

Notitie

Van : Eldermans|Geerts - mr. J. Duijzings | mr. drs. D.J.C. Post
Aan : Zorgthuisnl
Inzake : Indexering tarieven sociaal domein
Datum : 6 oktober 2023

Inleiding

Het Ketenbureau i-Sociaal Domein en de VNG hebben gemeenten opgeroepen/geadviseerd om “een pas op de plaats te maken” en vast te houden aan de contractueel overeengekomen indexeringsregeling, hetgeen erin resulteert dat de recente cao-stijgingen niet of niet volledig worden meegenomen in de indexering. Zorgthuisnl zet daar vraagtekens bij en heeft ons gevraagd kort onze gedachten daarover op papier te zetten. Dat doen wij in deze notitie.

Vooraf merken wij graag op dat wij in deze notitie uitgaan van een situatie waarin de overeengekomen indexeringsmethodiek, veelal gekoppeld aan de OVA, als ontoereikend wordt ervaren door de zorgaanbieder. Wij zullen niet ingaan op de situatie waarin een gemeente een indexering voorstelt die lager is dan overeengekomen. In dat geval ligt een actie gericht op nakoming van de gemaakte indexeringsafspraken voor de hand. Verder gaan wij in deze notitie niet uitvoerig in op het aanbestedingsrecht en de aanbestedingsbeginselen. Hoewel deze een rol kunnen spelen – bijvoorbeeld indien tussentijds sprake is van een wijziging van de opdracht – gaan de vragen van Zorgthuisnl in dit stadium veeleer over het principiële punt of bij gemeenten bij een indexering van de tarieven gehouden zijn reële tarieven toe te passen.

Juridisch kader bekostiging sociaal domein

Wet- en regelgeving

Als (colleges van burgemeester en wethouders van) gemeenten er voor kiezen om hun taken op het gebied van jeugdhulp en/of maatschappelijke ondersteuning door derden te laten verrichten, dienen zij uiteraard rekening te houden met de relevante wettelijke en op wetgeving gebaseerde regels met betrekking tot de bekostiging van jeugdhulp en maatschappelijke ondersteuning. Voor maatschappelijke ondersteuning zijn vormen de artikelen 2.6.4 en 2.6.6 Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (hierna: “**Wmo 2015**”) de basis. Voor jeugdhulp zijn dat de artikelen 2.11 en 2.12 van de Jeugdwet (hierna: “**Jw**”). Per 1 juli 2022 is deze wetgeving gewijzigd, maar de rode draad was en is dat de wetgever het van belang acht dat de vergoedingen voor maatschappelijke ondersteuning of jeugdhulp in een goede verhouding staan tot de (kwaliteits)eisen die daaraan worden gesteld, met inachtneming van de deskundigheid van beroepskrachten en hun arbeidsvoorwaarden. Daarom waren en zijn gemeenten wettelijk (op grond van voornoemde bepalingen) verplicht om bij verordening regels te stellen ter waarborging van een goede verhouding tussen de prijs en kwaliteit. Wij gaan nu niet verder in op de wijzigingen in de wetgeving, maar kunnen dat desgewenst alsnog doen.

Voor maatschappelijke ondersteuning zijn nadere regels met betrekking tot deze door de gemeente op te stellen verordening opgenomen in artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 (hierna: “**Ub Wmo 2015**”), ook wel bekend als de AMvB reële kostprijs. Daaruit volgt dat in de gemeentelijke verordening moet worden geregeld dat de prijs voor een dienst *ten minste* is gebaseerd op de volgende kostprijs-elementen:

- De kosten van de beroepskracht;
- Redelijke overheadkosten;
- Kosten voor niet productieve uren;
- Reis- en opleidingskosten;
- Indexatie;
- Overige kosten als gevolg van door de gemeente gestelde verplichtingen voor aanbieders.

Artikel 5.4 Ub Wmo 2015 gaat (net als de daaraan ten grondslag liggende wettelijke bepalingen) in beginsel over de fase waarin de tarieven worden *vastgesteld*, voorafgaand aan het tot stand komen van de overeenkomst (of een verlenging daarvan). Nadere wettelijke regels over indexatie, in aanvulling op de basisverplichting om indexatie mee te nemen bij het bepalen van de kostprijs, ontbreken vooralsnog.¹

Een AMvB reële kostprijs is er voor de jeugdhulp nog niet, maar die zit wel in de pijplijn. Zie in dit kader het [Conceptbesluit Jeugdwet en Uitvoeringsbesluit Wmo 2015](#) en de [Conceptnota van toelichting](#) daarbij.

Omdat deze/dergelijke regels nog niet zijn ingevoerd (dat gebeurt naar verwachting in 2024), en omdat uit artikel IV van het conceptbesluit kan worden afgeleid dat aannemelijk is dat de nieuwe regels, als deze daadwerkelijk worden ingevoerd, geen gevolgen zullen hebben voor onder meer contracten die zijn afgesloten vóór de datum van inwerkingtreding van de regels, laten wij deze mogelijke nieuwe regels voor nu verder onbesproken. Vooralsnog moet voor de nadere regels met betrekking tot de bekostiging van jeugdhulp vooral naar de gemeentelijke regels in verordeningen worden gekeken. Overigens ziet de vraag van Zorgthuisnl – als wij het goed begrepen – met name op Wmo-ondersteuning en minder op jeugdhulp.

Jurisprudentie

Over het leerstuk van reële prijzen bestaat – met name ten aanzien van de Wmo 2015 – inmiddels behoorlijk wat jurisprudentie. In grote lijnen zijn de belangrijkste conclusies die daaruit kunnen worden getrokken in algemene zin als volgt:

- I. Gemeenten moeten reële tarieven voor de in te kopen zorg vaststellen die niet disproportioneel zijn en zijn gebaseerd op zorgvuldig onderzoek.
- II. Bij een beoordeling van de rechtmatigheid van de tarieven moet worden nagegaan of een gemeente ter motivering daarvan inzicht heeft gegeven in haar bevindingen en afwegingen.

¹ N.B.: In het Conceptbesluit Jeugdwet en Uitvoeringsbesluit Wmo 2015 is wel een grondslag opgenomen voor het stellen van nadere regels met betrekking tot indexering bij ministeriële regeling. In de Conceptnota van toelichting wordt bovendien aangegeven dat de hoogte van de indexering voor loonkosten op verschillende manieren kan worden bepaald. Niet alleen de stijging(en) van cao('s), maar ook de ova wordt als optie genoemd.

- III. Gemeenten moeten op grond van het proportionaliteitsbeginsel bij de vaststelling van een reële kostprijs blijf geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen (waaronder die van aanbieders); er moet een redelijk evenwicht worden gevonden tussen de tegenstrijdige algemene en individuele belangen die hierbij een rol spelen.
- IV. Als gemeenten niet (kunnen) voldoen aan hun informatieplicht of als de door hen verstrekte informatie ontoereikend is, wordt van een inschrijver wel verlangd dat hij concreet (en tijdig) stelt dat en waarom de onderbouwing van de door een gemeente vastgestelde reële prijs en de daarbij gemaakte afwegingen onvoldoende transparant zijn. Dit gaat echter niet zo ver dat van een inschrijver wordt verwacht dat hij aangeeft wat de reële prijs wél zou moeten zijn.
- V. De verschillende zorgvormen en zorgverleners spelen bij de vaststelling van tarieven een bepalende rol. Die verschillen moeten door een gemeente worden gehonoreerd. De uiteenlopende omstandigheden maken maatwerk noodzakelijk.
- VI. Een budgettekort bij de gemeente vormt geen reden om geen reële tarieven te betalen. Wanneer gemeenten door de centrale overheid een bepaald budget krijgen toebedeeld doet dat niet af aan de verplichting van gemeenten om te voorzien in zorg.
- VII. Het gebruik van de rekentool is niet verplicht is, maar de rekentool kan wel een objectiverbaar (hulp)middel zijn om tot vaststelling van reële kostprijzen te komen.
- VIII. Een reëel tarief betekent niet per definitie een kostendekkend tarief voor iedere aanbieder of een tarief dat rekening houdt met de situatie bij iedere aanbieder.
- IX. Een indexering moet niet alleen worden meegenomen in de tarieven maar moet ook zichtbaar en volledig gebeuren en aan de hand van verifieerbare parameters. Op de jurisprudentie m.b.t. indexering gaan wij hierna nog wat verder op in.

In beginsel: jaarlijkse indexering, gericht op reëel houden tarieven

De Rechtbank Noord-Nederland² heeft in het kader van een procedure over een aanbesteding overwogen dat indexatie in beginsel jaarlijks plaatsvindt en dat van gemeenten niet verlangd mag worden dat zij al eerder gaan indexeren en/of dat zij rekening houden met ontwikkelingen waarvan de uitkomst nog niet vast staat.

Reële tarieven voor jeugdhulp

In een later door het Hof bekrachtigde uitspraak³ van de voorzieningenrechter in Den Haag is overwogen dat gemeenten ook bij het uitbesteden van jeugdhulp verplicht zijn om reële tarieven te hanteren, dat indexatie moet worden meegenomen bij het vaststellen van de tarieven en dat dat vervolgens ook zichtbaar en volledig moet gebeuren, aan de hand van verifieerbare parameters.

Basis voor bepalen reële prijs

In 2020 heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden⁴ in het kader van een kort geding over tarieven en de daaraan gekoppelde indexeringsregeling overwogen dat de daadwerkelijke loonkosten voor zorgaanbieders (dus niet: de kostprijs van een individuele zorgaanbieder) bepalend zijn voor de prijs van zorg en daarmee voor de reële prijs in de zin van artikel 5.4, derde lid Ub Wmo 2015:

² ECLI:NL:RBNNE:2022:872

³ ECLI:NL:RBDHA:2019:11096, rov. 5.30.

⁴ ECLI:NL:GHARL:2020:437

“De gemeenten hebben ter motivering van hun verweer dat hun tarieven wel reëel zijn aangevoerd dat zij voortdurend onderzoek doen naar de kosten van de zorg, dat de tarieven worden geïndexeerd volgens de CBS-indexcijfer voor cao-lonen en dat de minister geen aanleiding heeft gezien in te grijpen in de tarieven van de gemeenten. [...] De omstandigheid dat de prijzen worden geïndexeerd volgens de CBS-index voor cao-lonen volstaat naar voorshands 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”

Nuance: jurisprudentie ziet met name op geschillen over de vaststelling van tarieven

De aangehaalde jurisprudentie gaat over geschillen die zijn opgekomen gedurende inkoopprocedures en dat is niet zonder meer gelijk te stellen met een discussie die gedurende de looptijd van een overeenkomst ontstaat wat betreft de indexering van de tarieven.

Het aangaan en het verlengen van een overeenkomst wordt – zo volgt onder meer uit het al aangehaalde arrest van het hof – gezien als “ijkmomenten”. Onduidelijk is vooralsnog of een indexering ook als zo een ijkmoment kan worden gezien.

Discussie over indexering conform afspraak?

Het vigerende juridisch kader over reële prijzen ziet – zoals al gezegd – in principe op het moment van vaststelling van tarieven gedurende de inkoopprocedure, al wordt in de toelichting op de AMVB op enig moment ook aangegeven dat het doel van de regels is, dat een reële prijs *wordt betaald*.⁵ Uit de jurisprudentie blijkt bovendien niet dat het absoluut onmogelijk is om het leerstuk van reële prijzen ook toe te passen in het kader van een discussie over tussentijdse indexering.

Dat kan de stelling rechtvaardigen, dat de verplichting tot het hanteren van een reële prijs een meer doorlopend karakter heeft, en dat niet kan worden volstaan met het vooraf vaststellen van een *op dat moment* reële prijs (inclusief een passende indexeringsafpraak), ongeacht hoe dat later uitpakt. Maar zeker is dat helaas niet, nu de voorhanden zijnde wetgeving en jurisprudentie in de kern gaat over de fase van vaststelling van tarieven voorafgaand aan het ingaan van een nieuw contract (of de verlenging daarvan). Onduidelijk is dus of bij een discussie over een feitelijke indexering gedurende de looptijd van een overeenkomst een beroep zou kunnen worden gedaan op de regels over reële prijzen, met het oog op het forceren van een hogere indexering dan overeengekomen.

Daar komt bij dat gemaakte contractuele afspraken over indexering logischerwijs het uitgangspunt vormen, nu een belangrijk principe in het contractenrecht is dat contractspartijen gebonden zijn aan gemaakte afspraken. Bovendien bevatten veel inkoopprocedures een rechtsverwerkingsclausule, op grond waarvan partijen contractueel onherroepelijk het recht verliezen om te protesteren tegen bijvoorbeeld de indexeringsafspraken. Onduidelijk is nog of het leerstuk van reële prijzen in dat kader als een “doorbrekingsgrond” zou kunnen fungeren.

⁵ Stb. 2017, 55, p. 4.

Kortom: op dit moment is nog niet uitgekristalliseerd of in een voorkomend geval, zelfs als daartoe al aanleiding zou bestaan, in het kader van een discussie over tussentijdse indexering, met succes een beroep zou kunnen worden gedaan op het leerstuk van reële prijzen. Bij een eventuele poging daartoe, zou tevens de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW) een voor de hand liggend aanvullende argumentatie kunnen vormen

Daarbij zullen verschillende hobbels moeten worden genomen, zoals:

- de gemeente zal waarschijnlijk wijzen op de gemaakte afspraken over indexering en/of het gebrek aan (volhardend) bezwaar tegen de indexeringssystematiek ten tijde van het tot stand komen van de afspraken, met als gevolg dat niet meer kan worden opgekomen tegen de (uitvoering van) indexeringsafspraken;
- de aanbieder zal er in moeten slagen om de rechter te overtuigen van het feit dat de gemeente desalniettemin en ook in het kader van een tussentijdse indexering gebonden is aan het leerstuk van reële prijzen (bijvoorbeeld via een juridische argumentatie via het gerechtvaardigd vertrouwen, dan wel via de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid);
- de aanbieder zal moeten onderbouwen waarom het geïndexeerde tarief niet reëel is.

Betoogd zou kunnen worden dat de aanbieder van de gemeente – gezien de regels daarover – mocht en mag verwachten dat reële tarieven worden gehanteerd, dat dat ook doorwerkt in de indexeringsafpraak (bijvoorbeeld via de beperkende en/of aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid), dat de gemeente daarom tekortschiet dan wel dat de gemeente onrechtmatig handelt tegenover de aanbieder door geen reële tarieven te hanteren c.q. door – gelet op het in gevaar brengen van de continuïteit van de aanbieder, tegen de achtergrond van de verantwoordelijkheid van de gemeente op dat vlak – onzorgvuldig te handelen.

In de Notitie Verhouding OVA- CAO-ontwikkelingen van het Ketenbureau is opgenomen dat de AMvB alleen regelt dat gemeenten reële prijzen moeten afspreken bij contractering en bij verlenging van contracten, en dus niet tussentijds, en dat brieven die jeugdhulpaanbieders sturen over cao-wijzigingen juridisch niet zo relevant zijn. Vanuit het standpunt van de gemeenten kunnen wij ons voorstellen dat deze stelling wordt ingenomen en de gemeenten hebben zoals gezegd ook wel gronden om die stelling in te nemen, maar er kunnen – zie hierboven – ook argumenten worden aangevoerd tegen de stelling dat in het kader van de indexering in het geheel geen rekening gehouden hoeft te worden met het uitgangspunt dat reële tarieven worden gehanteerd. In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden⁶ wordt weliswaar aangehaald dat de *aanvang van de overeenkomst* en de *verlenging daarvan* ijkmomenten zijn om te bezien of de prijzen reëel zijn, maar daaruit volgt vice versa niet – zo kan worden betoogd – dat er geen andere ijkmomenten kunnen zijn waarbij nagegaan moet worden of (nog) sprake is van reële prijzen.

⁶ ECLI:NL:GHARL:2020:437.

Conclusie

Resumerend: Het is helaas onzeker of bij een discussie over tussentijdse indexering een beroep kan worden gedaan op het leerstuk van reële prijzen. Dat zal zich nog uit moeten wijzen. Zowel gemeenten als zorgaanbieders kunnen aan wet- en regelgeving, parlementaire geschiedenis en jurisprudentie argumenten ontlelen voor hun standpunt.