

Informatie over aanpassing van overeenkomsten in verband met het verdwijnen van de 14.000 Wlz indiceerbaren uit de Wmo en de Jeugdwet

1. Algemeen

Deze bijlage beschrijft een aantal mogelijkheden om de al gesloten overeenkomsten te wijzigen. Per gemeente zal moeten worden nagegaan welke van die opties het beste recht doet aan de situatie in die gemeente en de inhoud van de al gesloten overeenkomsten. Deze notitie bevat handvatten voor een dergelijke beoordeling. Aan het eind van de bijlage is een stappenplan gevoegd.

Het is van belang kort stil te staan bij de wijze waarop gemeenten hulp en ondersteuning in het kader van de Jeugdwet en Wmo 2015 hebben ingekocht en de afspraken die zij daarover hebben gemaakt. Ook wordt kort stilgestaan bij de wijze waarop zorgkantoren zorg inkopen.

Gemeenten kunnen hulp en ondersteuning als bedoeld in de Jeugdwet en Wmo 2015 inkopen of subsidiëren. In geval van subsidiëren ontstaat er een subsidierelatie tussen de gemeente en de instelling. De meeste gemeenten zullen nog geen subsidieverleningsbeschikkingen hebben verstuurd. De wijziging kan in die gevallen nog worden meegenomen in de subsidiebeschikkingen. Wij laten de subsidierelatie om die reden in deze notitie buiten beschouwing.

Aan de inkoop van hulp en zorg liggen overeenkomsten tussen de gemeente en instellingen ten grondslag. Die wijze van totstandkoming, aard en inhoud van de overeenkomsten verschillen per gemeente.

De wijziging brengt met zich mee dat het overgrote deel van de 14.000 groep cliënten geen beroep meer zal doen op de door de gemeente ingekochte hulp of ondersteuning en de door de instelling aan die cliënten verleende hulp en zorg niet meer gefinancierd kan worden op basis van de al afgesloten overeenkomsten. Dat betekent dat de overeenkomsten dienen te worden gewijzigd. Sommige gemeenten hebben nog geen definitieve overeenkomsten met de instellingen gesloten. Zij kunnen de conceptovereenkomsten eenvoudig wijzigen. Al gesloten overeenkomsten dienen in de meeste gevallen te worden opgebroken om te worden gewijzigd.

2. Wijziging van gesloten overeenkomsten en contractuele bepalingen

Teneinde hun juridische positie te bepalen in een geval waarin tussen gemeenten en de instellingen al een overeenkomst is gesloten, is het allereerst van belang dat gemeenten nagaan welke verplichting zij precies met de gecontracteerde instellingen zijn overeengekomen. Niet alle overeenkomsten verplichten de gemeenten om de hulp en ondersteuning voor de groep cliënten die onder de Wlz komt te vallen ook daadwerkelijk af te nemen. Dat is bijvoorbeeld het geval als in de overeenkomst is bepaald dat nog een nadere opdracht of instemming van de gemeente nodig is voordat instellingen hulp en ondersteuning aan cliënten kunnen verlenen. In die gevallen hoeft de overeenkomst niet te worden gewijzigd. De gemeenten dienen er wel op toe te zien dat er na 1 januari 2015 niet alsnog betaald wordt voor hulp die aan cliënten, behorende tot de 14.000 groep, is geleverd.

Indien gemeenten op grond van de gesloten overeenkomsten gehouden zijn de zorg af te nemen, dan geldt dat deze overeenkomsten vaak bepalen op welke wijze omgegaan dient te worden met de gewijzigde of onvoorziene omstandigheden. Het kan zijn dat is overeengekomen dat in een dergelijk geval de overeenkomst kan worden beëindigd. Zo bevat de modelovereenkomst Jeugd van de VNG de volgende bepaling:

“In geval van veranderingen in wet- en regelgeving en/of de ontwikkeling en uitvoering van overheidsbeleid (op nationaal, supranationaal en internationaal niveau) die de ongewijzigde uitvoering van deze Overeenkomst voor tenminste één partij onredelijk bezwarend maken, treden Opdrachtgever en Opdrachtnemer in overleg. In dat geval streven zij gezamenlijk en in redelijkheid naar een oplossing, waarbij het beschikbare macrobudget voor de Jeugdhulp een leidende factor is.”

Wij raden gemeenten aan in hun overeenkomsten na te gaan of en welke specifieke bepalingen zijn opgenomen over onvoorziene omstandigheden, wijzigingen, opzegging, beëindiging, ontbinding en eveneens over eventuele geschillenregeling.

3. Wijziging in onderling overleg gemeente en instellingen

Wij adviseren gemeenten vervolgens met instellingen in overleg te treden. Dat is noodzakelijk als een bepaling in de overeenkomst is opgenomen als hiervoor onder 2 weergegeven. Maar ook zonder een dergelijke bepaling in de overeenkomst, is het verstandig overleg te voeren over de ontstane situatie en de oplossing daarvoor. Uitkomst van een dergelijk overleg kan zijn dat de overeenkomst met instemming van beide partijen wordt gewijzigd. De wijze waarop wijzigingen worden geïncorporeerd in de overeenkomst is veelal geregeld in de overeenkomst zelf. Meestal is bepaald dat overeengekomen wijzigingen schriftelijk als bijlage aan de definitieve overeenkomst worden gehecht.

De gemeente kan een wijziging opstellen die geldt voor alle gecontracteerde instellingen. Met die wijziging dient dan wel door alle instellingen te worden ingestemd. Als bekend is welke instellingen zorg verlenen aan de bij de gemeente bekende cliënten die behoren tot de groep van 14.000, kan een gemeente er ook voor kiezen slechts de overeenkomst met die instellingen te wijzigen.

De tekst van de wijziging is uiteraard afhankelijk van de inhoud van de gesloten overeenkomst. De wijziging zou als volgt kunnen luiden:

Bij brief van 7 oktober 2014, met kenmerk xxx, heeft de staatssecretaris van VWS besloten een groep van 14.000 cliënten die thuis wonen en een zware zorgbehoefte hebben onder (het overgangsrecht van) de Wet langdurige zorg (Wlz) te brengen. Dit besluit heeft gevolgen voor de overeenkomst die de gemeente met instelling x heeft gesloten. Die gevolgen waren voor partijen niet te voorzien. Partijen hebben overleg gevoerd. Partijen wijzigen de overeenkomst aldus:

Onderwerp/doel van de overeenkomst:

Deze overeenkomst ziet niet op dagbesteding, dagbehandeling, kortdurend verblijf en/of persoonlijke verzorging aan cliënten die behoren tot de door de Staatsecretaris in de brief van 7 oktober, kenmerk xxx omschreven groepen met een indicatie van het CIZ voor dagbesteding, dagbehandeling, kortdurend verblijf en/of persoonlijke verzorging.

Verantwoordelijkheid aanbieder en informeren cliënten:

Indien Instelling x een verzoek ontvangt voor het verlenen van dagbesteding, dagbehandeling, kortdurend verblijf en/of persoonlijke verzorging aan cliënten die vallen onder de hiervoor onder x genoemde groepen, treedt de Instelling in overleg met het zorgkantoor in de regio waar de cliënt woonachtig is over de (continuïteit) van de te verlenen dagbesteding, dagbehandeling, kortdurend verblijf en/of persoonlijke verzorging aan de cliënt en informeert de cliënt daarover.

Betaling en financiering:

Instelling x heeft geen recht op betaling van aan de Gemeente gedeclareerde dagbesteding, dagbehandeling, kortdurend verblijf en/of persoonlijke verzorging voor cliënten die op grond van de Wlz recht hebben op die vormen van zorg.

Of

Het door de Gemeente bij overeenkomst van xxx vastgestelde budget/omzetplafond wordt naar beneden bijgesteld met bedrag xxx en bedraagt nu xxx.

Uiteraard is medewerking van de instellingen essentieel. De kans bestaat dat instellingen e.e.a. aangrijpen om een nieuwe discussie te starten over tarieven/budget/omzetplafond, hetgeen niet wenselijk is. In veel overeenkomsten – zoals ook de VNG modelovereenkomst Jeugd – is opgenomen dat partijen zich in een dergelijke situatie redelijk opstellen. Indien instellingen dat niet doen, kunnen zij daarop door de gemeente worden aangesproken.

Als de overeenkomst wordt gewijzigd op de hierboven beschreven wijze, dienen zorgkantoren er vervolgens voor zorg te dragen dat spoedig de benodigde zorg bij de instellingen wordt ingekocht.

4. Oplossingen in onderling overleg gemeenten, instellingen en zorgkantoren

Ook kan gezocht worden naar een oplossing waar de drie partijen die belangen hebben bij een goede uitkomst – de gemeenten, de instellingen en de zorgkantoren – bij betrokken zijn.

Zorgkantoren kunnen de overeenkomsten van gemeenten (deels) overnemen. De rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de zorgcontracten rusten dan niet langer op de gemeenten, maar op de zorgkantoren. Daarvoor is de medewerking van de zorgaanbieder vereist. Dat is geregeld in artikel 6:159 BW. Vereist is dat de gemeenten en het zorgkantoor een akte opstellen waar de contractoverneming in wordt geregeld.

In de meeste gevallen zal een zorgkantoor niet een hele overeenkomst, maar slechts een gedeelte van de verplichtingen in die overeenkomst overnemen. Er is dan sprake van partiële contract overname. Dat is een vrij complexe methode, maar biedt wel maatwerk. De zorgkantoren nemen in dat geval nader aangeduide schulden van de gemeente over (artikel 6:155 BW) en krijgen nader aangeduide vorderingen van de gemeenten gecedeerd (artikel 3:94 BW). De schulden en vorderingen zullen gebundeld moeten worden in een aparte overeenkomst. Vereist is dat gemeenten en de zorgkantoren daarover overeenstemming bereiken en daarvoor toestemming verkrijgen van de zorgaanbieders.

Of het zorgkantoor de overeenkomst (partieel) wenst over te nemen is uiteraard nog maar de vraag. Het is denkbaar dat het zorgkantoor het praktisch onuitvoerbaar vindt zorg te financieren op basis van een veelheid aan contracten, waarin ook nog eens allemaal verschillende bepalingen staan. Vraag is bovendien of de door de gemeente bedachte methodiek past binnen de kaders van de Wlz. Het zorgkantoor zal bovendien niet in alle gevallen alle contractpartners van de gemeente wensen over te nemen. Daarnaast zal het per overeenkomst verschillen of overneming daarvan gunstig is voor het zorgkantoor. Voor sommige regio's kan het echter een praktische oplossing zijn. Dat geldt met name voor regio's waarin gemeenten gezamenlijk hebben ingekocht en qua wijze van financiering hebben aangesloten bij de wijze waarop de financiering van zorg in de AWBZ is geregeld.

Een optie zou ook nog zijn dat het zorgkantoor als contractspartij toetreedt tot de overeenkomsten en dat de overeenkomsten zodanig gewijzigd worden dat deze voor dat deel dat ziet op de cliënten die tot de 14.000 groep behoren aansluit bij de Wlz.

5. Geschil bij de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden

Indien overleg met de betrokken instellingen en het zorgkantoor niet tot een oplossing leidt, dan wel tot conflicten, kan de gemeente de rechter verzoeken om in verband met het intreden van onvoorziene omstandigheden in te grijpen in de rechtsgevolgen van een overeenkomst (artikel 6:258 BW).

Deze bepaling is van dwingend recht en kan niet worden “weggecontracteerd”. Wel is het mogelijk om in een overeenkomst hieraan nader invulling te geven. Een voorbeeld hiervan is de modelovereenkomst Jeugd van de VNG waarin wordt bepaald dat partijen eerst met elkaar in onderhandeling dienen te treden om te trachten gezamenlijk tot een redelijke oplossing te komen. Deze stap zou – indien contractueel overeengekomen – eerst gezet moeten worden alvorens ontbinding gevorderd kan worden op grond van onvoorziene omstandigheden.

De rechter kan naar aanleiding van een dergelijk verzoek bijvoorbeeld besluiten de overeenkomst (gedeeltelijk) te ontbinden. Dit zal een rechter uitsluitend doen indien hij van mening is dat “de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten”. De rechter is terughoudend in zijn oordeel dat een omstandigheid ‘onvoorzienbaar’ was (zie HR 19 november 1993, NJ 1994, 156). Betoogd kan worden dat ten tijde van het sluiten van de overeenkomsten niet was te voorzien dat voor deze groep cliënten een uitzondering zou worden gemaakt. Het hangt uiteraard van de omstandigheden van het geval af - met name het tijdstip van het sluiten van de definitieve overeenkomsten - of een geslaagd beroep op deze bepaling kan worden gedaan.

Daarnaast kan niet onvermeld blijven dat een vordering op basis van 6:258 BW niet in kort geding kan worden ingesteld. Er zal dan ook een bodemprocedure moeten worden gevoerd. Een dergelijke procedure duurt in de regel vrij lang. Daarbij is het van belang dat gemeenten nagaan of er in hun overeenkomsten een bijzondere geschillenregeling is opgenomen. Het is mogelijk dat geschillen die voortvloeien uit de zorgcontracten niet door de burgerlijk rechter dienen te worden beslecht. Tot slot geldt dat bij ontbinding van de overeenkomsten de zorgkantoren en de instellingen op zeer korte termijn met elkaar om de tafel moeten om de zorg voor 2015 geregeld te hebben.

6. Risico's aanbesteding

Elke wijziging van een overeenkomst die tot stand is gekomen op grond van een aanbestedingsprocedure kan juridische risico's opleveren in verband met leerstuk van de ‘wezenlijke wijziging’.

Er is – kort gezegd en voor zover hier relevant – sprake van een wezenlijke wijziging als de wijziging voorwaarden invoert die – wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd – zouden hebben geleid tot a) toelating van andere inschrijvers dan die oorspronkelijk waren toegelaten of b) de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen of c) de oorspronkelijke contractspartij wordt vervangen (HvJEU in het arrest Presstext (zaak C-454/06 van 19 juni 2008)).

Indien sprake is van een wezenlijke wijziging van een opdracht, wordt deze gewijzigde opdracht geacht een nieuwe opdracht te zijn. Uitgaande van toepassing van de aanbestedingsregels zal zo'n opdracht opnieuw aanbesteed moeten worden. Dat is niet gewenst.

Ook hier geldt dat het van de omstandigheden van het geval – de procedure, de inhoud van de contracten, de wijziging, de hoeveelheid cliënten/budget - afhangt of er sprake is van een wezenlijke wijziging. In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat gezien het beperkte aantal cliënten en daaraan gekoppeld het beperkte aantal instellingen voor wie de wijziging gevolgen heeft, wij menen dat de wijziging niet snel als 'wezenlijke wijziging' zal worden aangemerkt. De vraag is bovendien of instellingen snel zullen en met recht kunnen 'klagen', nu zij immers op andere wijze worden gefinancierd voor de zorg die zij verlenen. Als er wel geklaagd wordt en het tot een geschil komt, menen wij dat er goede argumenten zijn om bij de rechter te bepleiten dat de gemeente in dit specifieke geval in alle redelijkheid niet gehouden kon worden een nieuwe aanbestedingsprocedure uit te schrijven.

7. Conclusie

Samengevat zien wij de volgende mogelijkheden om al gesloten overeenkomsten tussen een gemeente en instellingen te wijzigen:

- a. in onderling overleg tussen gemeente en instellingen;
- b. in onderling overleg tussen gemeente, instellingen en zorgkantoor, waarbij sprake kan zijn van contractoverneming of toetreding tot de overeenkomst door het zorgkantoor;
- c. in het uiterste geval via ontbinding door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden.

Wij adviseren zo spoedig mogelijk per gemeente aan de hand van het stappenplan hierna in kaart te brengen of de al gesloten overeenkomsten moeten worden gewijzigd en zo ja, hoe die overeenkomsten kunnen worden gewijzigd. Vervolgens kan in overleg met de gecontracteerde instellingen en eventueel het zorgkantoor de overeenkomst worden gewijzigd.

8. Stappenplan wijzigen overeenkomst tussen gemeente en instellingen

Check overeenkomst:

A. Overeenkomst bevat geen verplichting tot afname Wlz-zorg:

- voer de overeenkomst uit zonder Wlz-zorg
- bericht de instellingen daarover

B. Overeenkomst bevat wel verplichting tot afname Wlz-zorg:

1) Overeenkomst bevat wijzigingsmogelijkheid:

- beoordeel of het nuttig is het zorgkantoor bij het overleg te betrekken in verband met mogelijke contractovername/toetreding
- treedt in overleg met de instellingen en/ of het zorgkantoor
- kom de wijziging overeen
- verwerk de wijziging in de overeenkomst
- indien het overleg met het zorgkantoor tot resultaat leidt: verwerk de afspraken in een aparte overeenkomst tussen gemeente en zorgkantoor

2) Overeenkomst bevat geen wijzigingsmogelijkheid:

- treedt in overleg met de instellingen
- tracht wijziging overeen te komen
- verwerk de wijziging in de overeenkomst

C. Er komt geen wijziging tot stand:

- check geschillenregeling in overeenkomst
- kies geschillenregeling of weg naar de civiele rechter op grond van onvoorziene omstandigheden.