index toe te passen de cao-loonstijging moet compenseren.
6. De drempel om een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden aan te passen is echter vrij hoog. Uitgangspunt is dat het contract moet worden nagekomen. Ik verwacht dat het een gemeente niet zal lukken om op basis van onvoorziene omstandigheden te bewerkstelligen dat de OVA-index wordt toegepast als contractueel iets anders is overeengekomen. Andersom schat ik de kansen groter in: gemeenten zijn op grond van de AMvB Reële Prijs Wmo verplicht om de cao-loonstijgingen te compenseren. Als de afspraak is dat wordt geïndexeerd op basis van de OVA, en het was op het moment van het maken van die afspraak nog niet voorzienbaar dat de cao-lonen harder zouden stijgen dan de OVA, is het zeker

een mogelijkheid dat een zorgaanbieder erin slaagt om toch een compensatie te ontvangen voor de stijging in de cao-lonen, op voorwaarde dat het gat tussen cao-lonen en OVA groot genoeg is.

7. Een en ander zal echter per casus moeten worden beoordeeld aan de hand van de concrete bepalingen in het contract en de marktomstandigheden bij het aangaan van dat contract.

Het toepassen van indexering op basis van de OVA

8. Volgens artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 (de AMvB Reële prijs Wmo) moet als kostprijsselement worden meegerekend: "indexatie van de reële prijs voor het leveren van een dienst". Volgens de toelichting op dit artikel gaat het om "indexatie van loon en prijs binnen een overeenkomst"¹
9. Op welke wijze dit dient te gebeuren is niet in de AMvB voorgeschreven, maar het is dus wel vereist om in de prijs de indexatie van lonen en prijzen te compenseren. Gebruikelijk is het om te werken met een indexeringsclausule, maar ook andere vormen zijn denkbaar. Indexering sluit echter het nauwst aan op de ontwikkeling van lonen en prijzen en de ontwikkelingen in het beschikbare budget bij gemeenten.
10. Over de regel dat de prijzen moeten worden geïndexeerd zijn in de afgelopen jaren door rechters twee uitspraken gewezen die relevant zijn in het kader van de indexering:

"De voorzieningenrechter merkt op dat zij de opmerking van Meander dat de kostprijs in de aanbesteding van de Gemeenten niet (adequaat) wordt geïndexeerd niet kan volgen. In § 4.6 van de Offerteaanvraag is toegelicht dat de cao VVT 2019-2021 wordt gevolgd. In de eerste Nota van Inlichtingen is daarop nog een nadere toelichting gegeven. Nergens is in de wet- en regelgeving of de jurisprudentie bepaald hoe en naar welke norm geïndexeerd moet worden. Voldoende aannemelijk is dat het volgen van de cao op de wijze zoals beschreven door de Gemeenten, de prijsstijgingen in de sector hulp bij het huishouden, waar personeelskosten de grootste kostenpost vormen, afdoende compenseert."

- Rb Limburg 24 november 2020 (ECLI:NL:RBLIM:2020:9229)

¹ Stb 2017/55 blz. 17

"In de overeenkomst en de verlenging daarvan is opgenomen dat de gemeenten het recht hebben de indexatie te maximeren op 2%. Een dergelijke maximering op voorhand is naar het voorlopig oordeel van het hof in strijd met de AMvB. Denkbaar is immers dat externe omstandigheden, zoals aanpassing van de cao, nopen tot een hogere indexatie. De gemeenten lijken dat ook wel te onderschrijven. Zij hebben opgemerkt dat zij een dergelijke bepaling in de toekomst niet meer in de overeenkomsten zullen opnemen"

- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:437)

11. Uit deze uitspraken kunnen de conclusies worden getrokken (1) dat een indexatie op basis van de cao VVT in beginsel voldoet aan de norm uit de AMvB; en (2) dat het maximeren van een indexatie niet toelaatbaar is, omdat dan niet meer de werkelijke prijsstijgingen worden gecompenseerd.
12. Dat leidt dan tot de vraag of indexatie op basis van de OVA-index toelaatbaar is. Om die vraag te beantwoorden schetsen we eerst kort de achtergronden van de OVA.

De OVA (Overheidsbijdrage in de Arbeidskostenontwikkeling)

13. De Overheidsbijdrage in de Arbeidskostenontwikkeling (hierna: "OVA") is ontstaan uit de bijzondere situatie in de sector dat de kosten geheel of gedeeltelijk bekostigd worden uit financiële middelen die tot de collectieve lasten worden gerekend. Met de OVA wordt gewaarborgd dat werknemers in de zorgsector een loonontwikkeling krijgen die in de pas loopt met de rest van Nederland. Zonder de OVA zouden werkgevers bijvoorbeeld financieel gezien geen loonsverhoging kunnen doorvoeren omdat dit niet wordt vergoed door hun opdrachtgevers.
14. De OVA wordt vastgesteld op basis van gegevens die worden aangeleverd door het Centraal Planbureau ten aanzien de stijging van personele kosten op basis van het Centraal Economisch Plan en de Macro Economische Verkenning van het lopende jaar. Het uiteindelijke percentage wordt door de overheid in juli van enig jaar doorgeleid naar de intermediaire organen, maar dat kan ook (mede afhankelijk van de start van cao-onderhandelingen) worden uitgesteld tot uiterlijk de eerste helft van september van enig jaar. Het betreft hier dus een prognose, geen weerspiegeling van een loonkostenstijging die al heeft plaatsgevonden.
15. De OVA wordt overigens niet eenzijdig door het ministerie vastgesteld. Het convenant voorziet erin dat de vaststelling van de OVA-ruimte instemming vereist van een representatieve meerderheid van de werkgevers bij dit convenant.²
16. Het OVA-percentage geeft gelet op het voorgaande de onderhandelingsruimte voor werkgevers en sociale partners over de hoogte van cao-lonen. Dat heeft tot enkele jaren geleden goed gewerkt. In 2021 rapporteerde de minister van VWS dan ook

² Kamerstukken II 2020-2021, 29 282, nr. 443, p. 6.

per brief aan de Tweede Kamer dat de OVA-systematiek doet waarvoor deze bedoeld is; het zorgen voor marktconforme arbeidsvoorwaardenruimte.³

17. Vermeld dient te worden dat de OVA-ruimte en cao-indexering in de basis geen communicerende vaten zijn, en ook niet zo zijn bedoeld. Om die reden is dan ook in het convenant opgenomen dat de OVA-ruimte (in iets meer omfloerste termen) geheim dient te worden gehouden bij cao-onderhandelingen omdat deze anders als bodempercentage wordt gebruikt voor indexering bij cao-onderhandelingen.⁴ De timing van het vaststellen van het percentage is nadrukkelijk gekozen om te borgen dat werkgevers zich bewust zijn van de onderhandelingsruimte die zij in cao-onderhandelingen hebben.⁵
18. Een ander verschil tussen de OVA-ruimte en cao-indexering is dat de looptijd vaak anders is. De OVA-ruimte wordt namelijk jaarlijks bepaald op basis van de hiervoor omschreven methode. Cao-onderhandelingen daarentegen kunnen delen van een kalenderjaar omvatten of een looptijd hebben van meerdere jaren, als gevolg waarvan de vergelijking met de OVA-ruimte niet eenvoudig te maken is.
19. Anders dan de minister twee jaar geleden in zijn brief aan de Tweede Kamer omschreef is er bij de meest recente cao-onderhandelingen een aanzienlijke verhoging geweest van de cao-lonen, terwijl de OVA-ruimte niet evenredig meegestegen is.

Knelpunt voor gemeenten

20. Het advies van de VNG om te indexeren op basis van de OVA-ruimte is op zichzelf begrijpelijk. De uitkering die de gemeenten van het Rijk ontvangen voor de uitvoering van de Wmo, wordt jaarlijks geïndexeerd met de OVA. Gemeenten krijgen daardoor de laatste jaren niet de benodigde middelen van het Rijk om zorgaanbieders te compenseren voor de loonstijgingen op grond van de cao. Het is om die reden dat de VNG (mogelijk ook om druk te zetten richting het Rijk) aanraadt om te indexeren op basis van de OVA.
21. Dat leidt tot de vraag of het juridisch toelaatbaar is om te indexeren op basis van de OVA.

Juridische toelaatbaarheid indexering op basis van OVA

22. Uitgangspunt van de AMvB reële prijs is dus dat de loonstijgingen op basis van de CAO worden verdisconteerd in de tarieven. Het argument van de gemeenten om dat niet te doen en in plaats daarvan (tijdelijk?) de OVA-index te gebruiken, is

³ *Kamerstukken II 2020-2021*, 29 282, nr. 443, p. 5.

⁴ Toelichting bij het Convenant over de nieuwe aanpak voor de bepaling van de OVA voor het VWS-veld (Convenant OVA), par. 4.

⁵ Toelichting bij het Convenant over de nieuwe aanpak voor de bepaling van de OVA voor het VWS-veld (Convenant OVA), par. 5.

feitelijk dat zij onvoldoende budget hebben gekregen van het Rijk om de cao-loonstijgingen te compenseren.

23. In de rechtspraak is echter al eerder uitgemaakt dat een budgettekort geen argument is om geen reële prijs te berekenen:

"Bij de beoordeling van de door partijen over en weer ingenomen stellingen heeft als uitgangspunt te gelden dat het een (ook financiële) verantwoordelijkheid van de Gemeenten is ervoor te zorgen dat er voldoende jeugdzorgcapaciteit voorhanden is. Het feit dat de Gemeenten door de centrale overheid een bepaald budget toebedeeld krijgen doet daar in zoverre niet aan af dat de verplichting van de Gemeenten om te voorzien in jeugdzorg niet ophoudt wanneer het door de centrale overheid ter beschikking gestelde budget is verbruikt. Het is de keuze van de wetgever geweest om eventuele budgettekorten in de verhouding tussen de centrale overheid en de Gemeenten, voor rekening van de Gemeenten te laten komen. Bij beoordeling van de proportionaliteit van de risico-verdeling in deze aanbesteding kan het door de centrale overheid ter beschikking gestelde budget daarom niet doorslaggevend zijn voor de vraag of het door de Gemeenten vastgestelde plafondbudget realistisch is. Omdat de grenzen van dat budget niet de grenzen van de verantwoordelijkheid van de Gemeenten bepalen, noopt dat budget in dit geval ook niet tot een terughoudende toetsing van de voorwaarden van de aanbesteding aan het proportionaliteitsbeginsel."

- Hof Den Haag 14 februari 2017 (ECLI:NL:GHDHA:2017:260)

24. Daaruit volgt dus dat het argument van de VNG om niet de daadwerkelijke indexering op basis van de cao door te betalen geen stand kan houden. Het eventuele budgettekort dat daardoor ontstaat moeten gemeenten zelf oplossen met het Rijk.
25. Als kanttekening hierbij nog het volgende. In de GGZ en de Wijkverpleging zijn door de VNG en brancheorganisaties in het verleden hoofdlijnenakkoorden opgesteld en ondertekend. In het Hoofdlijnenakkoord Wijkverpleging 2019-2022 staat dat "de OVA zichtbaar en volledig [wordt] doorvertaald in de prijzen" (GGZ) en "In de lokale onderhandelingen wordt de overheidsbijdrage aan de arbeidsvoorwaardenontwikkeling (OVA) volledig doorvertaald in de af te spreken prijzen in contracten"⁶

NB: De looptijd van dit hoofdlijnenakkoord is inmiddels verstreken. Ik begreep dat er nog geen nieuw hoofdlijnenakkoord tot stand is gekomen.

26. Dit hoofdlijnenakkoord is van belang, aangezien de Rechtbank Den Haag in een vonnis heeft geoordeeld dat aan het hoofdlijnenakkoord betekenis toekomt in een

⁶ <https://zoek.officiëlebekendmakingen.nl/blg-844548.pdf>

individuele relatie tussen een gemeente en zorgaanbieders, omdat het hoofdlijnenakkoord mede door de VNG is ondertekend:

"De H10-gemeenten hebben hun stelling dat zij hier niet aan gehouden kunnen worden in het licht daarvan niet dan wel onvoldoende gemotiveerd onderbouwd. Op grond van het door de VNG mede ondertekende akkoord moet een indexering niet alleen worden meegenomen in de tarieven, maar moet dit ook zichtbaar en volledig gebeuren. Met de stelling dat er feitelijk rekening mee is gehouden doordat er een marge is gehanteerd in het tarief die ruim voldoende is, is aan dat laatste vereiste niet voldaan. Dat klemmt te meer daar door eisers gemotiveerd is betwist dat van enige marge in het tarief sprake is. Het ligt dan ook alleszins voor de hand dat de H10-gemeenten bij de tariefstelling in ieder geval gebruik maken van voor potentiële aanbieders verifieerbare parameters, zoals de OVA, waarover immers geen discussie kan bestaan."

- Rechtbank Den Haag 22 oktober 2019 (ECLI:NL:RBDHA:2019:11096)

27. Op zich lijkt mij juridisch gezien te betwisten dat een individuele gemeente door de VNG gebonden kan worden aan het hoofdlijnenakkoord, net zoals geldt dat een individuele zorgaanbieder niet automatisch gebonden is door een handtekening van een brancheorganisatie. Daarvoor is meer nodig, namelijk een volmacht om namens de betrokken individuele partijen een dergelijke afspraak te maken.
28. Desondanks zou een gemeente naar aanleiding van het Hoofdlijnenakkoord kunnen stellen dat zij niet meer hoeft te doen dan de OVA volledig en zichtbaar door te vertalen in de tarieven. Los van de vraag of individuele partijen aan het hoofdlijnenakkoord zijn gebonden, kan daar wel het nodige tegenin gebracht worden. Ten eerste is in het hoofdlijnenakkoord niet opgenomen dat *maximaal* de OVA als indexering wordt toegepast; ten tweede kan bij hoofdlijnenakkoord niet een verplichting die geldt op grond van een AMvB terzijde worden gesteld en ten derde is het hoofdlijnenakkoord gesloten op een moment dat de cao-index in de pas liep met de OVA, terwijl dat inmiddels niet meer het geval is. Het hoofdlijnenakkoord is dus onder andere omstandigheden tot stand gekomen, terwijl de discrepantie tussen OVA en cao toen nog niet aan de orde was.
29. Naar mijn inschatting zijn deze argumenten voldoende om te stellen dat het hoofdlijnenakkoord niet tot de conclusie kan leiden dat niet meer dan de OVA hoeft te worden uitbetaald. Desondanks lijkt het mij raadzaam om bij de gesprekken over een vervolg op het hoofdlijnenakkoord goed te letten op de bewoordingen van een eventueel vergelijkbare bepaling.
30. Uitgangspunt van de AMvB Reële prijs is verder dat een redelijk handelend aanbieder voor de vastgestelde prijs de gevraagde dienstverlening moet kunnen uitvoeren. Dat betekent dat lonen en prijzen moeten meestijgen met de daadwerkelijke kostenstijgingen en niet op basis van een andere (niet met de

prijzen overeenstemmend) indexcijfer kunnen worden aangepast. Dit volgt ook letterlijk uit een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden:

“De omstandigheid dat de prijzen worden geïndexeerd volgens de CBS-index voor cao-lonen volstaat naar het voorhands oordeel van het hof niet zonder meer: de prijzen moeten niet worden aangepast aan de gemiddelde loonstijgingen, maar aan de loonstijgingen volgens de toepasselijke Cao-VVT, nu de aanbieders aan die cao zijn gebonden. Bovendien moet daarbij rekening worden gehouden met de eisen die de gemeenten in het verleden ten aanzien van het personeel hebben gesteld. Dat de gemeenten niet rechtstreeks door die cao worden gebonden, maakt dat niet anders. Het gaat erom dat de loonkosten van de aanbieders bepalend zijn voor de prijs van de zorg en daarmee voor de reële prijs in de zin van artikel 5.4 lid 3 Wmo.”

- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:437, bekrachtigd door de Hoge Raad op 8 oktober 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1452).

31. Zoals blijkt uit dit arrest gaat het erom dat de daadwerkelijke loonstijgingen worden gecompenseerd. In de periode dat de OVA hoger was dan de cao-index, was er uiteraard geen probleem. In de praktijk blijkt nu dat de OVA lager is dan de loonstijgingen conform cao, waardoor de vastgestelde prijs niet meer reëel is. Feitelijk is de cao-index daarmee de enige juiste manier om de loonkostencomponent in de vergoeding te indexeren.

Conclusies en adviezen naar aanleiding van het geschetste kader

32. Uit de rechtspraak volgt duidelijk dat een eventueel tekort in de financiering vanuit het Rijk niet mag leiden tot het betalen van een prijs die te laag is gelet op de AMvB Reële prijs Wmo. Het feit dat er geen budget is, wordt echter wel als argument aangegrepen. Wat mij betreft is dat niet goed verdedigbaar.
33. Als uitgangspunt dient een gemeente dus de daadwerkelijke stijging in cao-lonen te compenseren. Daarbij gaat het primaat uit naar het contract, dat moet worden nageleefd. Met andere woorden: de indexeringsclausule in een contract geldt en kan niet eenzijdig worden gewijzigd. In bijzondere situaties (onvoorziene omstandigheden) kan daarvan worden afgeweken, maar de drempel ligt – zeker voor gemeenten – hoog. Zorgaanbieders lijken op dit punt in iets een betere positie te verkeren, mits het gat tussen cao en OVA groot genoeg is.
34. Voor nieuwe contracten geldt dat een gemeente een reële prijs moet vaststellen, inclusief indexeringsclausule voor de stijging van lonen en prijzen. Als daarvoor de OVA wordt gehanteerd, kan betoogd worden dat dit niet voldoet aan de AMvB Reële prijs Wmo, nu de praktijk (met name door de schaarste op de arbeidsmarkt) laat zien dat de OVA uit de pas loopt met de cao-loonontwikkeling.
35. Zoals aangegeven zijn de cao-index en OVA-index geen communicerende vaten. De OVA-index geeft slechts een globaal uitgangspunt voor de loononderhandelingen,

maar door de praktijk worden zorgaanbieders gedwongen om hogere loonstijgingen af te spreken. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat de OVA-index geen betrouwbaar cijfer is om te voldoen aan de regel dat de indexatie van lonen en prijzen dient te worden gecompenseerd.

36. Een gemeente lijkt dus te kunnen worden aangesproken op het toepassen van een indexering op basis van de OVA als zij dat doet bij het aangaan van een nieuwe overeenkomst dan wel het verlengen van een bestaande overeenkomst. Van belang is dat er in deze situatie vóór het ondertekenen van de overeenkomst of het accepteren van het verzoek tot verlenging bezwaar wordt gemaakt en dat de overeenkomst duidelijk onder voorbehoud wordt getekend c.q. de verlenging onder voorbehoud van recht om bezwaar te maken tegen de prijs wordt geaccepteerd.
37. Als een gemeente gedurende de looptijd in strijd met de contractsbepalingen de OVA-index toepast, kan nakoming gevorderd worden bij de rechter. Tot slot kan – als contractueel de OVA-index is overeengekomen – in een aantal gevallen mogelijk met succes verdedigd worden dat de overeenkomst wegens onvoorziene omstandigheden worden gewijzigd, in die zin dat de loonstijgingen conform cao dienen te worden gecompenseerd.

* * *