

# Zorg voor het zorgvastgoed (deel I)

## De uitdagingen van extramuralisatie

BR 2014/129

De financiering van langdurige zorg is aan ingrijpende hervormingen onderhevig. Dat heeft gevolgen voor het zorgvastgoed. Deze gevolgen worden voor een groot deel ingegeven door een ontwikkeling die met de term 'extramuralisatie' wordt aangeduid. Dit artikel verschijnt als tweeluik. In deel I van dit artikel wordt toegelicht wat extramuralisatie inhoudt en wat de gevolgen zijn voor zorg die binnen een instelling wordt geleverd. Achtereenvolgens worden de uitdagingen van extramuralisatie op het gebied van het huurrecht besproken, waaronder huurbeschermingskwesaties, koppelbedingen, onderhuurperikelen en de toewijzing van woningen in het kader van extramuralisatie. In deel II (gepubliceerd in aflevering 1 van 2015 van dit tijdschrift) worden de specifieke aspecten van de verhuurderheffing bij extramuralisatie besproken en worden de consequenties voor lopende huurovereenkomsten toegelicht. Bij (dreigende) leegstand van het zorgvastgoed, kan transformatie een uitkomst bieden, daaraan wordt ook in deel II aandacht besteed. Deel II wordt afgesloten met een korte beschouwing over de gevolgen van extramuralisatie voor de financiering van zorgvastgoed.

### 1 Extramuralisatie in vogelvlucht

De verschillende ontwikkelingen die wij onder de noemer 'extramuralisatie' in dit artikel bespreken, hebben één gemeenschappelijk vertrekpunt: ingrijpende wijzigingen in de financiering van zorg in de *care-sector*, ook wel langdurige zorg genoemd.<sup>2</sup> Wij beginnen dit artikel daarom met een korte uiteenzetting van waarmee het allemaal begon, de plannen in het Lenteakkoord van voorjaar 2012: 'verantwoordelijkheid nemen in crisistijd'.

In het Lenteakkoord en het daarop gevolgde regeerakkoord 'Bruggen slaan' van oktober 2012 is de aanzet gegeven tot ingrijpende herzieningen van de langdurige zorg die *grosso modo* betrekking hebben op twee aspecten van de zorg: *wat* wordt er nog bekostigd en door *wie* (of uit welke bron) wordt

de zorg bekostigd?<sup>3</sup> Het samenstel van herzieningen strekt er kort gezegd toe de langdurige zorg betaalbaar te houden, mensen zo lang mogelijk in hun eigen omgeving te laten wonen en de betrokkenheid van de samenleving daarbij zo veel mogelijk te vergroten.<sup>4</sup>

*Wat* wordt er nog wordt bekostigd? In het Lenteakkoord is besloten om een aantal zorgzwaartepakketten (ZZP's) te extramuraliseren.<sup>5</sup> Een ZZP is een door het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) afgegeven beoordeling waarmee een patiënt (of binnen de *care* gebruikelijker: cliënt) recht heeft op verblijf in een verpleeghuis, verzorgingshuis, GGZ-instelling (geestelijke gezondheidszorg) of GZ-instelling (gehandicaptenzorg). Elk ZZP is bedoeld voor een patiëntengroep met een specifieke aandoening of ziektebeeld en vertegenwoordigt een vast bedrag dat kan worden gedeclareerd door de instelling waar de patiënt is opgenomen. Een hogere ZZP correspondeert met een grotere en zwaardere zorgvraag

Een deel van het zorgaanbod dat is opgenomen in de ZZP's 1-4 is naar het oordeel van de regering niet noodzakelijkerwijs verbonden aan een intramuraal setting en zou ook buiten de muren van een instelling kunnen worden aangeboden. Daarom heeft de regering ertoe besloten bij een aantal ZZP's niet meer te indiceren voor intramuraal zorg: die zorg wordt 'geëxtramuraliseerd'. Dat betekent dat de gehele verblijfscomponent van een ZZP komt te vervallen.

In de praktijk betekent het dat bij extramuralisatie een cliënt niet langer (uit de AWBZ)<sup>6</sup> een vergoeding ontvangt voor de huisvestingscomponent (wonen) én de verblijfscomponent (de diensten die in een instelling worden aangeboden). Ter verduidelijking: voorheen werd – naast de zorgfuncties – uit publieke middelen betaald voor (bijna) *alle* diensten die met het verblijf samenhangen, zoals schoonmaak van individuele en gezamenlijke ruimten, maaltijden, wasservice, 24-uurs receptie, personenalarmering etc. – en daarnaast óók voor de woonfuncties, zoals de huur, en de kosten voor gas, water en licht.<sup>7</sup> Wat na extramuralisering overblijft, is

1 M.F. Mesu-Abbekerkerk, C.E. Philips-Santman, D.S.P. Roelands-Fransen, J.E. van der Werff en C.A. de Zeeuw, allen als advocaat of notaris werkzaam bij Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn Advocaten en Notarissen.

2 Het begrip *care* wordt in de zorgsector gebruikt voor andere dan op genezing gerichte zorg, zoals ziekenhuiszorg (*cure*). Bij *care* gaat het om zorg die is gericht op omgaan met en beperken van de gevolgen van ziekten, stoornissen en lichamelijke en geestelijke beperkingen. Dat kan gaan om ouderenzorg (verzorgings- en verpleeghuiszorg), gehandicaptenzorg of vormen van geestelijke gezondheidszorg.

3 In dit artikel beperken wij ons tot bespreking van de eerste vraag: wat wordt er nog bekostigd? Ten aanzien van de wijzigingen in de grondslag voor financiering van de langdurige zorg – door wie of uit welke bron wordt de zorg nog gefinancierd – volstaan we hier met de opmerking dat de huidige zorg die vanuit de AWBZ wordt bekostigd ten dele wordt overgeheveld naar de Wmo (en daarmee onder verantwoordelijkheid van gemeenten valt), ten dele wordt overgeheveld naar de Zvw (en daarmee onder de verantwoordelijkheid van de zorgverzekeraars valt) en voor het deel dat overblijft (een uitgekilde AWBZ die nog voorziet in zorg aan mensen met een zware, langdurige zorgvraag) wordt voortgezet onder de noemer van de Wet langdurige zorg (Wlz).

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33891, nr. 3, p.4.

5 Begrotingsakkoord 2013: Verantwoordelijkheid nemen in crisistijd, p. 10.

6 Langdurige zorg werd altijd bekostigd vanuit de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ).

7 Met dien verstande dat bij verblijf in een instelling op grond van de AWBZ wel een (inkomensafhankelijke) eigen bijdrage verschuldigd is.

slechts publieke bekostiging van de zorgfuncties; de lasten voor alle overige diensten komen voor eigen rekening van de cliënt.

Van belang is in dit verband kort stil te staan bij het onderscheid tussen het begrip extramuralisatie en het ook veel gebruikte begrip 'scheiden wonen en zorg'. Scheiden wonen en zorg is eigenlijk een 'lichtere' variant van extramuralisatie waarover in het regeerakkoord Rutte I aanvankelijk werd gesproken. Het gaat dan om de situatie waarbij cliënten nog wel een verblijfsindicatie ontvangen en recht houden op een integraal pakket aan zorg- en dienstverlening. Alle kosten die *niet* samenhangen met de *individuele* woonruimte (huur, gas water en licht) worden bij het scheiden van wonen en zorg nog uit publieke middelen bekostigd. Dat is bij extramuralisatie niet het geval. Uiteindelijk is echter door het kabinet- Rutte II gekozen voor de meest verstreckende variant, namelijk extramuralisatie. Daarom spreken wij in dit artikel dus ook uitdrukkelijk over extramuralisatie.

Aan de aanspraak op zorgfuncties verandert door extramuralisatie weinig. De cliënt wordt wel voor de keuze gesteld *waar en op welke wijze* hij de voor hem noodzakelijke zorg wenst te ontvangen. Hij moet nu immers zelf betalen voor een eventueel verblijf in een beschermde woonomgeving of instelling.

Extramuralisatie gaat maar over een deel van de (voorheen) intramurale zorg,<sup>8</sup> en geldt alleen voor nieuwe indicaties. Cliënten die ten tijde van de extramuralisatie van de desbetreffende ZZP's nog over een geldige indicatie beschikken, mogen deze indicatie verzilveren. Er worden niet 'zomaar' patiënten uit een verzorgingshuis naar huis gestuurd, althans dat zou volgens de regering niet mogen gebeuren. De maatschappelijke impact van het extramuraliseren van een aantal ZZP's is echter groot. De Raad voor de Leefomgeving en de Infrastructuur heeft in zijn rapport van januari 2014 begroot dat de komende vijf jaar jaarlijks gemiddeld 10.000 ouderen, 1.300 gehandicapten en 800 ggz-clieënten door deze hervorming niet meer naar een zorginstelling kunnen verhuizen.<sup>9</sup> De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) verwacht dat het extramuraliseren van ZZP's 1 en 2 geen tot weinig problemen oplevert nu deze cliëntengroepen zich kenmerken doordat ze over het algemeen vrij zelfstandig zijn, ook waar het de activiteiten van het dagelijkse leven betreft.<sup>10</sup> Dat ligt gecompliceerder voor de ZZP's 3 en 4 die worden gekenmerkt door intensieve verzorging die voortdurend in de nabijheid is en op meerdere momenten per dag wordt

geboden. Voor deze ZZP's zal de behoefte aan leven in een beschermde woonomgeving onverminderd blijven bestaan. ZZP 4 omvat bijvoorbeeld zorg aan beginnend dementeren. Het is geen vanzelfsprekendheid dat deze groep mensen in een thuisomgeving veilig kan wonen.

Een geleidelijke verschuiving van de te verlenen zorg van een intramurale naar extramurale omgeving als gevolg van het regeringsbeleid is onvermijdelijk en de gevolgen ervan blijven niet beperkt tot alleen zorgcliënten. Alle betrokken partijen die een rol vervullen in de langdurige zorg worden geconfronteerd met de gevolgen van extramuralisatie. Denk aan zorginstellingen, vastgoedeigenaren, vastgoedfinanciers, gemeenten en zorgverzekeraars. Complicerend daarbij is dat de belangen van deze betrokken partijen niet per definitie gelijkgericht zijn. Kan de markt deze verschuivende vraag naar meer extramurale zorg (op tijd) opvangen en voor welke juridische dilemma's worden betrokken partijen gesteld in hun zoektocht naar passende oplossingen?

## 2 Extramuralisatie; (onder)huurperikelen

Extramuralisatie zal ertoe leiden dat mensen die ervoor kiezen zorg in een beschermde omgeving te ontvangen, voortaan zelf afspraken moeten maken over het gebruik van een woonruimte. In beginsel bestaan drie varianten:

1. De zorginstelling is eigenaar van het verzorgingshuis<sup>11</sup> en levert zowel de woonruimte als de zorg aan de zorgbehoevende en sluit daartoe met de bewoner een gecombineerde huur- en zorgovereenkomst of twee separate overeenkomsten die door middel van een koppelbeding onderling worden verbonden.
2. De woningcorporatie is eigenaar van het verzorgingshuis en verhuurt de woonruimte aan de zorgbehoevende. De zorg wordt geleverd door de zorginstelling, die daartoe een zorgovereenkomst met de bewoner sluit. De woningcorporatie en zorginstelling maken onderling afspraken over hun samenwerking in een samenwerkingsovereenkomst, waaronder de afspraak dat in de huurovereenkomst en de zorgovereenkomst een koppelbeding wordt opgenomen.
3. De woningcorporatie is eigenaar van het verzorgingshuis en verhuurt dit aan de zorginstelling. De zorginstelling levert zowel de woonruimte als de zorg aan de zorgbehoevende en sluit daartoe met de bewoner een gecombineerde onderhuur- en zorgovereenkomst of twee separate overeenkomsten die door middel van een koppelbeding onderling worden verbonden.<sup>12</sup>

8 De ZZP's 1 en 2 voor de cliëntgroepen verpleging en verzorging, verstandelijk gehandicapten en geestelijke gezondheidszorg zijn per 1 januari 2013 reeds geëxtramuraliseerd. De ZZP's 3 voor de functies verpleging en verzorging zijn per 1 januari 2014 geëxtramuraliseerd. De helft van de ZZP's verstandelijk gehandicapten zal per 1 januari 2015 worden geëxtramuraliseerd. En ten slotte wordt een kwart van de ZZP's 4 voor de functie verpleging en verzorging met ingang van 1 januari 2015 geëxtramuraliseerd.

9 Raad voor de leefomgeving en infrastructuur, 'Langer zelfstandig, een gedeelde opgave van wonen, zorg en welzijn', 15 januari 2014.

10 NZa, 'Advies Scheiden van Wonen en Zorg in de AWBZ; extramuraliseren ZZP's', september 2012.

11 Een verzorgingshuis biedt zorg en huisvesting aan wie niet meer zelfstandig kan wonen (de lagere ZZP's). Een verpleeghuis is er voor intensieve zorg en zware medische behandelingen (de hogere ZZP's).

12 Een vierde, theoretische variant is dat de zorgbehoevende bewoner met de woningcorporatie een huurovereenkomst en een zorgovereenkomst sluit, waarbij de woningcorporatie de zorg elders inkoop. Deze variant is in de praktijk echter niet mogelijk, omdat het een woningcorporatie op grond van artikel 11 BBSH niet is toegestaan om andere activiteiten te verrichten dan in dat artikel zijn genoemd.

Bij al deze varianten rijzen de nodige huurrechtelijke vragen. Zo zal voor zowel de zorginstelling in variant 1 en 3 als de woningcorporatie in variant 2 van belang zijn of de (onder)huurovereenkomst met de zorgbehoevende kwalificeert als huurovereenkomst van woonruimte, waarbij de zorgbehoevende aanspraak kan maken op huur(prijs)bescherming (artikel 7:232 BW e.v.). De zorginstelling/woningcorporatie wil bijvoorbeeld bewoners in een verzorgingshuis kunnen verplaatsen of wil de huurovereenkomst in voorkomende gevallen kunnen beëindigen. Verder zal bij variant 3 nagegaan moeten worden of het de zorginstelling op grond van de hoofdhurovereenkomst is toegestaan om eenheden in het verzorgingshuis onder te verhuren. Bij variant 3 is de vraag naar de kwalificatie van de onderhuurovereenkomst met de zorgbehoevende voorts relevant, omdat dit gevolgen kan hebben voor de hoofdhurovereenkomst tussen de zorginstelling en de woningcorporatie.

Op grond van artikel 6:215 BW geldt dat indien een overeenkomst voldoet aan de essentialia van twee in de wet benoemde overeenkomsten, de wettelijke huurbepalingen van toepassing zijn, tenzij de verschillende wettelijke bepalingen onverenigbaar zijn of de strekking van de bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet (hierna: de tenzij-clausule). Huur van woonruimte is een in de wet benoemde overeenkomst. Zorgverlening kan soms als een overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) of een geneeskundige behandelingsovereenkomst (artikel 7:446 BW) kwalificeren. In die gevallen zal bij een combinatie van huur en zorg artikel 6:215 BW van toepassing zijn en gelden ook de huurbepalingen, behoudens de tenzij-clausule. Ingeval de tenzij-clausule zich voordoet blijven de huurbeschermingsbepalingen buiten toepassing indien het zorgelement overheerst.<sup>13</sup>

Indien de zorgverlening niet kwalificeert als een in de wet benoemde overeenkomst, mist artikel 6:215 BW (rechtstreekse) toepassing. Uit de rechtspraak leiden wij af dat ook dan het criterium wordt aangelegd of het huur-, of het zorgelement overheerst. Indien het zorgelement overheerst, is sprake van een overeenkomst van eigen aard waar de wettelijke huurbepalingen in het geheel niet van toepassing zijn (overeenkomst sui generis).<sup>14</sup>

Bij de vraag welk element overheerst, zijn blijkens jurisprudentie de volgende factoren relevant: de aard en omvang van het zorgpakket, het bestaan van keuzevrijheid ten aanzien van de afname van drie maaltijden per dag en de be-

schikbaarheid van andere diensten gericht op verzorging.<sup>15</sup> Het komt van geval tot geval aan op een beoordeling van de aard en omvang van het overeengekomen zorg- en servicepakket.<sup>16</sup> Indien het zorgpakket beperkt van omvang is en/of facultatief, is de kans reëel dat het zorgelement niet overheerst en de zorgbehoevende bewoner aanspraak kan maken op huur(prijs)bescherming. Dat geldt zowel indien de huur en de zorg zijn overeengekomen tussen dezelfde partijen (zoals in variant 1 en 3) als wanneer daartoe twee overeenkomsten met verschillende partijen bestaan (zoals in variant 2).<sup>17</sup>

Bij variant 3 lopen zorginstellingen verder tegen het (mogelijke) probleem aan dat veel hoofdhurovereenkomsten betreffende verzorgingshuizen dateren van vóór de extramuralisatie. Het aangaan van een (onder)huurovereenkomst met de zorgbehoevende was toen nog niet nodig. Om die reden is niet denkbeeldig dat in de hoofdhurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorginstelling de bevoegdheid tot onderhuur is uitgesloten c.q. daarvoor voorafgaande toestemming vereist is. In dergelijke gevallen zal de zorginstelling in overleg moeten treden met de woningcorporatie teneinde onderhuur mogelijk te maken.

Bij variant 3 kan de hoofdhurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorginstelling bovendien beïnvloed worden door de kwalificatie van de onderhuurovereenkomsten met de zorgbehoevende. Omdat veel van de hoofdhurovereenkomsten nog zijn gesloten voor de extramuralisatie, is daarin vaak tot uitgangspunt genomen dat het verzorgingshuis een 'overige gebouwde onroerende zaak' betreft in de zin van artikel 7:230a BW. Indien thans woonruimten in het verzorgingshuis met toestemming van de woningcorporatie worden onderverhuurd aan zorgbehoevende en die onderhuurovereenkomsten kwalificeren als huur van woonruimte, kan de bestemming 'overige gebouwde onroerende zaak' in de hoofdhurovereenkomst onder druk komen te staan. De Hoge Raad heeft in het zgn. arrest 'Zonshofje I' namelijk geoordeeld dat het niet gewenst is dat de hoofdhuur door een ander wettelijk regime wordt beheerst dan de onderhuur.<sup>18</sup> Wanneer een verzorgingshuis op enig moment in overheersende mate is onderverhuurd als woonruimte, lijkt derhalve aannemelijk dat de hoofd-

13 HR 28 juni 1985, NJ 1986/38, HR 15 november 1991; NJ 1992/119 en HR 19 februari 1993, NJ 1993/247 en Benjert, *Huur in zorginstellingen: huur van woonruimte of gemengde overeenkomst?* WR 2013/13 p. 50.

14 Vergelijk de zogenoemde pensionovereenkomst in HR 15 maart 1974/NJ 1974/393; Hof Arnhem 23 oktober 1978, NJ 1980/123; Hof Den Haag 8 november 1984, NJ 1985/479 en Benjert, *Huur in zorginstellingen: huur van woonruimte of gemengde overeenkomst?* WR 2013/13 p. 51.

15 Niet overheersend: Rb. Breda 23 oktober 2001 en 20 juni 2002, WR 2002/71; HR 28 juni 1985, NJ 1986/38; HR 19 februari 1993, NJ 1993/247. Wel overheersend: Hof Den Haag 17 oktober 1989, WR 1990/60; Rb. Zutphen (vzr.) 25 september 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BF3173; Rb. Gelderland 25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1302; Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9779.

16 Benjert, *Huur in zorginstellingen: huur van woonruimte of gemengde overeenkomst?* WR 2013/13 p. 51.

17 Zie ook: Kolster *Scheiden van Wonen en Zorg Vastgoed Fiscaal en Civiel* 2013 (04) 03 p. 12.

18 HR 20 september 1985, NJ 1986/260: Het ging in die zaak om een complex dat was verhuurd en vervolgens kamersgewijs werd onderverhuurd. Omdat de onderhuurovereenkomsten kwalificeerden als huur van woonruimte, kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat dit ook gold voor de hoofdhurovereenkomst, omdat: "Een ander antwoord zou immers tot het onaantvaardbare gevolg leiden dat ten aanzien van de verhuur van het complex en de onderverhuur van de kamers een verschillend wettelijk regime zou gelden."

huurovereenkomst 'van kleur verschieft' en niet langer kwalificeert als huur van een 'overige gebouwde onroerende zaak'. Dit kan gevolgen hebben voor eventuele bepalingen in de hoofdhuurovereenkomst die afwijken van de wettelijke huurbepalingen voor woonruimte. Het zal uiteindelijk van de inhoud van de onderhuurovereenkomsten (lees: de zwaarte van het overeengekomen zorgpakket) afhangen of de onderhuur aanspraak kan maken op huurbescherming en, in het verlengde daarvan, of de hoofdhuurovereenkomst dientengevolge 'verkleurt'. In een casus die recent speelde bij de Rechtbank Gelderland was dat niet het geval. De kantonrechter oordeelde in die zaak dat op de overeenkomsten tussen de zorginstelling en de zorgbehoevende de huurbeschermingsbepalingen niet van toepassing waren. Daartoe overwoog de kantonrechter dat de overeenkomst tot het verschaffen van zorg en de overeenkomst tot het verschaffen van woonruimte zo nauw met elkaar verbonden waren, dat het einde van de ene overeenkomst tevens het einde van de andere overeenkomst tot gevolg had. De woonruimte werd uitsluitend ter beschikking gesteld om de overeengekomen zorg te faciliteren. Het gevolg daarvan was dat op de hoofdhuurovereenkomst het huurregime van artikel 7:230a BW van toepassing bleef.<sup>19</sup>

Ten slotte kent variant 3 nog een mogelijke complicatie. Op grond van artikel 7:269 BW kan de onderhuurder namelijk onder omstandigheden jegens de hoofdverhuurder aanspraak maken op onderhuurbescherming. Dit kan er bij variant 3 toe leiden dat bij het eindigen van de hoofdhuur tussen de woningcorporatie en de zorginstelling, de woningcorporatie de onderhuurovereenkomst met de zorgbehoevende (tijdelijk) zal moeten voortzetten. Indien in de onderhuurovereenkomst tussen de zorginstelling en de zorgbehoevende afspraken over zorgverlening zijn opgenomen, zal de woningcorporatie die afspraken dan eveneens moeten nakomen. Ook hier geldt overigens weer dat de vraag of de onderhuurder aanspraak kan maken op onderhuurbescherming, afhangt van de kwalificatie van de onderhuurovereenkomst. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden wees op 7 mei 2013 een beroep op onderhuurbescherming in een begeleid wonen project af. De begeleidingsovereenkomst en de onderhuurovereenkomst waren volgens het hof dermate nauw met elkaar verbonden, dat het eind van de eerste overeenkomst tot gevolg had dat de andere evenmin in stand kon blijven. De afspraken omtrent de begeleiding naar zelfstandig wonen was volgens alle betrokkenen (de woningcorporatie, de zorginstelling en de zorgbehoevende) de essentie van de rechtsverhouding, aldus het hof. De onderhuurder kon derhalve, na het eindigen van de overeenkomst met de zorginstelling, geen aanspraak maken op onderhuurbescherming tegenover de woningcorporatie.<sup>20</sup> Omdat het van geval tot geval kan verschillen of een beroep op onderhuurbescherming wel of niet opgaat, is het verstandig om zekerheidshalve voor een eventueel beroep op onderhuurbescherming waarborgen op te nemen in

de hoofdhuurovereenkomst tussen de woningcorporatie en zorginstelling, bijvoorbeeld inhoudende dat de zorginstelling de zorgverlening zal voortzetten bij beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst (in feite variant 2).<sup>21</sup>

### 3 Extramuralisatie; koppelbeding

In alle hiervoor genoemde varianten is sprake van een koppeling tussen wonen en zorg. Een dergelijke koppeling lijkt echter op gespannen voet te staan met het uitgangspunt van 'scheiden wonen en zorg'. De voormalig Staatssecretaris voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Veldhuijzen van Santen, heeft naar aanleiding van Kamervragen over scheiden wonen en zorg op 4 mei 2012 evenwel het volgende aangegeven:

"Idealiter is de keuze van de cliënten vrij om onafhankelijk van de plek van waar men wil wonen te kunnen kiezen voor een zorgleverancier. In een aantal gevallen is het vanuit doelmatigheidsredenen of veiligheidsredenen niet goed mogelijk om iedere bewoner zelf (voor alle onderdelen) zijn eigen keuze te laten bepalen en worden in het huurcontract afspraken gemaakt over een inperking van de vrije keuze. Een cliënt maakt dan gelijktijdig keuzes ten aanzien van wonen en dienstverlening.

Het staat huurder en verhuurder vrij om in het huurcontract afspraken te maken over de afname van zorg bij zorgaanbieders waarmee de verhuurder een samenwerkingsverband heeft.

De eigenaar van de verhuur van een appartement verbindt dan extra voorwaarden aan de verhuur van de woonruimte, die inhouden dat de zorg wordt betrokken van een zorgaanbieder waarmee men samenwerkt. Dergelijke voorwaarden kan een eigenaar in bepaalde gevallen ook verbinden aan de verkoop van woonruimte.

De AWBZ bevat geen regels ten aanzien van de voorwaarden waaronder iemand woonruimte koopt of huurt. Er is dan ook geen strijdigheid met deze wet."<sup>22</sup>

Hieruit kan worden afgeleid dat een koppelbeding niet (zonder meer) strijdig lijkt te zijn met het uitgangspunt van extramuralisatie.<sup>23</sup>

Daarnaast zou een koppelbeding mogelijk in strijd kunnen zijn met enkele wettelijke bepalingen. Artikel 7:264 BW bepaalt bijvoorbeeld dat elk in verband met de totstandkoming van de huurovereenkomst voor woonruimte gemaakt beding, dat niet de huurprijs betreft, nietig is voor zover daarbij ten behoeve van een der partijen een niet redelijk voordeel overeen is gekomen. Over de vraag hoe artikel 7:264 BW zich verhoudt tot een koppelbeding inzake huur en zorg, is

<sup>21</sup> De Groot, *Huur en Zorg*, Nieuwsbrief Huurrecht 2013 nr. 5, p. 5.

<sup>22</sup> Antwoord van staatssecretaris Veldhuijzen van Zanten-Hyllner (Volksgezondheid, Welzijn en Sport) (ontvangen 4 mei 2012) AH2405 2012Z06474, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20112012-2405.html>

<sup>23</sup> Vgl. ook: De Groot, *Huur en Zorg*, Nieuwsbrief Huurrecht 2013 nr. 5, p. 7; Rijpstra en Janssen, *Scheiden van wonen en zorg, Vastgoedrecht* 2013, 2 p. 58; Driessen, *Scheiden van wonen en zorg*, Tijdschrift huurrecht in praktijk 2013 nr. 5, p. 128-129.

<sup>19</sup> Rb. Gelderland 25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1302.

<sup>20</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ9779.

nog geen jurisprudentie verschenen. In de literatuur wordt er evenwel van uitgegaan dat een beding in de huurovereenkomst op grond waarvan de huurder verplicht is zorg af te nemen, niet zonder meer onredelijk is, omdat het voor de verhuurder niet noodzakelijkerwijs een voordeel oplevert.<sup>24</sup> Daarvan uitgaande levert artikel 7:264 BW in beginsel dus geen belemmering op voor een koppelbeding.

Voorts zou een koppelbeding, dat in de regel zal kwalificeren als een algemene bepaling in de zin van artikel 6:231 BW, een onredelijk bezwarend beding kunnen opleveren dat ingevolge artikel 6:233 sub a BW vernietigbaar is. Op grond van artikel 6:236 sub j BW wordt een beding waarin de wederpartij wordt verplicht om met de gebruiker van de algemene voorwaarden of een derde een andere overeenkomst aan te gaan, vermoed onredelijk bezwarend te zijn. Ook hier geldt dat de rechter zich over deze vraag nog niet heeft uitgelaten, maar dat in de literatuur wordt aangenomen dat artikel 6:231 BW jo. artikel 6:233 sub a BW en artikel 6:237 sub j BW geen obstakel behoeven op te leveren voor een koppelbeding. Voorwaarde is wel dat de verhuurder kan aantonen dat de koppeling te rechtvaardigen is, bijvoorbeeld doordat in verband met de koppeling investeringen in de zorginfrastructuur zijn verricht en dat deze investeringen zonder de koppeling niet terugverdiend kunnen worden. Andere denkbare argumenten zouden kunnen zijn dat door koppeling een hogere zorgzwaarte of efficiëntere zorg kan worden geleverd en/of dat bepaalde diensten onbetaalbaar zouden worden indien niet alle huurders in een verzorgingshuis daaraan bijdragen.<sup>25</sup>

Ten slotte zou het mededingingsrecht aan het overeenkomen van een koppelbeding in de weg kunnen staan. Een koppelbeding bij de varianten 1 en 3 kan strijdig zijn met artikel 24 Mededingingswet (misbruik economische machtspositie). Een koppelbeding bij variant 2 zou strijd kunnen opleveren met het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet.<sup>26</sup>

Bij de beoordeling of in een voorkomend geval sprake is van misbruik van economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mededingingswet, zal allereerst moeten worden bezien of de betreffende zorginstelling een economische machtspositie heeft.<sup>27</sup> Dit zal van geval tot geval kunnen verschillen. Indien sprake is van een economische machtspositie, is de vervolgvraag of het koppelbeding marktverstrend werkt. Als dat zo is, zal de zorginstelling moeten

aantonen dat er objectieve redenen zijn om de huur en zorgverlening te koppelen. Daarbij zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan de hiervoor genoemde argumenten.

De voormalig Staatssecretaris voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport is bij de hiervoor al aangehaalde beantwoording van Kamervragen ook ingegaan op de mededingingsrechtelijke consequenties van een koppelbeding bij variant 1 en 2. Zij onderschrijft dat een koppelbeding in strijd kan zijn met het mededingingsrecht, maar dat er objectieve redenen kunnen zijn om het koppelbeding te rechtvaardigen:

“Een andere relevante wet is de Mededingingswet. Een verplichting voor de huurder om ook zorg af te nemen van de verhuurder, kan in strijd zijn met het verbod op misbruik van een economische machtspositie uit die wet. Koppelvekoop is namelijk verboden, indien de verhuurder een economische machtspositie heeft op een afgebakende relevante markt. Als daar sprake van is en er is een merkbaar effect voor de mededinging, dan kan de NMa optreden. Verhuurder kan als verweer eventueel objectieve rechtvaardigingsgronden aanvoeren (zoals veiligheidsredenen), die de NMa in aanmerking kan nemen bij een eventueel optreden.”<sup>28</sup>

Of een koppelbeding bij variant 2 in strijd is met het kartelverbod, hangt af van de vraag of de mededinging hierdoor merkbaar wordt beperkt. Dit wordt, evenals bij de vraag of sprake is van een economische machtspositie, beoordeeld aan de hand van de relevante productmarkt en de relevante geografische markt. Hier geldt dus eveneens dat in zijn algemeenheid niet kan worden gezegd of een koppelbeding bij variant 2 zal zijn toegestaan of niet, omdat dit voor elk geval anders kan liggen. Wel geldt voor alle gevallen dat indien er sprake is van een merkbare beperking van de mededinging, wellicht een beroep kan worden gedaan op een van de vrijstellingen in de Mededingingswet.

In de (gepubliceerde) jurisprudentie is, voor zover ons bekend, slechts eenmaal de vraag aan de orde geweest of een koppelbeding in strijd was met het mededingingsrecht. Dit betrof een koppelbeding tussen een huurovereenkomst met een woningcorporatie en een zorgovereenkomst met een zorginstelling (variant 2). Gelet op het relatief (beperkte) marktaandeel van de betrokken woningcorporatie was in dat geval geen sprake van strijd met artikel 6 Mededingingswet of artikel 24 Mededingingswet.<sup>29</sup>

#### 4 Extramuralisatie: woningtoewijzing

De woningcorporatie en zorginstelling die vrijkomende woonruimten in (voormalige) intramurale zorgcomplexen, zoals verzorgingshuizen, willen verhuren, krijgen daarnaast

24 Zie: De Groot, *Huur en Zorg*, Nieuwsbrief Huurrecht 2013 nr. 5, p. 6; Rijpstra en Janssen, *Scheiden van wonen en zorg*, *Vastgoedrecht* 2013, 2 p. 57.

25 Zie: De Groot, *Huur en Zorg* Nieuwsbrief Huurrecht 2013 nr. 5, p. 7; Rijpstra en Janssen, *Scheiden van wonen en zorg* *Vastgoedrecht* 2013, 2 p. 57.

26 Zie: NMa, richtsnoeren voor de zorgsector, maart 2010 p. 106-108, te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7083/Richtsnoeren-voor-de-zorgsector/>.

27 Bij de vraag of sprake is van een economische machtspositie moet allereerst de relevante markt worden afgebakend. Verder zijn de volgende factoren van belang: het marktaandeel van een zorginstelling, het aantal concurrenten, de (on)mogelijkheden voor zorginstellingen om tot de markt toe te treden, de positie van afnemers op de markt en de omvang en financiële slagkracht van de zorginstelling.

28 Antwoord van staatssecretaris Veldhuijzen van Zanten-Hyllner (Volksgezondheid, Welzijn en Sport) (ontvangen 4 mei 2012) AH2405 2012206474, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20112012-2405.html>.

29 Hof's-Hertogenbosch 14 februari 2006, RZA 2006, 95.

te maken met de vraag of er restricties gelden bij de toewijzing en, zo ja, of het daarbij verschil maakt of de woningcorporatie dan wel de zorginstelling verhuurt aan de zorgbehoevende.

Op 1 januari 2011 is de 'Tijdelijke regeling diensten van algemeen economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting' in werking getreden.<sup>30</sup> Op grond van artikel 4 lid 1 van voornoemde regeling zijn toegelaten instellingen verplicht bij nieuwe verhuringen ten minste 90% van hun vrijkomende woningen met een huur op of onder de liberalisatiegrens toe te wijzen aan huishoudens met een (gezamenlijk) verzamelinkomen tot maximaal € 33.614 (prijspeil 2011). Dit bedrag wordt jaarlijks per 1 januari aangepast en is voor 2014 vastgesteld op € 34.678. Binnen de groep onder de inkomensgrens dient een toegelaten instelling – op basis van artikel 13 lid 1 BBSH – zo veel mogelijk voorrang te geven aan huishoudens die voor huurtoeslag in aanmerking komen. Voor de 10% vrijkomende woningen die kunnen worden verhuurd aan huishoudens met een hoger inkomen is de toewijzing ook niet helemaal vrij (artikel 4 lid 3 Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting). Voor deze groep moet voorrang worden gegeven aan personen die door persoonlijke, sociale of andere omstandigheden, zoals fysieke of psychische beperkingen, moeilijkheden ondervinden bij te vinden van passende huisvesting (bijvoorbeeld gehandicapten). Indien er vervolgens nog ruimte is binnen deze 10%-marge mogen de woningen worden verhuurd aan huishoudens boven de inkomensgrens. Deze toewijzing dient op transparante wijze plaats te vinden, bijvoorbeeld op volgorde van inschrijving of door middel van loting. Dit is anders wanneer uit de gemeentelijke huisvestingsverordening een andere volgorde voortvloeit.<sup>31</sup> De beoordeling of aan de toewijzingsnorm is voldaan, wordt jaarlijks vóór 1 december beoordeeld door de Minister voor Wonen en Rijksdienst op basis van de verantwoordingsgegevens die de toegelaten instelling dient te verstrekken.

Een woningcorporatie is een zogeheten toegelaten instelling in de zin van artikel 70 Woningwet; zorginstellingen zijn dat niet.<sup>32</sup> Dit betekent dat een zorginstelling in de hiervoor in paragraaf 2 besproken variant 1 niet gehouden

is aan deze toewijzingsregels en een woningcorporatie in variant 2 wel.

In variant 3 is sprake van een onderhuurovereenkomst tussen de zorginstelling en de zorgbehoevende en is dus geen sprake van een rechtstreekse huurrelatie tussen de zorgbehoevende en de woningcorporatie. In artikel 4 lid 2 van de Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting is echter opgenomen dat de 90% toewijzingsregel ook geldt wanneer de toelaten instelling woningen verhuurt door tussenkomst van een andere rechtspersoon of vennootschap (de zogenaamde intermediairs). Uit de toelichting bij de (gewijzigde) Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting van 14 mei 2013<sup>33</sup> wordt door de Minister van Wonen en Rijksdienst in dit verband het praktijkvoorbeeld genoemd van de toegelaten instelling die eigenaar is van een verzorgingshuis en dit verhuurt aan de zorginstelling die de zorg verleent en de bij de zorginstelling gelegen 'aanleunwoningen' toewijst. De minister geeft aan dat in dat geval sprake is van een huurcontract tussen de zorginstelling en de huurder, waarvoor een inkomenstoets noodzakelijk is. Dit betekent dat in variant 3 ook de zorginstelling gehouden is aan de toewijzingsregels.

In de voorlaatste wijziging van 14 mei 2013 is in artikel 4 lid 2 Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting<sup>34</sup> verduidelijkt dat intermediairs zelf gehouden zijn om de door hen van toegelaten instellingen gehuurde wooneenheden volgens de regels toe te wijzen. Dit betekent dat de zorginstellingen voortaan gehouden zijn de inkomenstoets uit te voeren volgens de in artikel 4bis Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting neergelegde procedure.<sup>35</sup> De woningcorporatie blijft er echter voor verantwoordelijk dat de zorginstelling deze regels correct naleeft en haar juist en volledig over de toewijzingen informeert, zodat de woningcorporaties zich daarover kan verantwoorden. In de toelichting is opgenomen dat in het bijzonder de huurovereenkomst tussen de toegelaten instelling en de intermediair het geëigende instrument is om afspraken te maken over de toewijzing en verantwoording (variant 3).

De toewijzingsregels zijn alleen van toepassing wanneer sprake is van een huurovereenkomst met de (zorgbehoevende) bewoner(s). Indien sprake is van toewijzing van woonruimte in een verzorgingshuis op basis van een integrale AWBZ-indicatie voor wonen en zorg geldt inkomensgrens dus niet, omdat in dat geval geen sprake is van huur. Als gevolg van extramuralisatie zullen (nieuwe) indicaties voor intramurale zorg echter afnemen en zal in veel gevallen met de zorgbehoevende een huurovereenkomst moeten worden gesloten, waarbij de inkomensgrens wel zal gelden. Voor enkele categorieën personen/huishoudens met een

30 *Stb.* 2010, 17515. De Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting is nadien een aantal malen gewijzigd, voor het laatst in 2013 (*Stb.* 2013, 13369 en *Stb.* 2013, 32730).

31 In diverse gemeenten geldt er een huisvestingsverordening. Voor een antwoord op de vraag hoe een huisvestingsverordening zich verhoudt tot de toewijzingsregels op grond van de Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting, wordt verwezen naar de brochure van de rijksoverheid, te vinden op [www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/woningcorporaties/documenten-en-publicaties/brochures/2010/11/18/factsheet-tijdelijke-regeling-diensten-van-algemeen-economisch-belang-toegelaten-instellingen-volkshuisvesting.html](http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/woningcorporaties/documenten-en-publicaties/brochures/2010/11/18/factsheet-tijdelijke-regeling-diensten-van-algemeen-economisch-belang-toegelaten-instellingen-volkshuisvesting.html).

32 Een toegelaten instelling is een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of een stichting, die zich ten doel stelt uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en niet beoogt uitkeringen te doen anders dan in het belang van de volkshuisvesting en die bij koninklijk besluit is toegelaten als instelling, uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam.

33 *Stb.* 2013, 32730.

34 *Stb.* 2013, 13369.

35 Wat die procedure inhoudt zal hier verder onbesproken blijven, evenals de sancties op het niet nakomen van de toewijzingsregels.

specifieke intensieve zorgbehoefte, waardoor de keuzemogelijkheden voor woningen beperkt zijn, werd dit door het kabinet ongewenst geacht. Daarom zijn bij de wijzigingen van 20 december 2011 en 20 december 2012 in artikel 4 lid 1, onderdeel a-c Tijdelijke regeling diensten economisch belang toegelaten instellingen volkshuisvesting enkele categorieën van woningtoewijzingen benoemd die, ongeacht het huishoudinkomen, in alle gevallen worden meegerekend bij de 90% toewijzingsruimte. Op deze wijze heeft de wetgever willen waarborgen dat deze huishoudens in aanmerking komen voor een sociale huurwoning.<sup>36</sup>

## 5 Afsluiting

De wijzigingen in de financiering van langdurige zorg ontkenen een groot aantal wijzigingen voor het zorgvastgoed. Zorginstellingen en woningcorporaties die huurder of eigenaar zijn van een verzorgingshuis (of andere intramurale zorgcomplexen) dienen erop bedacht te zijn dat zij te maken kunnen krijgen met het huurrecht van woonruimte als gevolg waarvan allerlei nieuwe rechten en verplichtingen kunnen ontstaan. Daartoe hebben wij in deel I van dit tweeluik een aantal onderwerpen besproken zoals (onder) huurbescherming, de rechtsgeldigheid van koppelbedingen en woningtoewijzing.

Het is aan te raden om bestaande (onder)huurovereenkomsten en nieuwe, te sluiten (onder)huurovereenkomsten, alsmede samenwerkingsovereenkomsten aan een 'quick-scan' te onderwerpen om zodoende te bezien of deze 'extramuralisatie-proof' zijn.

Er speelt echter nog meer als gevolg van extramuralisatie, zowel op huurrechtelijk vlak als op het gebied van ruimtelijke ordening en de mogelijkheden tot financiering. Daar zal in deel II (Bouwrecht januarinummer 2015; BR 2015/1) nader op worden ingegaan.

---

<sup>36</sup> Zie de toelichting bij de wijzigingen van 20 december 2011 (*Stb.* 2011, 23674) en 20 december 2012 (*Stb.* 2012, 27028).