

Juridische aandachtspunten van flexwonen



Volgens cijfers van het Expertisecentrum Flexwonen zijn er in Nederland zo'n anderhalf miljoen huishoudens die behoefte hebben aan flexwonen, maar zou de woningmarkt er nog niet aan gewend zijn om te voorzien in deze behoefte.¹ Dat er grote behoefte bestaat aan flexibele en tijdelijke huisvesting als aanvulling op de reguliere huisvesting, erkennen ook het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en de landelijke branchevereniging van woningcorporaties Aedes. In september 2020 maakten zij afspraken over de bouw van 10 000 flexwoningen in twee jaar. Op 22 februari 2021 heeft Aedes daarnaast een brochure uitgebracht over het bouwen van tijdelijke verplaatsbare woningen, waaruit onder meer volgt dat maar liefst 10% van de door woningcorporaties gerealiseerde woningen tussen 2017 en 2020 verplaatsbare (tijdelijke) woningen betrof.² Ook wij merken dat het onderwerp in de praktijk ontzettend leeft. Vandaar dat wij in dit artikel nader ingaan op flexwonen en de (privaatrechtelijke) vastgoedgerelateerde aspecten daarvan, waarbij ook verschillende specifieke aandachtspunten voor gemeenten, marktpartijen en woningcorporaties aan bod komen.³

1. Wat is flexwonen?

Een bekend voorbeeld van flexwonen is het fenomeen *tiny houses*. Dit zijn vaak kleine, duurzame en vrijstaande woningen met een beperkt vloeroppervlak (vaak rond de 50 m²) waarin permanent wordt gewoond (en die dus niet zijn bedoeld als recreatiewoningen).⁴ Flexwoningen kennen echter nog veel andere verschijningsvormen, bij-

voorbeeld voor studenten, vluchtelingen die asiel krijgen in Nederland of mantelzorgers die iemand bijstaan en daar tijdelijk bij in de buurt willen zijn.⁵ Aedes geeft in haar brochure aan dat de verplaatsbare (flex)woningen in de praktijk daarnaast ook worden verhuurd aan reguliere huurders (geen spoedzoekers).⁶ Minister Ollongren van het Ministerie van BZK definieert flexwonen als volgt:

‘Met flexwonen wordt bedoeld op verschillende soorten tijdelijke woonoplossingen. Kenmerkend is het tijdelijk karakter van tenminste één van de volgende aspecten: de woning zelf, de bewoning (via het gebruik van een tijdelijk huurcontract) of het tijdelijk gebruik van de locatie waarop een woning wordt geplaatst. Het gaat meestal om woningen van bescheiden omvang die zowel via transformatie als door nieuwbouw kunnen worden gerealiseerd.

De woningen worden vaak gedeeltelijk of geheel in de fabriek ‘gebouwd’ en zijn makkelijk verplaatsbaar, stapelbaar, schakelbaar of splitsbaar. De woningvoorraad kan daardoor relatief snel worden uitgebreid, temeer omdat er ook locaties of gebouwen kunnen worden benut waar in eerste instantie geen woonbestemming op rust. Bijvoorbeeld een oude gevangenis die voorafgaand aan de geplande sloop nog een aantal jaar wordt gebruikt voor studentenhuisvesting. Ook valt te denken aan het (met een prefab interieur) voor (tijdelijke) bewoning geschikt maken van een niet meer gebruikte school of een leegstaand kantoorgebouw voor de gecombineerde huisvesting van starters en statushouders. Modules en units die tijdelijk worden geplaatst op braakliggend terrein zijn ook een vorm van flexwonen.⁷

Wanneer een gemeente, marktpartij of woningcorporatie in deze (toenemende) behoefte wil voorzien, is het natuurlijk de vraag hoe dit (juridisch) het beste vorm kan worden gegeven. Van belang is immers dat – indien nodig – op (zeer) korte termijn geschikte woonruimte kan worden aangeboden waar vervolgens ook weer flexibel mee kan

* Mr. E.A. van de Kuilen-Stap, mr. K. Meijering en mr. M.J. Verbaken zijn allen werkzaam als advocaat bij AKD N.V. Met dank aan hun kantoorgenoot mr. M.R.C.G.L. Fechner voor zijn waardevolle input.

1. flexwonen.nl.

2. Aedes, brochure verplaatsbare woningen bouwen, februari 2021, p. 5.

3. Bestuursrechtelijke aspecten komen in dit artikel niet aan bod. Daarnaast doelen wij in dit artikel met flexwoningen steeds op onroerende zaken in de zin van art. 3:3 BW. In de praktijk is nogal eens discussie over dit onderwerp. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 22 januari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:173, waarin het hof oordeelde in r.o. 3.5.6 dat het er daarbij om gaat of een gebouw door zijn naar buiten toe blijvende aard en inrichting op een willekeurige derde overkomt als een duurzaam met de grond verenigd en dus een onroerend gebouw.

4. tinyhousenederland.nl/ik-wil-tiny/wat-zijn-tiny-houses.

5. flexwonen.nl/category/alle-flexwoners.

6. Aedes, brochure verplaatsbare woningen bouwen, februari 2021, p. 7.

7. *Kamerstukken II* 2018/19, 32847, nr. 521, p. 3.

worden omgegaan bij veranderende omstandigheden. Deze aspecten van flexwonen maken dat reguliere juridische constructies, bijvoorbeeld (ver)huur, aan de voorkant net wat meer aandacht behoeven om eventuele problemen in een later stadium te voorkomen. Daarnaast gaan wij in par. 2.2 nader in op een amendement dat op 10 maart 2021 door de Tweede Kamer is aangenomen, waarmee (kort gezegd) een nieuwe opzeggingsmogelijkheid voor huur van woonruimte wordt gecreëerd in het kader van flexwonen.⁸

Aan de andere kant willen alle betrokkenen hoogstwaarschijnlijk wel enige zekerheid hebben over de toekomst. Dit geldt natuurlijk in het bijzonder voor de bewoners. Daarnaast dienen dergelijke projecten financieel wel haalbaar te zijn en blijven voor een gemeente, marktpartij of woningcorporatie.

2. Mogelijke constructies

Hierna zetten wij vier mogelijke constructies uiteen die gebruikt kunnen worden om flexwoningen te realiseren, te weten (par. 2.1) bruikleen, (par. 2.2) huur, (par. 2.3) een combinatie van bruikleen en huur en (par. 2.4) erfpacht.

2.1. Bruikleen

Een eerste mogelijkheid is dat flexwoningen worden gerealiseerd op basis van een bruikleenovereenkomst. Een partij geeft de (onbebouwde) grond in dat geval bijvoorbeeld in bruikleen aan een andere partij, die deze grond vervolgens in onderbruikleen geeft aan de bewoners (de flexwoningers). Het is uiteraard ook mogelijk dat reeds bestaande flexwoningen onderwerp zijn van de bruikleenovereenkomst. In tegenstelling tot huur, bestaan bij bruikleen geen noemenswaardige juridische verschillen tussen het in bruikleen geven van grond of een woning.

Bij bruikleen geeft de uitlener aan de bruiklener een zaak in gebruik 'om niet', onder de voorwaarde dat de bruiklener deze zaak teruggeeft op het tijdstip dat uit de bruikleenovereenkomst of de wet voortvloeit.⁹ Dat de zaak 'om niet' in gebruik wordt gegeven, betekent dat de bruiklener geen (daadwerkelijke) tegenprestatie doet in ruil voor het gebruik van de zaak. Ook als de vergoeding wel een geldbedrag betreft maar slechts een symbolisch karakter heeft (in die zin dat deze van elke reële betekenis is ontbloot¹⁰), kan sprake zijn van bruikleen. Dit betekent dat de kosten voor het gebruik en het normale onderhoud van het geleende voor rekening komen van de bruikle-

ner.¹¹ Er kan enkel een vergoeding worden gevraagd voor gemaakte (on)kosten, zijnde bijvoorbeeld een gebruiksvergoeding ter dekking van exploitatiekosten¹², een bemiddelingsvergoeding¹³ en onkosten voor het behoud en bewoonbaar houden van een woning (bij bruikleen van een woning)¹⁴.

2.1.1. Aandachtspunten

Een belangrijk voordeel van bruikleen, in ieder geval voor de uitlener, is dat er bij bruikleen veel ruimte is om zelf afspraken te maken over het einde van het gebruik en de ontruiming (stermijn) van het geleende.¹⁵ De bruiklener heeft hier dan ook een minder sterke positie dan bij bijvoorbeeld huur (waarover later meer). Dit biedt natuurlijk mogelijkheden om zo flexibel mogelijk om te gaan met het in gebruik geven van de grond of de flexwoningen. De vraag is natuurlijk wel hoe wenselijk het is dat de bewoners in dat geval weinig zekerheid hebben over de beschikbaarheid van hun woonruimte, zeker in het geval van (niet-gereguleerde) private bruikleen zonder inmenging van de overheid.

Een aandachtspunt is dat de uitlener te allen tijde dient te voorkomen dat aan het in gebruik geven van de zaak (de grond of flexwoningen zelf) geen tegenprestatie door de bruiklener is verbonden. Indien de vergoeding die de bewoners betalen wel wordt aangemerkt als een tegenprestatie voor het gebruik van de grond of flexwoningen, loopt men het risico dat de bruikleen van kleur verschieft naar huur, ongeacht de naam die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven.¹⁶ Dit onderscheid is van groot belang. Indien een dergelijke overeenkomst toch moet worden aangemerkt als een huurovereenkomst, is immers het huurregime (in het bijzonder de beschermingsregels die daaruit voortvloeien voor de huurder) daarop van toepassing.¹⁷

Desondanks zijn er nog wel andere manieren voor de uitlener om inkomsten te genereren, bijvoorbeeld door de hiervoor beschreven vergoeding vanwege 'gemaakte kosten' en door hetgeen door de bewoners (uit hoofde van bijvoorbeeld een aannemingsovereenkomst) wordt betaald voor de bouw (niet zijnde het gebruik) van de flexwoningen.

Het is dus niet zo dat het voor partijen onmogelijk is om in geval van bruikleen een financieel haalbaar project te realiseren. Aandachtspunt daarbij voor overheden zoals gemeenten is wel dat die ervoor moeten waken dat ze de

8. *Kamerstukken II 2020/21*, 35517, nr. 50. Dit amendement is verwerkt in het wetsvoorstel 'Wijziging van de Woningwet naar aanleiding van de evaluatie van de herziene Woningwet (35517)' dat nu bij de Eerste Kamer ligt.

9. Art. 7A:1777 BW.

10. HR 23 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1131, r.o. 2.5.4.

11. Art. 7A:1785 BW.

12. Rb. Den Haag 22 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:566, r.o. 5.8, waarin 'beheer, communicatie, incasso, 24 uur bereikbaarheidsdienst, administratie, acquisitie, onderhoud en overhead' werden aangemerkt als exploitatiekosten.

13. Hof Amsterdam 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1801, r.o. 3.2.2.

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8369, r.o. 6.4.

15. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2712, r.o. 3.21.

16. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 14 april 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:741, r.o. 7.1.

17. Mocht discussie ontstaan over de aard van de vergoeding, is het van belang deze goed te kunnen onderbouwen. Wordt onvoldoende inzicht geboden in de berekening van de maandelijkse vergoeding, dan kan dat immers leiden tot het vermoeden dat het gaat om een vergoeding voor het gebruik van het object, zodat alsnog sprake is van huur. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6023.

marktpartij een niet-marktconform voordeel laten genieten van deze constructie. In dat geval kan er immers een risico zijn op (ongeoorloofde) staatssteun. Dit kan kort gezegd worden voorkomen door het (niet-marktconforme) voordeel ‘door te leggen’ naar de (uiteindelijke) bewoners van de flexwoningen.¹⁸

2.2. Huur

Een andere mogelijke constructie is die van huur, waarbij de eigenaar de (onbebouwde) grond¹⁹ of de flexwoningen verhuurt aan een marktpartij of woningcorporatie, die het op haar beurt onderverhuurt aan de bewoners.²⁰ Huur vertoont gelijkenissen met bruikleen, met het grote verschil, zoals aangegeven, dat bij huur wél een financiële tegenprestatie wordt gevraagd voor het gebruik van de grond of de flexwoningen.²¹

2.2.1. Aandachtspunten

Dit is meteen het grote voordeel van huur. Op deze manier is het immers goed mogelijk om een financieel haalbaar project te realiseren. Een ander voordeel voor woningcorporaties is de vrijstelling van de verhuurderheffing waar zij op dit moment (onder bepaalde voorwaarden²²) aanspraak op kunnen maken voor tijdelijke en flexibele woningen (waarvoor de gemeente een omgevingsvergunning voor een aflopende activiteit heeft afgegeven van maximaal vijftien jaar). Deze vrijstelling geldt voor zowel nieuwbouw als voor verbouw van bestaand vastgoed met een niet-woonfunctie naar tijdelijke (sociale) huurwoningen.²³

Een aandachtspunt bij huur is dat een huurder (in het bijzonder bij huur van woonruimte) in de regel veel bescherming geniet, waardoor het lastig is om flexibel om te gaan met het verhuren van de woningen als bijvoorbeeld de plannen voor het desbetreffende stuk grond in de loop van de tijd zijn gewijzigd. De mate van huurbescherming is afhankelijk van het type huur. Binnen het

huurrecht worden verschillende vormen onderscheiden, waaronder huur van woonruimte²⁴, huur van bedrijfsruimte²⁵, huur van overige bedrijfsruimte²⁶ en de restcategorie van overige huur (zoals de huur van onbebouwde grond)²⁷. De vraag wat er precies wordt gehuurd, en dus welk regime van toepassing is, wordt beantwoord aan de hand van wat partijen omtrent het gebruik voor ogen stond.²⁸ Kort gezegd, is de huurbescherming het sterkst bij de huur van woonruimte en het minst sterk bij huur van onbebouwde grond.

Een belangrijk verschil tussen de verschillende typen huur is de wijze van beëindiging van de huurovereenkomst. In tegenstelling tot bij huur van onbebouwde grond, dient de verhuurder in het geval hij een huurovereenkomst voor woonruimte tussentijds wenst op te zeggen daarbij – op straffe van nietigheid van de opzegging – in beginsel²⁹ altijd een van de wettelijke opzeggingsgronden te vermelden, zoals ‘slecht huurderschap’ of ‘dringend eigen gebruik’.³⁰

Zoals in de inleiding al aangehaald, is op 10 maart 2021 door de Tweede Kamer een amendement aangenomen dat regelt dat art. 7:274 lid 1 BW wordt uitgebreid met een specifieke regeling voor flexwoningen door een opzeggingsgrond toe te voegen aan dit artikel. Daarmee kan een huurovereenkomst voor woonruimte rechtsgeldig worden opgezegd tegen het einde van de termijn van de voor die flexwoningen geldende omgevingsvergunningen. Dit doet zich voor wanneer er een omgevingsvergunning voor bepaalde tijd is verleend met een termijn van maximaal vijftien jaar.³¹ Door het verlopen van de termijn van de vergunning moet deze woning aan het einde van de vergunningstermijn in principe worden verwijderd. De verhuurder kan (als deze wetswijziging in werking treedt) ook de huurovereenkomst rechtsgeldig opzeggen tegen het einde van die termijn. Indien de huurder niet akkoord gaat met een opzegging op deze grond, eindigt de huur

18. In dat geval zou kunnen worden verdedigd dat de marktpartij of woningcorporatie hier uiteindelijk geen voordeel van geniet. Om dit risico zoveel mogelijk te beperken, is het aan te raden een taxatie uit te laten voeren naar de marktconforme prijs voor het gebruik van de grond, zodat op basis van een vergelijking met de beoogde gebruiksprijs kan worden beoordeeld of er inderdaad sprake is van staatssteun. Gelet op de beperkte omvang van dit artikel gaan wij hier niet verder op in.

19. Niet zijnde grond die wordt gebruikt ‘ter bedrijfsmatige uitoefening van de landbouw’, in welk geval immers sprake zou zijn van pacht, zie art. 7:311 jo. art. 7:312 BW.

20. Daarbij is het van belang om erop bedacht te zijn dat eventuele financiers van bijvoorbeeld een gemeente of woningcorporatie (zoals banken) formeel gezien (mogelijk) goedkeuring moeten geven voordat er (onder)verhuurd mag worden.

21. Zoals volgt uit art. 7:201 BW.

22. Een woningcorporatie/verhuurder komt hiervoor in aanmerking als zij aan de volgende voorwaarden voldoet: (i) ze is in bezit van meer dan vijftig huurwoningen met een huur niet hoger dan de liberalisatiegrens, (ii) ze moet verhuurderheffing betalen als ze na gebruikmaking van de vrijstelling nog meer dan vijftig huurwoningen heeft waarover heffing moet worden betaald, (iii) de tijdelijke zelfstandige huurwoningen die worden gerealiseerd hebben een huurprijs die niet hoger is dan de liberalisatiegrens, (iv) voor de bouw van of verbouw tot tijdelijke sociale huurwoningen is een vergunning verleend volgens art. 2.23a lid 1 Wabo met een termijn van maximaal vijftien jaar voor een tijdelijk bouwwerk en (v) voor dezelfde woningen is geen aanvraag gedaan (en wordt ook geen aanvraag gedaan) voor de heffingsvermindering RVV Nieuwbouw (2020). Zie rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/rvv/tijdelijke-woningen.

23. rvo.nl/subsidie-en-financieringswijzer/rvv/tijdelijke-woningen.

24. Art. 7:232 e.v. BW.

25. Art. 7:290 e.v. BW.

26. Art. 7:230a BW.

27. Daarbij wordt teruggevallen op art. 7:201-7:231 BW.

28. Zie bijvoorbeeld HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7356, r.o. 3.7.2.

29. Het is natuurlijk ook mogelijk dat de huurder instemt met de aangekondigde huuropzegging en/of dat de huur eindigt met wederzijds goedvinden (huurder en verhuurder komen in afwijking van de huurovereenkomst overeen dat het zal eindigen), maar dit laatste betekent praktisch gezien vaak dat de verhuurder de huurder zal moeten uitkopen.

30. Uit hoofde van art. 7:271 lid 4 jo. art. 7:274 BW.

31. Zoals bedoeld in art. 2.23a lid 1 Wabo.

dan (ook hier) pas na een onherroepelijk gerechtelijk vonnis (uiteraard indien de rechtbank de vordering tot beëindiging van de huur toewijst).³²

Een ander verschil ziet op (eventuele) onderhuur. De huurder van onbebouwde grond is in principe bevoegd om het gehuurde onder te verhuren ('aan een ander in gebruik te geven').³³ Bij huur van woonruimte is de zelfstandige onderhuurbevoegdheid van de huurder echter sterk beperkt. In dat geval is onderverhuur in beginsel immers niet toegestaan, tenzij het gaat om de onderverhuur van een gedeelte van een zelfstandige woning en de huurder zijn hoofdverblijf in het gehuurde heeft.³⁴ In een huurovereenkomst kan bij zowel huur van onbebouwde grond als woonruimte altijd worden afgesproken dat onderhuur wel/niet is toegestaan. Zo bevatten de algemene bepalingen van het in de praktijk veel gebruikte ROZ-model huurcontract standaard het verbod van onderhuur.³⁵

Bij het einde van de hoofdhuurovereenkomst (tussen de hoofdverhuurder en de hoofdhuurder) in het geval van onbebouwde grond, eindigt in principe ook de bevoegdheid tot onderhuur.³⁶ De huurder kan namelijk niet meer rechten overdragen aan de onderhuurder dan hij zelf heeft. Dat is anders indien de hoofdverhuurder daarmee misbruik maakt van bevoegdheid, bijvoorbeeld omdat sprake is van samenspanning tussen hoofdverhuurder en huurder (om de huurovereenkomst met de onderhuurder, in dit geval een bewoner, te beëindigen) of omdat de onderhuurder onevenredig in zijn belangen geraakt wordt.³⁷ Zoals gezegd, geniet een huurder van woonruimte echter ruimere bescherming. Bij het eindigen van de hoofdhuurovereenkomst wordt de (onder)huur in dat geval in beginsel namelijk voortgezet tussen de (eerdere) onderhuurder (de bewoner) en de hoofdverhuurder (de eigenaar), in welk geval de bewoners dus direct zouden gaan huren van de eigenaar.³⁸ Het maakt dan niet uit of die onderhuur bevoegd (met instemming van de verhuurder) of onbevoegd (zonder instemming) is aangegaan. Slechts onder

specifieke voorwaarden kan de eigenaar dan voorkomen dat de huur wordt voortgezet door de onderhurende bewoner.³⁹

Echter, na realisatie van de woningen zou men kunnen debatteren over het van toepassing zijnde huurregime en dan met name de vraag of de hoofdhuurovereenkomst tussen de eigenaar en de marktpartij of woningcorporatie niet 'van kleur is verschoten' naar volledige 'woonruimte' dan wel een gemengde huurovereenkomst.⁴⁰ Stel dat die overeenkomst (ook) wordt aangemerkt als huur van woonruimte, dan spelen voor de marktpartij of woningcorporatie mogelijk ook die (ruime) huurbeschermingsregels een rol.

Het kan voor partijen nog best lastig zijn het regime van huur van woonruimte te voorkomen, zeker wanneer de marktpartij of woningcorporatie de flexwoningen zelf laat bouwen of de bewoners verplicht om de flexwoningen te bouwen. In dat geval is het immers niet eenvoudig om te betogen dat het onderwerp van de huurovereenkomst de grond betreft en niet de flexwoningen. Dit risico kan worden beperkt door huurovereenkomsten van maximaal twee jaar aan te gaan, zodat de huur na ommekomst van die twee jaar van rechtswege kan eindigen zonder dat (onder)huurders huurbescherming genieten.⁴¹ Het sluiten van tijdelijke huurcontracten is bij flexwonen echter alleen toegestaan voor bepaalde doelgroepen, zoals huurders die afkomstig zijn uit maatschappelijke opvang of uit een sociale noodsituatie met een aantoonbaar urgentie huisvestingsbehoefte.⁴²

2.3. Bruikleen en huur

Een andere constructie is om het voorgaande in feite te combineren, waarbij de eigenaar de grond in bruikleen geeft aan de marktpartij, die het vervolgens verhuurt aan de bewoners.

32. Zie art. 7:272 BW.

33. Art. 7:221 BW.

34. Zie art. 7:244 BW.

35. Zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de verhuurder, ROZ-model woonruimte 20 maart 2017.

36. De huurder kan namelijk niet meer rechten overdragen aan de onderhuurder dan hij zelf heeft.

37. Van der Hoek, in: *GS Huurrecht*, art. 7:221 BW.

38. Art. 7:269 BW.

39. Zie art. 7:269 lid 2 BW. Namelijk op de grond dat (sub a) de wederpartij vanuit financieel oogpunt onvoldoende waarborg biedt voor een behoorlijk nakoming van de huur, (sub b) de onderhuur is aangegaan met de kennelijke strekking de onderhuurder de positie van huurder te verschaffen of (sub c) in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede gelet op de inhoud van de huurovereenkomsten die betrekking hebben op soortgelijke woonruimte alsmede op de inhoud van de geëindigde huur tussen hem en de huurder en de inhoud van de voortgezette huurovereenkomst, niet van hem kan worden geleverd dat hij de huur met de wederpartij voortzet.

40. Zie HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9008, NJ 1986/260, m.nt. P.A. Stein (*Zonshofje I*).

41. Zie art. 7:271 lid 1 BW. Op 10 maart 2021 heeft de Tweede Kamer eveneens het amendement *Kamerstukken II 2020/21, 35517*, nr. 50 aangenomen, dat onder meer regelt dat de maximale duur om zelfstandige woonruimte tijdelijk te kunnen verhuren met één jaar wordt verlengd tot maximaal drie jaar. Daarnaast maakt dit amendement het mogelijk om een tijdelijk huurcontract (maximaal) één keer te verlengen, waarbij de (totale) maximumtermijn tevens drie jaar dient te zijn. Ook dit amendement is verwerkt in het wetsvoorstel 'Wijziging van de Woningwet naar aanleiding van de evaluatie van de herziene Woningwet (35517)' dat nu bij de Eerste Kamer ligt. In dit kader wordt specifiek aangegeven dat het de verwachting is dat het flexibeler omgaan met tijdelijke overeenkomsten een uitkomst kan zijn voor bewoners van flexwoningen.

42. Zie art. 48 lid 1 Wovw en art. 22a Regeling toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 (Rtiv).

2.3.1. Aandachtspunten

Het grote voordeel voor de eigenaar is dat de eventuele huur van woonruimte tussen de marktpartij/woningcorporatie en de bewoners in beginsel niet naar haar kan 'doorwerken', in de zin dat de eigenaar verhuurder zou worden na het einde van de overeenkomst tussen haar en de marktpartij.⁴³ Dit zou mogelijk tot gevolg kunnen hebben dat (i) óf de marktpartij met een probleem zit bij opzegging van de bruikleen, omdat zij de grond dient op te leveren maar dit niet kan omdat ze de huurders/bewoners niet zomaar uit de woningen kan krijgen vanwege de geldende huurbescherming, (ii) óf de huurders te maken krijgen met een zekere mindere mate van huurbescherming. De bewoners zouden dan echter kunnen betogen dat de eigenaar in dat geval misbruik maakt van haar bevoegdheid door ontruiming van de grond te vorderen, aangezien dit waarschijnlijk een constructie is met als doel om de bewoners huurbescherming te ontzeggen.⁴⁴ Een dergelijk risico zou kunnen worden beperkt door de bewoners vooraf goed te informeren over de situatie en hun juridische positie daarin.⁴⁵

Ook is het aannemelijk dat de overeenkomst tussen de eigenaar en de marktpartij bij deze constructie niet van kleur kan verschieten, zoals bij een volledige huurconstructie wel het geval kan zijn. Daarvoor zou immers vereist zijn dat er een huurovereenkomst zou bestaan tussen de eigenaar en de marktpartij, hetgeen bij deze constructie dus echter een bruikleenovereenkomst is. Voor de sociale verhuurder geldt natuurlijk net als bij huur (par. 2.2) dat onder voorwaarden aanspraak kan worden gemaakt op de vrijstelling van de verhuurderheffing (indien zij belastingplichtig is voor de verhuurderheffing) en dat zij huurinkomsten kan genereren.⁴⁶

2.4. Erfpacht

In de praktijk zien wij regelmatig dat partijen bij het realiseren van flexwoningen opteren voor erfpacht, waarbij een eigenaar haar grond in erfpacht geeft aan een marktpartij, die het vervolgens verhuurt dan wel in ondererfpacht uitgeeft aan de bewoners.

Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft om een onroerende zaak van een ander te houden en te gebruiken.⁴⁷ In tegenstelling tot het recht van opstal, voorkomt erfpacht niet dat onroerende zaken

worden nagetrokken en daarmee eigendom worden van de grondeigenaar. In de akte van vestiging van het recht van erfpacht kan aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd om aan de eigenaar een (al dan niet periodieke) betaling, de canon, te voldoen.⁴⁸ Partijen zijn vrij om overeen te komen hoe lang de erfpacht duurt, de wet schrijft immers geen minimum aantal jaren voor.⁴⁹

2.4.1. Aandachtspunten

Een voordeel voor een eigenaar kan zijn dat de huurrechtelijke beschermingsregels niet van toepassing zijn in het geval de flexwoningen in ondererfpacht zijn uitgegeven aan de bewoners. Hoewel huur voor de bewoners in de regel natuurlijk meer zekerheid biedt (zoals hiervoor uiteengezet), kan dit natuurlijk nog weleens botsen met de wens om flexibel om te kunnen gaan met het laten bewonen van de flexwoningen. Verder geldt voor (onder)erfpacht dat het in vergelijking met bruikleen gemakkelijker zal zijn voor marktpartijen om een financieel haalbaar project te realiseren door middel van het in rekening brengen van de canon. Echter, ondererfpacht kan bij flexwonen wel op praktische en financiële bezwaren stuiten aangezien zowel bij de vestiging als bij de beëindiging/doorhaling de notaris zal moeten worden ingeschakeld. Dit brengt kosten met zich mee en kan, gelet op het flexibele karakter van flexwonen, relatief vaak nodig zijn.

Het voornaamste nadeel c.q. risico bij erfpacht zit eveneens in de financiële sfeer. Na het einde van de erfpacht heeft de voormalige erfpachter – in de regel – immers recht op vergoeding van de waarde van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen ('de opstallen') die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht, of die van de eigenaar tegen vergoeding van waarde zijn overgenomen. De vergoeding betreft de waarde van de op het moment van het einde van de erfpacht nog aanwezige opstallen.⁵⁰ Dit vergoedingsrecht kent een aantal wettelijke uitzonderingen, waarbij in het kader van flexwonen vooral relevant is dat de erfpachter geen recht heeft op vergoeding indien hij de opstallen niet zelf heeft bekostigd, de erfpacht zelf heeft opgezegd en/of de opstallen onverplicht waren aangebracht en hij ze bij het einde van de erfpacht mocht wegnemen.⁵¹

Bij flexwonen zou de verplichting voor de eigenaar om de voormalige erfpachter bij het einde van de erfpacht te

43. Uit hoofde van art. 7:269 BW, dat in het geval van bruikleen echter niet van toepassing is. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10346, r.o. 5.8.

44. Zie art. 3:13 BW. Een beroep op dit artikel wordt echter niet snel aangenomen. Uit de (spaarzame) jurisprudentie lijkt te kunnen worden afgeleid dat een beroep op misbruik van bevoegdheid om een huurovereenkomst op te zeggen alleen kans van slagen heeft als de opzeggende partij in feite niet de wil heeft om de huurovereenkomst daadwerkelijk te beëindigen en de opzegbevoegdheid dan ook enkel en alleen wordt gebruikt met een ander doel dan waarvoor zij is gegeven. Zie bijvoorbeeld Ktr. Zaandam 13 januari 2000, *Prg.* 2000, 5413 en Hof Amsterdam 24 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI6428.

45. Waarbij het uiteraard wel van belang is om ervoor te waken dat indien een rechter oordeelt dat er sprake is van een huurovereenkomst en de bewoners recht hebben op huurbescherming, de eigenaar dan meteen wanprestatie kan vorderen van de woningcorporatie/marktpartij, want die zal in dat geval immers wanpresteren om de zaak op te leveren zoals aan het begin van de bruikleenovereenkomst.

46. In het kader van het genereren van inkomsten geldt wederom dat moet worden gewaakt voor eventuele staatssteun, die dus niet bij de marktpartij of woningcorporatie zelf maar bij de bewoners terecht dient te komen, zoals eerder uiteengezet.

47. Art. 5:85 lid 1 BW.

48. Art. 5:85 lid 2 BW.

49. Art. 5:86 BW.

50. Art. 5:99 lid 1 BW.

51. Art. 5:99 lid 2 BW.

vergoeden mogelijk kunnen worden voorkomen door in de erfpachtvoorwaarden de verplichting op te nemen dat de erfpachter de flexwoningen vóór het einde van de erfpacht verwijdert. Indien de erfpachter de gebouwen zelf heeft bekostigd en de woningen wel verplicht zijn aangebracht (door middel van een realisatieplicht⁵²), is het echter wel de vraag of een dergelijke voorwaarde door een rechter niet geacht wordt in strijd te zijn met de redelijkheid en billijkheid en/of misbruik van recht oplevert, als gevolg waarvan die voorwaarde ‘als niet geschreven’ dient te worden aangemerkt.

De verplichting tot waardevergoeding zou mogelijk ook kunnen worden voorkomen door in de akte van erfpacht geen verplichting op te nemen voor de erfpachter om de flexwoningen te realiseren. In dat geval zou bij de vestiging van de erfpacht kunnen worden bepaald dat de erfpachter de bevoegdheid, maar niet de verplichting, heeft op de grond een flexwoning te realiseren, als gevolg waarvan de erfpachter deze flexwoning ook mag wegnemen bij het einde van de erfpacht en hij geen recht heeft op vergoeding van de waarde van de bij het einde nog aanwezige opstallen.⁵³ Verder zou de vergoedingsplicht kunnen worden voorkomen als publiekrechtelijk een plicht zou bestaan tot verwijdering van de opstallen vóór het einde van de erfpacht.⁵⁴

Een belangrijk aandachtspunt voor de constructie waarbij de erfpachter (de marktpartij) de op de grond aanwezige flexwoningen vervolgens verhuurt aan de bewoners is dat de erfverpachter (de eigenaar) deze huurovereenkomst in de regel gestand dient te doen bij het einde van de erfpacht.⁵⁵ Een ander aandachtspunt bij erfpacht is de mogelijkheid dat de erfpachter de erfpacht – tegen de zin van de eigenaar – vroegtijdig opzegt (hetgeen overigens in de akte van vestiging van het erfpacht kan worden uitgesloten).⁵⁶

3. Aandachtspunten voor woningcorporaties

Corporaties worden opgeroepen om meer te bouwen en ook om meer flexwoningen te plaatsen. Aedes heeft in de recent gepubliceerde Actieagenda Wonen de ambitie geuit dat corporaties meer flexwoningen gaan realiseren (groei naar minimaal 3500 per jaar).⁵⁷ Volgens Aedes zijn flexwoningen primair geschikt om mensen in acute noodsituaties snel te helpen. Het is wel de bedoeling dat flexwoningen tijdelijke oplossingen zijn in afwachting van een volwaardige woning met een volwaardige bestemming.

Corporaties kunnen met flexwoningen aan de slag, maar het is wel belangrijk dat zij daarbij letten op een aantal aandachtspunten. Uiteraard is het belangrijk dat corporaties binnen de kaders van de Woningwet acteren.

De flexwoningen zullen over het algemeen als DAEB gekwalificeerd worden, nu dit soort woningen onder de liberalisatiegrens worden verhuurd.⁵⁸ Een corporatie mag haar DAEB-activiteiten financieren met borging door het Waarborgfonds Sociale Woningbouw (WSW). Het is echter de vraag of het WSW ook investeringen in flexwoningen zal borgen. In haar Reglement van Deelneming geeft het WSW in bijlage 1 aan welke activiteiten borgbaar zijn. Het is nog niet duidelijk of flexwoningen door het WSW gezien worden als borgbare woongelegenheden/woonwagens.

Een ander punt is nog de verkoop van de flexwoningen. Een flexwoning wordt gezien als een woongelegenheden in de zin van de Woningwet. Van een woning is sprake bij een afzonderlijk gedeelte van een gebouw, welk gedeelte tot bewoning is bestemd, met het daarbij behorende deel van de grond. Een woonwagen, zijnde een voor bewoning bestemd gebouw dat is geplaatst op een standplaats en dat in zijn geheel of in delen kan worden verplaatst, wordt ook gezien als een woongelegenheden in de zin van de Woningwet.⁵⁹

Als een corporatie een woongelegenheden wil verkopen, heeft zij daarvoor in beginsel de toestemming van de Autoriteit Woningcorporaties (Aw) nodig.⁶⁰ Toestemming is niet vereist bij verkoop aan een natuurlijk persoon voor eigen bewoning bij een minimale prijs. Als je de tijdelijke woning na gebruik verkoopt aan een andere investeerder, is toestemming echter wel vereist. Dit betekent onder meer dat de flexwoning getaxeerd moet worden, dat de investeerder minimaal de getaxeerde waarde voldoet, maar ook dat de flexwoning is aangeboden conform de geldende aanbiedingsplichten. Een alternatief is om ervoor te zorgen dat een flexwoning niet meer wordt gezien als een woongelegenheden, bijvoorbeeld door een tijdelijke woning dusdanig te demonteren dat niet meer over een woning kan worden gesproken.

4. Conclusie

De hiervoor besproken vier mogelijke constructies om flexwoningen te realiseren kennen ieder hun eigen (potentiële) risico's en voordelen. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval dient dan ook steeds te worden bekeken welke optie het beste past in de gegeven situatie. Aandachtspunten daarbij zijn vooral de mate

52. In het geval de gemeente een verplichting oplegt om de woningen te realiseren, is het overigens wel de vraag of de erfpachttuitgifte van de grond niet kwalificeert als een aanbestedingsplichtige opdracht, met als gevolg dat een aanbestedingsprocedure dient te worden opgezet. In dit artikel gaan wij daar niet nader op in.

53. Dit zou goed aansluiten bij art. 5:99 lid 2 BW.

54. Bijvoorbeeld uit hoofde van een omgevingsvergunning tijdelijk afwijken. In dat geval zou bij het einde van de erfpacht immers geen opstal meer aanwezig (kunnen) zijn en dus ook geen plicht tot waardevergoeding.

55. Zie art. 5:94 BW.

56. Art. 5:87 BW.

57. Aedes, Actieagenda wonen, 17 februari 2021.

58. Art. 47 Wonw. De liberalisatiegrens bedraagt € 752,33 (prijspeil 2021).

59. Art. 1 Wonw.

60. Art. 27 Wonw.

waarin de constructie/contractuele relatie tijdelijk kan worden aangegaan (en/of tussentijds kan worden beëindigd) en de financiële consequenties die eraan verbonden zijn.

Zo hebben partijen bij bruikleen en erfpacht veel ruimte om afspraken te maken over het einde van het gebruik of de erfpacht, met als logische consequentie dat de flexwoner (wettelijk) minder goed wordt beschermd dan bijvoorbeeld een huurder van woonruimte. In de praktijk worden deze (vergaande) huurbeschermingsregels nogal eens als struikelblok ervaren om een huurconstructie op te tuigen. Wellicht dat het hiervoor besproken amendement, dat voorziet in een extra opzeggingsmogelijkheid bij huurovereenkomsten in het geval van flexwonen, hier verandering in brengt.

De financiële mogelijkheden/gevolgen zijn bij bruikleen en erfpacht wel anders. Bij erfpacht zal het in de regel immers makkelijker zijn voor marktpartijen om een financieel haalbaar project te realiseren doordat de canon in rekening kan worden gebracht bij de erfpachter, terwijl bij bruikleen enkel een vergoeding voor gemaakte (on)kosten is toegestaan. Worden ook kosten in rekening gebracht voor het gebruik van de zaak, dan zal sprake zijn van huur. In het geval van huur zal de financiële haalbaarheid van een project dan ook sneller gewaarborgd zijn. Bovendien geldt voor woningcorporaties dat zij op dit moment onder bepaalde voorwaarden aanspraak kunnen maken op de vrijstelling van de verhuurderheffing voor tijdelijke en flexibele woningen.

Het voornaamste risico bij erfpacht is echter eveneens van financiële aard, aangezien de voormalige erfpachter in beginsel recht heeft op een waardevergoeding van de bij het einde van de erfpacht nog aanwezige opstallen. Dit risico zou onder meer kunnen worden ondervangen als bijvoorbeeld uit hoofde van een omgevingsvergunning om tijdelijk van het bestemmingsplan af te mogen wijken een (publiekrechtelijke) plicht zou bestaan tot verwijdering van de opstallen vóór het einde van de erfpacht.

Andere noemenswaardige aandachtspunten bij erfpacht zijn de mogelijkheid dat de erfpachter de erfpacht tussentijds en eenzijdig opzegt en dat in het geval de erfpachter (de marktpartij) de op de grond aanwezige flexwoningen vervolgens (met toestemming van de erfverpachter) verhuurt aan de bewoners, de erfverpachter (de eigenaar) deze huurovereenkomst in de regel gestand dient te doen bij het einde van de erfpacht.

Wij kunnen ons voorstellen dat een en ander consequenties heeft voor de (financiële) haalbaarheid van de realisatie van een project. Het is dan ook van belang om daaraan voorafgaand goed bedacht te zijn op de wensen en risico's van een bepaald project, om zo eventuele onduidelijkheden in een later stadium te voorkomen. Bezint eer ge begint is ook hier weer het adagium.