

# Woonzorgcomplexen

In deze uitgave wordt algemene informatie verstrekt over een aantal juridische relevante ontwikkelingen. Niet beoogd is om hiermee juridisch advies te verlenen voor concrete situaties. Hoewel veel zorg is besteed aan het opstellen van deze uitgave, aanvaardt Dirkzwager advocaten & notarissen geen aansprakelijkheid voor de inhoud ervan.

©Dirkzwager advocaten & notarissen, november 2006. Alle rechten voorbehouden.

#### ADVOCATUUR ARNHEM

Postbus 3045  
6802 DA Arnhem  
Kantoor Velperpoort  
Velperweg 1  
6824 BZ Arnhem  
Telefoon +31 (0)26 353 83 00  
Fax +31 (0)26 351 07 93

#### NOTARIAAT ARNHEM

Postbus 111  
6800 AC Arnhem  
Kantoor Velperpoort  
Velperweg 1  
6824 BZ Arnhem  
Telefoon +31 (0)26 365 55 55  
Fax +31 (0)26 365 55 00

#### ADVOCATUUR NIJMEGEN

Postbus 55  
6500 AB Nijmegen  
Kantoor Stella Maris  
Van Schaeck Mathonsingel 4  
6512 AN Nijmegen  
Telefoon +31 (0)24 381 31 31  
Fax +31 (0)24 322 20 74

#### NOTARIAAT NIJMEGEN

Postbus 1104  
6501 BC Nijmegen  
Kantoor Stella Maris  
Van Schaeck Mathonsingel 4  
6512 AN Nijmegen  
Telefoon +31 (0)24 381 27 27  
Fax +31 (0)24 324 07 26

Twee uiteenzettingen over mededingingsrechtelijke aspecten en contractuele aspecten van samenwerking tussen zorginstellingen en woningcorporaties

door: Eric Janssen en Frank Delissen

## INLEIDING

Geachte lezer,

Woonzorgcomplexen bieden een effectief antwoord op de toenemende vergrijzing en privatisering van de ouderenzorg. Ouderen kunnen zo immers zelfstandig blijven wonen, met alle zorg- en andere noodzakelijke voorzieningen binnen handbereik.

Met het oog op een solide financiering en exploitatie maken woningcorporaties en zorgaanbieders afspraken over samenwerking. Die afspraken kunnen echter botsen met de Mededingingswet. Volgens deze wet mogen ondernemingen (dus ook woningcorporaties en zorgaanbieders) immers geen overeenkomsten sluiten die de vrije marktwerking verstoren. Dit maakt een zorgvuldige toetsing van de samenwerkingscontracten op mededingingsaspecten noodzakelijk.

In deze bundel zijn uiteenzettingen opgenomen van Eric Janssen en Frank Delissen van Dirkzwager advocaten & notarissen, waarin zij hun licht laten schijnen op deze problematiek. Zij belichten de diverse aspecten van de Mededingingswet in relatie tot de samenwerking tussen woningcorporaties en zorgaanbieders. Tevens schetsen ze verschillende samenwerkingsscenario's en de juridische dilemma's die deze opleveren. Ten slotte komen ze met oplossingen en adviezen voor samenwerkingscontracten die voldoen aan de complexe mededingingseisen.

Ook na het lezen van deze bundel zal het u duidelijk zijn dat er geen standaardoplossingen voor samenwerking bestaan. Elk contract staat volledig op zichzelf. Toch hoopt Dirkzwager advocaten & notarissen u met deze uiteenzettingen op weg te helpen naar een effectieve samenwerkingsvorm die de toets van de wetgever probleemloos kan doorstaan.

Met vriendelijke groet,  
Dirkzwager advocaten & notarissen

November 2006

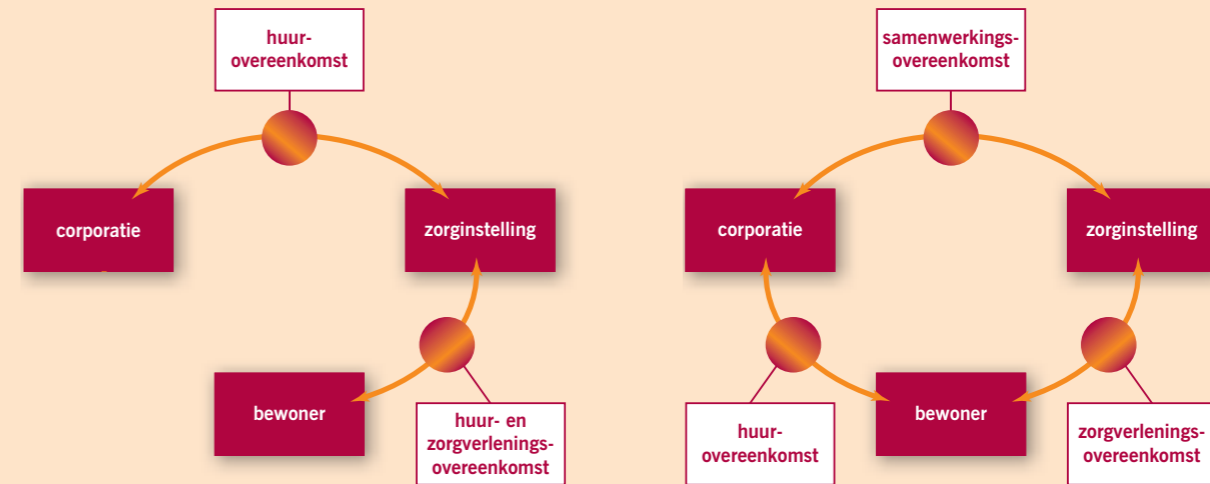
# Woonzorgcomplexen

MEDEDINGINGSRECHTELIJKE ASPECTEN VAN SAMENWERKING TUSSEN ZORGINSTELLINGEN EN WONINGCORPORATIES

De samenwerking tussen zorgaanbieders en woningcorporaties wordt door de overheid aangemoedigd. Diverse zorgaanbieders ontwikkelen samen met woningcorporaties uit hun verzorgingsgebied zogenaamde woonzorgcomplexen. Deze initiatieven hangen samen met de eveneens landelijke ontwikkelingen op het gebied van spreiding en extramuralisering van de zorgverlening ten behoeve waarvan ook (wijk)zorgsteunpunten worden opgericht.

Woonzorgcomplexen worden doorgaans gedefinieerd als een complex van zelfstandige woningen met een bouwwijze die is gericht op beschermd wonen met een complexgewijs aangeboden zorg- en dienstverleningsarrangement, maar met wel een consequente scheiding tussen wonen en zorg. Om complexgewijs zorg- en dienstverleningsarrangementen in woonzorgcomplexen mogelijk te maken, is het noodzakelijk dat in die complexen een bouwkundige zorginfrastructuur wordt gerealiseerd. De financiering van deze zorginfrastructuur vormt een bedrijfseconomisch risico waardoor het exploitatiedraagvlak van een

dergelijk complex kan worden ondermijnd. Een tweede exploitatierisico wordt gevormd door het complexgewijs aanbieden van een zorg- en dienstverleningsarrangement. Dergelijke arrangementen zijn uitsluitend te exploiteren als de meerderheid van de huurders de aangeboden zorgdiensten afneemt. De zorgaanbieders proberen een mogelijke aantasting van het draagvlak voor de exploitatie van woonzorgcomplexen zoveel mogelijk te reduceren door met woningcorporaties samen te werken. Hierbij zijn in theorie drie basisvarianten mogelijk.

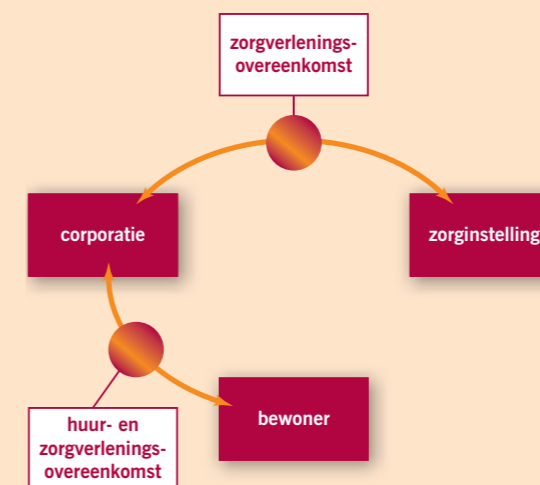


## Variant A

De bewoner sluit één overeenkomst met de zorgaanbieder voor zowel de huur van de woning als het verstrekken van de zorg, waarbij de zorgaanbieder de te verhuren woning huurt van de woningcorporatie.

## Variant B

De bewoner sluit twee overeenkomsten, voor de huur van de woning wordt een overeenkomst gesloten met de woningcorporatie en voor de te verstrekken zorg wordt een overeenkomst gesloten met de zorgaanbieder waarmee de woningcorporatie samenwerkt.



## Variant C

De bewoner sluit één overeenkomst met de woningcorporatie voor zowel de huur van de woning als het verstrekken van de zorg, waarbij de woningcorporatie de te verstrekken zorg inkoop bij de zorgaanbieder.

In deze handleiding worden de mededingingsrechtelijke aspecten van de verschillende samenwerkingsvormen besproken. Hierbij zal uitsluitend worden ingegaan op de varianten A en B, aangezien variant C in strijd is met het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH). Op grond van het BBSH is het woningcorporaties immers niet toegestaan zorg aan te bieden. Dit betekent dat variant C in de praktijk niet voorkomt.

### De Mededingingswet

De algemene gedachte is dat concurrentie de dynamiek van de economie bevordert. Om verstoring van deze dynamiek te voorkomen, verbiedt de Mededingingswet (Mw):

- a. kartels (artikel 6 Mw);
- b. het maken van misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw);
- c. concentraties van ondernemingen zonder voorafgaande melding en/of vergunning (artikel 26 e.v. Mw).

Het kartelverbod houdt in dat het twee of meer ondernemingen verboden is afspraken te maken of hun gedrag op elkaar af te stemmen waardoor de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan merkbaar wordt beperkt. Het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie brengt met zich mee dat een onderneming die in staat is zich min of meer onafhankelijk van leveranciers en/of afnemers te gedragen geen misbruik mag maken van haar marktmacht. Tot slot schrijft de concentratiecontrole voor dat er bepaalde concentraties (fusies, overnames of het oprichten van joint ventures) niet tot stand mogen worden gebracht zonder een vergunning. De NMa kan een vergunning weigeren indien de concentratie nadelig is voor de mededinging op de relevante markt.

De Mededingingswet geldt alleen voor ondernemingen. Consumenten en de overheid zijn niet aan de Mededingingswet gebonden. Een onderneming is elke entiteit die een economische activiteit uitoefent bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten. De rechtsvorm is dus niet van belang. Ook een natuurlijke persoon of een stichting kan een onderneming zijn. Evenmin doet het wel of niet hebben van een winstoogmerk ter zake. Tot slot is irrelevant dat een derde voor de aangeboden goederen of diensten betaalt.

Inmiddels kan op basis van vele rechterlijke uitspraken en beschikkingen van de NMa als vaststaand worden aangenomen dat zowel zorginstellingen als woningcorporaties ondernemingen zijn in mededingingsrechtelijke zin. Zij moeten dus bij hun handelen rekening houden met de Mededingingswet. Daarom zal de samenwerking tussen zorginstellingen en woningcorporaties niet in strijd mogen zijn met het kartelverbod of het verbod misbruik te maken van een machtspositie.

### VARIANT A

In deze variant wordt het woonzorgcomplex gebouwd door de woningcorporatie en verhuurd aan de zorginstelling. Indien de zorginstelling en de woningcorporatie slechts met elkaar afspreken dat de woningcorporatie het woonzorgcomplex bouwt en onder normale voorwaarden verhuurt aan de zorginstelling, zal de mededinging door deze samenwerking niet worden beperkt. Mededingingsrechtelijke bezwaren zijn dan niet te verwachten. Het is echter mogelijk dat de zorgaanbieder en de woningcorporatie verdergaande afspraken maken. Zo zouden zij kunnen afspreken dat zij uitsluitend samen nieuwe woonzorgcomplexen zullen ontwikkelen en dus niet met concurrenten in zee zullen gaan. Dergelijke afspraken zullen moeten worden getoetst op dezelfde wijze als de hierna te bespreken variant B.

De woonruimte die de zorgaanbieder van de woningcorporatie huurt, wordt door de zorgaanbieder verhuurd aan de cliënt. Verder sluit de zorgaanbieder met de cliënt een zorgverleningsovereenkomst. In feite wordt de huur van de woonruimte gekoppeld aan de zorgverlening. Het koppelen van zorgverlening en huur kan slechts dan een probleem vormen indien de zorginstelling beschikt over een machtspositie. Deze variant moet daarmee worden getoetst aan het verbod misbruik te maken van een machtspositie. Om deze toets te vergemakkelijken is een stroomschema opgesteld. Onderstaande randnummers verwijzen naar de te nemen stappen.

### 1. Economische machtspositie

Ten einde vast te stellen of een zorginstelling over een economische machtspositie beschikt, moeten allereerst de relevante productmarkt en de relevante geografische markt worden afgebakend. De relevante productmarkt bestaat uit alle goederen en/of diensten die -op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd- door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen ondernemingen goederen en/of diensten vragen en aanbieden, waarbinnen de concurrentievoorwaarden gelijkwaardig zijn én duidelijk afwijken van die van aangrenzende gebieden. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in het arrest van 17 februari 2006 in de WSG-Maasmondzaak geoordeeld dat de productmarkt met betrekking tot woonzorgcomplexen omschreven kan worden als de markt voor de combinatie wonen en zorg ten behoeve van 55-plussers. Hiermee is niet gezegd dat de relevante productmarkt wordt gevormd door de verhuur van woonruimte in woonzorgcomplexen. Gelet op de brief die de minister van VROM op 5 juli 2004 aan de Tweede Kamer zond, gaat het om de verhuur van zelfzorgd wonen. Tot deze categorie behoren niet alleen woonruimten in woonzorgcomplexen, maar ook gewone woningen die aangepast kunnen worden aan de zorgbehoefte.

Ten aanzien van de relevante geografische markt, is het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van oordeel dat de markt voor woonzorgcomplexen regionaal van aard is. Om precies te zijn, gaat het volgens het Gerechtshof om de gemeente waar het woonzorgcomplex is gevestigd en de direct omliggende gemeenten.

Na het afbakenen van de relevante markt, moet de positie van de zorgaanbieder op deze markt worden vastgesteld. Hierbij wordt gekeken naar de navolgende omstandigheden:

- het marktaandeel van de zorgaanbieder;
- het aantal directe concurrenten en hun marktaandelen;
- de (on)mogelijkheden voor zorgaanbieders om tot de markt toe te treden;
- de positie van afnemers op de markt;
- de omvang en de financiële slagkracht van de betreffende zorgaanbieder.

Voor het marktaandeel legt veel gewicht in de schaal. Bij een groot marktaandeel zal er vrij snel worden aangenomen dat de zorgaanbieder beschikt over een economische machtspositie.

### 2. Marktverstoring effect (misbruik)

Als de zorgaanbieder niet beschikt over een machtspositie, zal het koppelen van de huur van woonruimte aan de zorgverlening in de meeste gevallen niet op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten. Anders ligt dit als de zorgaanbieder wel beschikt over een economische machtspositie. Het koppelen van huur en zorgverlening kan misbruik opleveren van de economische machtspositie indien deze koppeling een marktverstoring effect heeft.

Ten einde na te gaan of de koppelverkoop een marktverstoring effect heeft, moet op de eerste plaats worden nagegaan welke cliënten door de koppelverkoop gebonden worden. Op de tweede plaats moet worden nagegaan of deze cliënten een voldoende deel van de markt vormen om een merkbaar marktverstoring effect te kunnen hebben.

Het zal duidelijk zijn dat de huurders die met de verhurende zorginstelling ook een zorgverleningsovereenkomst hebben gesloten de benodigde thuiszorg niet van concurrerende zorginstellingen zullen afnemen. De koppeling heeft dus gevolgen voor de markt voor thuiszorg. Dit betekent dat zal moeten worden vastgesteld hoeveel procent van de zorgafnemers op de relevante markt voor thuiszorg thuiszorg afnemen op basis van een overeenkomst waarbij de thuiszorg is gekoppeld aan de huur. Indien dit percentage gering is, zal ervan kunnen worden uitgegaan dat het markt-afschermende effect gering is.

### 3. Objectieve rechtvaardiging

Indien de koppelverkoop een merkbaar marktverstoring effect op de markt voor thuiszorg heeft, zal deze koppelverkoop misbruikelijk zijn, tenzij de zorgaanbieder kan aantonen dat er objectieve redenen zijn om de huur en de zorgverlening te koppelen. Zo zou de zorgaanbieder bijvoorbeeld kunnen aantonen dat een optimale zorgverlening economisch niet verantwoord is indien de huur en de zorg niet worden gekoppeld. De zorgaanbieder heeft wellicht geïnvesteerd in de zorginfrastructuur, zodat hem een redelijke termijn gegund moet worden om deze investering terug te verdienen. Ook zou de zorgaanbieder kunnen aanvoeren dat er op 24-uursbasis complexgewijs zorg- en dienstverleningsarrangementen worden aangeboden, die niet kunnen worden aangeboden als niet de meerderheid van de bewoners van het woonzorgcomplex deze arrangementen afneemt.

#### VARIANT B

Deze variant kent een aantal deelvarianten:

##### a. Volledige keuzevrijheid

De samenwerking tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder gaat niet verder dan het realiseren van het woonzorgcomplex. De huurder is vrij met elke zorgaanbieder een zorgverleningsovereenkomst te sluiten.

##### b. Zorgloket

De zorgaanbieder en de woningcorporatie spreken af dat de zorgaanbieder de rol van zorgloket vervult. De huurder is vrij met elke zorgaanbieder een zorgverleningsovereenkomst te sluiten, maar hij wordt voor het voldoen van zijn zorgbehoefte door de woningcorporatie verwezen naar de samenwerkende zorgaanbieder.

##### c. Preferred provider

In het kader van de samenwerking spreken de zorgaanbieder en de woningcorporatie af dat de zorgaanbieder zal fungeren als preferred zorgprovider. De huurder is vrij om met elke willekeurige zorgaanbieder een zorgverleningsovereenkomst te sluiten, maar hij wordt er door de woningcorporatie wel op gewezen dat de samenwerkende zorgaanbieder preferred zorgprovider is. Eventueel kan deze deelvariant worden gecombineerd met een kortingssysteem. De huurder die een zorgverleningsovereenkomst sluit met de samenwerkende zorgaanbieder krijgt een bepaalde korting.

##### d. Exclusiviteit en koppelverkoop

In het kader van de samenwerking spreken de zorgaanbieder en de woningcorporatie af dat de woningcorporatie uitsluitend woonruimte zal verhuren als de huurder tegelijkertijd een zorgverleningsovereenkomst sluit met de samenwerkende zorgaanbieder.

In variant A hebben de cliënten enkel te maken met de zorgaanbieder. Het is de zorgaanbieder die probeert te voorkomen dat de cliënten de zorg van concurrerende zorgaanbieders afnemen. In variant B daarentegen proberen de corporatie en de zorgaanbieder door een bepaalde vorm van samenwerking te voorkomen dat cliënten zorg afnemen van concurrerende zorgaanbieders. Dit betekent dat variant B moet worden getoetst aan het kartelverbod. Voor deze toets wordt verwezen naar het reeds genoemde stroomschema. Onderstaande randnummers verwijzen naar de te nemen stappen.

##### 1. Beperking van de mededinging

Zoals bekend is het ondernemingen op grond van artikel 6 lid 1 Mw verboden overeenkomsten te sluiten die er toe strekken of tot gevolg hebben dat op een relevant deel van de Nederlandse markt de mededinging merkbaar wordt beperkt. Een overeenkomst die de mededinging niet beperkt, kan niet in strijd komen met het kartelverbod. Omdat in deelvariant a de cliënt zelf een keuze kan maken uit zorgaanbod en daarbij niet gestuurd wordt, roept deze deelvariant op dit punt geen mededingingsrechtelijke bezwaren op. In de deelvarianten b en c hebben de cliënten strikt genomen eveneens de vrijheid om zelf een keuze te maken uit het zorgaanbod, zodat er eigenlijk geen mededingingsrechtelijke bezwaren zijn. Dit is anders indien er een actief ontmoedigingsbeleid wordt gevoerd ten aanzien van eenvoudig te beïnvloeden (potentiële) cliënten. In de WSG-Maasmondzaak nam het Gerechtshof 's-Hertogenbosch aan dat de cliënten behoorden tot een gezagsgetrouw opgevoede groep die gemiddeld genomen een wat lagere opleiding heeft. Van deze cliënten is volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch slechts in beperkte mate weer-

woord te verwachten. Dit betekent dat er ondanks de aanwezige keuzevrijheid toch sprake kan zijn van beperking van de mededinging. In deelvariant d wordt de mededinging mogelijk beperkt aangezien concurrerende zorgaanbieders geen thuiszorg zullen kunnen aanbieden.

##### 2. Merkbare beperking van de mededinging

Niet elke beperking van de mededinging is ongeoorloofd. Om het kartelverbod te kunnen overtreden moet de mededinging merkbaar worden beperkt. Indien een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, hoeven de gevolgen in beginsel niet te worden vastgesteld. Als de overeenkomst daarentegen de beperking van de mededinging slechts tot gevolg heeft, dan moet de merkbaarheid ervan worden onderzocht. Mede gelet op de Europese richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG, zal ervan moeten worden uitgegaan dat, zo de deelvarianten de mededinging al beperken, deze beperking niet wordt beoogd. Dit betekent dat telkens onderzocht moet worden of het beweerdelijk mededingingsbeperkende effect van de deelvarianten merkbaar is.

Om vast te stellen of een overeenkomst de mededinging merkbaar beperkt, moet de relevante markt worden afgebakend. Bij de bespreking van contractvariant A is reeds uiteengezet dat het gaat om alle zelfstandige woningen waar verzorgd kan worden gewoond en die gelegen zijn in de gemeente waar het woonzorgcomplex is gevestigd en de direct omliggende gemeenten. In het geval dat de zorgaanbieder en de woningcorporatie op de relevante markt een marktaandeel hebben dat kleiner is dan 15 %, kan ervan worden uitgegaan de mededinging niet merkbaar wordt beperkt.

### 3. Nevenrestrictie

Indien de mededinging door de samenwerking tussen de zorgaanbieder en de woningcorporatie wel merkbaar wordt beperkt, zou de samenwerking als nevenrestrictie van het kartelverbod kunnen zijn vrijgesteld.

In het mededingingsrecht omvat het begrip “nevenrestricties” elke beweerde mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met, en nodig is voor, de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en daaraan evenredig is. De beoordeling van nevenrestricties houdt in dat wordt nagegaan of zonder deze restrictie de niet-beperkende hoofdtransactie moeilijk of onmogelijk ten uitvoer te leggen was. Als dit het geval is, wordt de restrictie beschouwd als noodzakelijk voor de tenuitvoerlegging ervan.

De door de overheid min of meer voorgeschreven samenwerking tussen zorgaanbieder en woningcorporatie stuit niet op mededingingsrechtelijke bezwaren. De samenwerking heeft daarentegen een positief effect. Zonder deze samenwerking kunnen er geen woonzorgcomplexen worden gerealiseerd. Er is met andere woorden sprake van een “niet-beperkende hoofdtransactie”. Vervolgens zal moeten worden aangetoond dat de deelvarianten b tot en met d een (mogelijke) beperking van mededinging vormen die rechtstreeks verband houdt met, en nodig is voor, de verwezenlijking van deze niet-beperkende hoofdtransactie en daaraan evenredig is. Het gaat er om dat aannemelijk wordt gemaakt dat de deelvarianten b tot en met d objectief gezien noodzakelijk zijn om de zorgaanbieder en de woningcorporatie in staat te stellen het woonzorgcomplex te bouwen en te exploiteren. Zonder een van de deelvarianten b tot en met d zou het woonzorgcomplex met andere woorden niet tot stand kunnen komen. Verder moet aannemelijk worden gemaakt dat de gekozen deelvariant rechtstreeks verband houdt met de samenwerking en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk.

### 4. Vrijstelling ex artikel 6 lid 3 Mw

In het geval de gekozen deelvariant niet kan profiteren van de groepsvrijstelling verticale samenwerking, zal tot slot ook nog een beroep kunnen worden gedaan op de “exception legale” van artikel 6 lid 3 Mw, omdat:

1. de overeenkomst economische of technische meerwaarde heeft;
2. voldoende voordelen worden doorgegeven aan de huurders;
3. de beperking van de concurrentie noodzakelijk is, en
4. er voldoende restconcurrentie overblijft.

De economische of technische meerwaarde is objectief vast te stellen, aangezien er een nieuwe dienst wordt geïntroduceerd, te weten wonen gecombineerd met zorg. Deze dienst heeft niet alleen als voordeel dat ouderen en gehandicapten langer zelfstandig kunnen blijven wonen, maar ook de schatkist profiteert ervan. Het zal duidelijk zijn dat de kosten van wonen gecombineerd met zorg in het algemeen lager zijn dan de kosten gemoeid met verpleeg- en verzorgingshuiszorg. Als doorgegeven voordeel kan worden genoemd de kwaliteitsverbetering. Er is herhaaldelijk op gewezen dat dankzij de woonzorgcomplexen ouderen en gehandicapten langer zelfstandig kunnen blijven wonen. De (mogelijke) beperking van de mededinging is onmisbaar. Hiertoe zal moeten worden aangetoond dat zonder de in de deelvarianten b tot en met d beschreven samenwerking woonzorgcomplexen niet kunnen worden gerealiseerd, terwijl er ook geen minder ingrijpende wijze van samenwerking is. Tot slot zal er voldoende concurrentie over moeten blijven. De cliënt moet op de relevante markt de mogelijkheid hebben om te kiezen voor door concurrenten aangeboden vergelijkbaar zorgaanbod. In de WSG-Maasmondzaak kwam het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in ieder geval tot het oordeel dat aan alle vereisten voor vrijstelling werd voldaan.

### 5. Vrijstelling op grond van artikel 11 Mw

Indien komt vast te staan dat de samenwerking tussen de zorgaanbieder en de woningcorporatie niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 6 lid 3 Mw, zou tot slot nog een beroep kunnen worden gedaan op de vrijstelling van artikel 11 Mw. Op grond van dit artikel geldt het kartelverbod niet voor situaties waarin een onderneming is belast met diensten van algemeen economisch belang en het mededingingsrecht de vervulling van deze taak verhindert.

Als vaststaand kan worden aangenomen dat het (bijdragen aan het volgens redelijke wensen) tot stand brengen van huisvesting voor ouderen, gehandicapten en personen die zorg of begeleiding behoeven, is aan te merken als een dienst van algemeen economisch belang. Het is een dienst die op grond van de Woningwet is opgedragen aan woningcorporaties. De opdracht kan daarnaast ook worden afgeleid uit zowel de Nota Wonen als de (eventueel) door de gemeenten met de woningcorporatie gesloten prestatiecontracten. Het is niet noodzakelijk dat een dienst van algemeen economisch belang expliciet en als zodanig bij (formeel) besluit moet worden opgedragen. De last kan namelijk ook worden afgeleid uit een conglomeraat van regelgeving, overeenkomsten en besluiten.

Ten einde een beroep op de vrijstelling van artikel 11 Mw te kunnen doen, moet worden aangetoond dat de woningcorporatie door toepassing van de Mededingingswet niet in staat is de hiervoor beschreven taak uit te voeren. In dit kader zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat een zorgaanbieder bij gebreke van de samenwerking zoals vormgegeven in de deelvarianten b tot en met d niet in staat zal zijn op economisch verantwoorde wijze een volledig pakket aan zorgdiensten aan te bieden en dus niet in het woonzorgcomplex zal investeren. Als een woningcorporatie geen zorgaanbieder vindt die in een woonzorgcomplex wil investeren, is daarmee gegeven dat de woningcorporatie niet in staat is de opgedragen taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden te vervullen.

Nijmegen, november 2006  
mr. H.C.E.P.J. Janssen

# Woonzorgcomplexen

ENKELE CONTRACTUELE ASPECTEN VAN SAMENWERKING  
TUSSEN ZORGINSTELLINGEN EN WONINGCORPORATIES

**In de bijdrage van Eric Janssen over mededingingsrechtelijke aspecten van samenwerking tussen zorginstellingen en woningcorporaties worden twee varianten uitgewerkt. In variant A huurt de zorgaanbieder van de woningcorporatie en biedt aan de bewoner één overeenkomst aan. Deze overeenkomst ziet zowel op de huur van de woning als op het verstrekken van zorg. In variant B huurt de bewoner van de woningcorporatie en neemt de bewoner zorg af van de zorgaanbieder.**

Zowel in variant A als in variant B moeten er tussen drie partijen afspraken worden gemaakt en vastgelegd. De corporatie, zorginstelling en bewoner. Ik zal deze afspraken en de vorm waarin deze kunnen/moeten worden gegoten kort belichten.

## VARIANT A

In deze variant huurt de zorgaanbieder de woningen van de woningcorporatie. Doorgaans maken deze partijen hun afspraken voordat met de realisatie van de woningen is gestart. Het budget dat de zorgaanbieder beschikbaar heeft voor huur en zorginfrastructuur ligt globaal vast. Wat veelal niet in detail vastligt is wat de zorgaanbieder nu precies van de woningcorporatie afneemt in de zin van vierkante meters, vaste inrichting, gebruikte materialen, etc. Een en ander is niet alleen van belang omdat vooraf duidelijk moet zijn wie wat levert tegen welke tegenprestatie, maar ook in het kader van het langetermijnonderhoud. Gelet op de maatschappelijke taak van zowel de woningcorporatie als de zorgaanbieder ligt het voor de hand en wordt verwacht dat de samenwerking leidt tot een meerwaarde. Ook meerwaarde zal in het contract tussen de

woningcorporatie en de zorgaanbieder moeten worden gedefinieerd, vastgelegd en getoetst. Het contract waarover ik hier spreek, eindigt op het moment dat de huurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder ingaat. En dat moment is weer afhankelijk van oplevering van de woningen in de afgesproken staat door goedkeuring van de zijde aan de zorgaanbieder.

De vraag zou kunnen rijzen of de huurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder aan andere regels onderhevig is dan de huurovereenkomst tussen de zorgaanbieder en de bewoner. Het beschermingskarakter dat de wettelijke regeling van huur en verhuur van woonruimte kenmerkt zal al snel met zich meebrengen dat op de huurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder hetzelfde huurregime van toepassing is als op de overeenkomsten tussen de zorgaanbieder en zijn bewoners. In dit verband wijs ik op artikel 7: 269 lid 1 BW dat bepaalt dat de onderhuur die betrekking heeft op een zelfstandige woning waar de onderhuurder zijn hoofdverblijf heeft, in geval van beëindiging van de huur tussen huurder en verhuurder, wordt voortgezet

door de verhuurder. Beëindiging van de huurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder leidt er dan toe dat de woningcorporatie treedt in de positie van de zorgaanbieder, waarbij de bewoner huurder wordt van de woningcorporatie. Om te verhinderen dat het zorgdeel in de lucht komt te hangen is het van belang een dergelijke situatie af te dekken in de huurovereenkomst tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder en in de huur-/zorgverleningsovereenkomst tussen de zorgaanbieder en de bewoner.

## VARIANT B

Ook in deze variant zullen tussen de woningcorporatie en de zorgaanbieder afspraken moeten worden gemaakt. Een en ander afhankelijk van de door Eric Janssen benoemde deelvarianten (volledige keuzevrijheid, zorgloket, preferred provider en exclusiviteit en koppelverkoop).

Zowel in variant A als in variant B is het veelal zo dat de zorginfrastructuur is bekostigd door de zorgaanbieder. In een dergelijk geval is het van belang dat de woningcorporatie en de zorgaanbieder over zeggenschap over en gebruik van de zorginfrastructuur goede afspraken maken. In de kern zullen deze er op neer moeten komen dat de zorgaanbieder exclusief over de zorginfrastructuur kan beschikken voor het leveren van zorgdiensten. Dit ook om de oorspronkelijke zorgaanbieder de mogelijkheid te geven een vergoeding te bedingen voor het gebruik van “zijn” zorginfrastructuur, indien een bewoner zou (kunnen) kiezen voor een andere zorgaanbieder.

Dat gekozen kan worden voor een andere zorgaanbieder is geenszins theorie en dan niet vanwege mededingingsrechtelijke aspecten maar vanwege de wettelijke regeling van de overeenkomst van opdracht. De overeenkomst waarbij een bewoner van een zorgaanbieder diensten afneemt valt onder de definitie van opdracht in artikel 7:400 lid 1 BW. De bewoner is daarbij de opdrachtgever en de zorgaanbieder de opdrachtnemer. De opdrachtgever (artikel 7:408 lid 1 BW) is te allen tijde bevoegd de overeenkomst op te zeggen. Ten nadele van de niet-

professionele opdrachtgever (en daarvan spreken we hier) kan van deze bepaling niet worden afgeweken (artikel 7:413 lid 2 BW). Verder bepaalt artikel 7:408 lid 3 dat de niet-professionele opdrachtgever ter zake van een opzegging geen schadevergoeding is verschuldigd. Deze dwingendrechtelijke regeling kan de koppeling tussen huur en zorg dus doorbreken. Een zekere mate van koppeling van huur en zorg ligt in variant B voor de hand en is in de deelvariant exclusiviteit en koppelverkoop zelfs een must. Om die koppeling zoveel mogelijk te verzekeren is het van belang dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging aan te wijzen is en dat deze rechtvaardiging in de zorgverleenovereenkomst wordt benoemd.

## Slot

Aan de samenwerking tussen zorginstellingen en woningcorporaties zitten haken en ogen op tal van terreinen. Standaardoplossingen zijn er niet omdat iedere samenwerking eigen specifieke kenmerken heeft en plaatsvindt binnen een lang niet altijd vergelijkbare marktsituatie. Staat mededingingsrechtelijk het licht op groen dan is het nog geen vrij baan. Pas als positie van en verhouding tussen woningcorporatie, zorgaanbieder, huurder en zorgafnemer zijn bepaald en vastgelegd, kan er worden opgetrokken.

Nijmegen, november 2006  
mr. F.J.P. Delissen

