

MEMO

aan : Gemeente Oudewater
t.a.v. [REDACTED]
van : [REDACTED]
datum: : 3 april 2023
ons dossier: : Gemeente Oudewater/Koopgarant Oranje Bolwerck
inzake: : Advies diverse onderdelen Koopgarantregeling

I. Inleiding

1. De gemeente Oudewater heeft op 2 maart 2021 een 'ontwikkelingsovereenkomst Oranje Bolwerck' gesloten met G.Z. Beheer en Exploitatiemaatschappij B.V. ("GZ") waarbij 10 appartementen aan de Gemeente zijn verkocht. Voor de aankoop van deze appartementen is door de gemeenteraad van de Gemeente (de "Gemeenteraad") een krediet beschikbaar gesteld.¹ Via de toepassing van de Koopgarantregeling is nu het doel van de Gemeente om conform de opdracht van de Gemeenteraad deze aangekochte appartementen zo lang mogelijk beschikbaar te houden voor een specifieke doelgroep, te weten starters uit of met een (economische) binding aan de Gemeente. 'KoopGarant' is een door de stichting OpMaat ("Opmaat") in het leven geroepen concept voor de verkoop van starterswoningen.² Met de toepassing van de Koopgarantregeling wil de Gemeente invulling "*geven aan de gemeentelijke wens en ambitie om woningen langjarig beschikbaar te houden in het 'goedkope' koopsegment voor Oudewaterenaren*".³
2. Deze Koopgarantregeling komt op hoofdlijnen op het volgende neer. De koper van een KoopGarant-woning krijgt een korting op een door een onafhankelijke taxateur vastgestelde marktprijs van de betreffende woning. De koper wordt na aankoop eigenaar en op diegene rust een zelfbewoningsplicht. Bij verkoop moet de woning weer worden verkocht aan de partij die de woning heeft verkocht, waarbij de

¹ Raadsbesluit d.d. 4 februari 2021 Oudewater D/21/008078
(<https://gemeenteraad.oudewater.nl/stukken/Besluiten-Gemeenteraad/8-Raadsbesluit-Ontwikkelovereenkomst-Oranje-Bolwerck.pdf>).

² <https://www.opmaat.nl/over-opmaat/organisatie>.

³ Raadbesluit d.d. 29 juni 2022, D/22/063824
(<https://gemeenteraad.oudewater.nl/Vergaderingen/Forum-Ruimte/2022/29-juni/20:00/rv-KoopGarant-gemeente-Oudewater-63824.pdf>).



verkoopprijs de oorspronkelijke koopsom is plus/minus een aandeel in de waardeontwikkeling.⁴

3. Door het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente (het “**College**”) is besloten dat de Koopgarantregeling moet worden vormgegeven door een daarvoor specifiek opgerichte B.V. – waarvan de Gemeente enig aandeelhouder is – die de eigenaar wordt van de appartementen. Deze gemeentelijke B.V. dient de appartementen aan specifieke doelgroepen te verkopen waarbij een *verplichte* terugkoopregeling wordt afgesproken. Achtergrond van deze op afstand geplaatste gemeentelijke B.V. is dat de aan- en verkopen van de appartementen niet via de balans van de Gemeente loopt.
4. Voornemen is daarnaast dat de gemeentesecretaris van de Gemeente directeur-bestuurder wordt van deze B.V. en het College zitting neemt in de raad van commissarissen (“**RvC**”) van deze B.V. Voor het uitvoeren van de Koopgarantregeling doet de Gemeente – vanwege ontbrekende kennis binnen haar organisatie – een beroep op OpMaat. OpMaat kan ook de praktische uitvoering van deze Koopgarantregeling ter hand nemen (tegen een overeengekomen vergoeding).
5. De Gemeente wenst graag over de volgende vijf onderwerpen geadviseerd te worden:
 - (i) De doelgroep. Kan de Gemeente aan de gewenste doelgroep (starters uit de gemeente) de woningen verkopen via de privaatrechtelijke weg van de Koopgarantregeling?
 - (ii) Indien de privaatrechtelijke weg niet open zou staan, kan dan via een bestemmingsplanherziening en de doelgroepenverordening worden bewerkstelligd dat de woningen beschikbaar blijven voor de gewenste doelgroep?
 - (iii) Het Didam-arrest. Wat zijn de consequenties van het Didam-arrest voor deze casus?
 - (iv) Staatssteun. De voorgenomen verkoopprijzen van de appartementen aan starters liggen ver onder de getaxeerde, vrije marktwaarde – is deze korting ‘staatssteun’-proof?
 - (v) De gemeentelijke B.V. Is het raadzaam om voor de (ver)koop van de appartementen een gemeentelijke (vastgoed)vennootschap op te richten?


⁴ Brochure Koopgarantregeling Opmaat 1 februari 2023.



II. **Samenvatting van het advies**

Doorkruising Huisvestingswet 2014


6. De Huisvestingswet 2014 bevat doelbewust geen publiekrechtelijke bevoegdheid voor de gemeenteraad om regels te stellen over de verdeling van koopwoonruimte. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Huisvestingswet 2014 volgt dat de wetgever zo min mogelijk beperkingen heeft willen aanbrengen in de koopmarkt.
7. Aan de hand van de doorkruisingsformule uit het Windmill-arrest dient te worden beoordeeld of een overheid, wanneer haar ter behartiging van bepaalde belangen bij een publiekrechtelijke regeling bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden. Volgens het Brandweerkosten-arrest laat de doorkruisingsformule zich ook toepassen wanneer een publiekrechtelijke bevoegdheid ontbreekt. Daarbij kan worden betrokken dat de wetgever uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad een publiekrechtelijke bevoegdheid uit te sluiten.
8. Uit het Doetinchem-arrest kan worden afgeleid dat een beding dat ertoe strekt de kring van kopers te beperken door eisen te stellen die verband houden met economische of maatschappelijke binding, een beperking opleveren van het recht op vrije vestiging en het eigendomsrecht. Uit het arrest kan worden afgeleid dat zo'n beding een onaanvaardbare doorkruising zou opleveren van de Huisvestingswet. Bij de voorgenomen Koopgarantregeling is geen sprake van een dergelijk beding. De woningzoekenden die de woning kopen, zijn immers niet gehouden om de woning bij verkoop uitsluitend aan te bieden aan woningzoekenden die aan het door de gemeente gewenste profiel voldoen (starters uit Oudewater of met een binding aan Oudewater). Er geldt weliswaar een terugkoopverplichting aan de gemeente, die de kring van kopers beperkt, maar dit is geen regel over woonruimteverdeling. De woonruimteverdeling vindt effectief plaats doordat de gemeente(lijke B.V.) bij verkoop van de woningen uit de groep van potentiële kopers telkens de keuze maakt voor een koper die aan het gewenste profiel voldoet. Wij zien in het licht van het Doetinchem-arrest daarom weinig risico dat de gemeentelijke Koopgarantregeling de Huisvestingswet 2014 onaanvaardbaar doorkruist.
9. Het risico dat een rechter desondanks een onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet 2014 aanneemt, kan niet geheel worden uitsluiten. Hoewel een strijdig beding als bedoeld in het Doetinchem-arrest ontbreekt, kan niet worden



uitgesloten dat een rechter de *constructie* als zodanig, die de gemeente hier wenst toe te passen, als een onaanvaardbare doorkruising zal beschouwen. Het is immers evident dat de gemeente met deze constructie privaatrechtelijk iets beoogt te bewerkstelligen, wat publiekrechtelijk niet is toegestaan, te weten het toewijzen van koopwoningen aan een specifieke doelgroep. De terugkoopverplichting draagt, zij het indirect, bij aan dit doel. Het risico dat er door de kopers of door derden ook daadwerkelijk zal worden geprocedeerd over deze constructie en dat daarbij ook een beroep zal worden gedaan op de doorkruisingsleer, achten wij evenwel niet groot.

Bestemmingsplanherziening en doelgroepenverordening

10. De Wro voorziet in een mogelijkheid om in een bestemmingsplan woningbouwcategorieën aan te wijzen. De categorieën zijn limitatief opgesomd in het Bro en betreffen de categorieën sociale huur, geliberaliseerde middenhuur, sociale koop of particulier opdrachtgeverschap. In een bestemmingsplan mogen daartoe enkel percentages worden opgenomen. In een exploitatieplan kunnen de percentages worden uitgewerkt in locatie-eisen. Op grond van het Bro dienen bij verordening voor sociale koop de instandhoudingstermijn en de doelgroep te worden bepaald.
11. Door de wetgever is inmiddels bevestigd dat het in een doelgroepenverordening opnemen van regels over de toewijzing van sociale koopwoningen in strijd is met de Huisvestingswet 2014. Met een doelgroepenverordening kan derhalve niet worden bewerkstelligd dat de sociale koopwoningen ook daadwerkelijk uitsluitend worden verkocht aan de beoogde doelgroep. De in de doelgroepenverordening opgenomen instandhoudingstermijn van een sociale koopwoning kan wel (bestuursrechtelijk) worden gehandhaafd.
12. Het opnemen van percentages voor woningbouwcategorieën in een bestemmingsplan is alleen van betekenis voor nieuwbouw. Aangezien de woningen in Oranje Bolwerk al zijn vergund en in aanbouw zijn, achten wij het niet mogelijk om nu alsnog met een bestemmingsplanherziening een percentage sociale koop te bestemmen. Bovendien kan met het opnemen van een percentage sociale koopwoningen niet het door de gemeente gewenste doel, te weten het kunnen toewijzen van de woningen aan een specifieke doelgroep, worden bereikt. Ook om die reden is een bestemmingsplanherziening niet zinvol.
13. De doelgroepenverordening Oudewater bevat een aantal bepalingen die niet in overeenstemming zijn met het Bro of waarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt. Wij adviseren om de doelgroepenverordening vóór inwerkingtreding van de Omgevingswet te herzien.

- 
14. In het wetsvoorstel tot wijziging van de Huisvestingswet 2014 is de mogelijkheid tot het instellen van een huisvestingsvergunningenstelsel voor koopwoningen opgenomen. Daarbij zal de gemeenteraad ruimte krijgen om de doelgroep die aanmerking komt voor een huisvestingsvergunning te bepalen. Samen met de huidige opkoopregeling kan worden bewerkstelligd dat de woningen in stand blijven als sociale koopwoning én dat deze alleen worden bewoond door de beoogde doelgroep. Wij geven de gemeente in overweging mee om de koopwoningen in Oranje Bolwerck die zij in eigendom heeft, zodra dit mogelijk is, vrij te geven aan de markt en door middel van een huisvestingsvergunningenstelsel publiekrechtelijk te gaan verzekeren dat deze woningen beschikbaar blijven voor de gewenste doelgroep.

Het Didam-arrest voor deze casus

15. De verkoop van de woningen via de Koopgarantregeling aan specifiek starters (en inwoners met een lager inkomen) uit de Gemeente lijkt op voorhand relatief goed 'Didam'-proof te maken. Daarvoor is wel noodzakelijk dat de Gemeente (a) de vast te stellen criteria op basis waarvan een koper wordt geselecteerd en (b) de vormgeving van de selectieprocedure zeer goed motiveert. De objectieve en toetsbare criteria op basis waarvan een koper wordt geselecteerd zijn naar wij denken, goed vast te stellen. Met name de vraag of sprake is van *redelijke* criteria zal wat meer voeten in de aarde hebben. De Gemeente zal aan de hand van bestaand (en gewenst) beleid rondom de Koopgarantregeling goed moeten motiveren waarom de voorkeur wordt gegeven aan starters binnen haar gemeentegrenzen, temeer omdat de woningen (ver) onder de marktprijs worden aangeboden en derden buiten de gemeentegrenzen zonder meer ook interesse zullen hebben. Als de Gemeente voldoet aan de essentie van het Didam-arrest – het goed motiveren van toegepaste criteria, transparant zijn over criteria en de selectieprocedure en verwijzen naar bestaand (en nieuw) beleid – dan achten wij de kans groot dat de Koopgarantregeling ook bij de rechter in stand zal blijven als een teleurgestelde partij (die niet voldoet aan de gestelde criteria), naar de rechter stapt en een beroep op het Didam-arrest doet.

Staatssteun

16. Van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU is sprake indien een selectief economisch voordeel uit staatsmiddelen en met interstatelijk effect wordt verstrekt aan ondernemingen. In het voorliggende geval komt het voordeel uit de verkoop van appartementen met een lagere marktwaarde ten goede van particulieren, waardoor in de verhouding tussen de gemeentelijke B.V. en de particulieren geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 107 VWEU. Dit geldt tevens bij het terugkopen van de



appartementen door de gemeentelijke B.V. van particulieren voor een niet-marktconforme waarde.

17. Staatssteun kan mogelijk een rol spelen in de verhouding tussen de Gemeente en de gemeentelijke B.V. Het verstrekken van middelen aan de B.V. door de Gemeente kan resulteren in staatssteun, indien de gemeentelijke B.V. op een markt concurreert met andere (commerciële) marktspelers en niet als economische eenheid met de Gemeente wordt gezien. Indien de Gemeente echter een zeggenschapsdeelneming in de gemeentelijke B.V. bezit, en daadwerkelijk zeggenschap uitoefent bijvoorbeeld door zich bezig te houden met het bestuur, vormen de Gemeente en de gemeentelijke B.V. een economische eenheid. In dit laatste geval is geen sprake van staatssteun omdat middelen/gelden die vanuit de Gemeente naar de gemeentelijke B.V. gaan, worden gezien als stromen binnen eenzelfde onderneming. Er is dan geen sprake van een onafhankelijk opererende en concurrerende onderneming op de markt welke wordt beoordeeld ten opzicht van andere marktspelers.
18. Indien in het voorliggende geval geen sprake is van staatssteun, dient rekening gehouden te worden met de Wet M&O. In het voorliggende geval is sprake van een overheid (c.q. Gemeente) welke via een overheidsbedrijf een economische activiteit uitvoert. De Gemeente is daarbij gebonden aan de vier gedragsregels die de Wet M&O voorschrijft, waaronder het bevoordelingsverbod wat de Gemeente verbiedt het overheidsbedrijf te bevoordelen bij het uitvoeren van de economische activiteit. Dit bevoordelingsverbod kan een belemmering zijn bij onder andere het inbrengen van activiteiten in de gemeentelijke B.V.
19. Om te voorkomen dat het bevoordelingsverbod in het voorliggende geval een belemmering vormt, kan mogelijk gebruik gemaakt worden van een algemeen belang besluit. Op grond van een dergelijk besluit wordt de specifieke economische activiteit uitgezonderd van de toepassing van de gedragsregels uit de Wet M&O.

De gemeentelijke B.V.

20. Tegen het hanteren van een gemeentelijke B.V. voor dit project bestaan op zichzelf geen juridische bezwaren. Idealiter zou de Gemeente het werken met de Koopgarantregeling uitbesteden aan een woningcorporatie vanwege de specifieke kennis en ervaring op dat gebied, maar dit blijkt niet mogelijk. Indien de oprichting van een gemeentelijke B.V. politiek-bestuurlijk niet op bezwaren stuit, is oprichting van gemeentelijke B.V. voor de aan- en verkoop van de appartementen, juridisch gezien een goede mogelijkheid. Het komt vaker voor dat een Gemeente – of ander overheidsorgaan zoals een Provincie – onroerend goed aanhoudt via een daartoe




opgerichte vennootschap of via een vennootschap participeert in gebiedsontwikkeling door samenwerking met een projectontwikkelaar.

21. Wat betreft het aspect van aansprakelijkheid geldt dat uitgangspunt is dat indien de vennootschap tekortschiet in de nakoming van verplichtingen of onrechtmatig handelt, enkel de vennootschap aansprakelijk is. Dat laat onverlet dat ook de bestuurder van een vennootschap onder omstandigheden kan worden aangesproken. Bijvoorbeeld indien de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ook de RvC van een vennootschap kan onder omstandigheden aansprakelijk worden gehouden. De drempel voor aansprakelijkheid van bestuursleden en/of de RvC ligt echter vrij hoog. De Gemeente zelf kan als aandeelhouder in beginsel niet aansprakelijk worden gehouden, althans dat is uitgangspunt. Ook hiervoor geldt evenwel dat een aandeelhouder onder bijzondere omstandigheden wel aansprakelijk kan zijn. In dit geval zou dat kunnen vanwege de hechte concernstructuur/verwevenheid tussen de Gemeente en de vennootschap, waarbij de Gemeente de macht heeft om in te grijpen én de Gemeente zich actief heeft bemoeid met het beleid van de vennootschap.
22. De conclusie is dat aan deze inrichtingsvorm dus wel risico's verbonden zijn voor de Gemeente. Van belang is evenwel dat een dergelijk aansprakelijkheidsgevaar ook aanwezig is indien wordt gekozen voor een andere inrichtingsvorm waarbij de Gemeente een actieve rol speelt en nauw betrokken is bij de aan- en verkoop van de appartementen.
23. De samenwerking met OpMaat kan worden vormgegeven middels contractuele afspraken tussen de vennootschap en OpMaat en door het opstellen van beleidsregels ter zake van de Koopgarantregeling. Juridisch gezien bestaan geen beletselen dat de vennootschap de appartementen koopt van de Gemeente en oprichting van de vennootschap kan plaatsvinden nadat de Gemeenteraad de gelegenheid heeft gekregen om wensen en bedenkingen te uiten.

III. Doorkruising Huisvestingswet 2014

24. De koopgarantregeling houdt in dat de gemeente, al dan niet via een B.V. of een andere rechtspersoon, woningen die haar in eigendom toekomen, slechts aan een bepaald doelgroep verkoopt, te weten starters afkomstig uit Oudewater of met een sociale of economische binding met Oudewater. Door middel van verkoop bewerkstelligt de gemeente feitelijk dat deze woning enkel in eigendom kunnen raken van personen in een specifieke doelgroep. Personen die geen deel uitmaken van de doelgroep kunnen dus bij voorbaat de woning nooit toegewezen krijgen. Ons is



gevraagd uit een te zetten in hoeverre het toelaatbaar is dat de gemeente haar privaatrechtelijke bevoegdheid inzet om een publiekrechtelijke doelstelling (woonruimteverdeling van koopwoningen) te bereiken. De publiekrechtelijke regels voor de verdeling van woonruimte zijn opgenomen in de Huisvestingswet 2014. Zoals hierna zal blijken heeft de wetgever blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de Huisvestingswet 2014 gemeenten doelbewust *niet* de publiekrechtelijke bevoegdheid willen geven om regels te stellen over de toewijzing van (sociale) koopwoningen aan bepaalde groepen. De wetgever heeft overheidsbemoeienis in de kopersmarkt vanuit het motief van woonruimteverdeling willen uitsluiten.


Huisvestingswet 2014

25. De Huisvestingswet 2014 is in werking getreden op 1 januari 2015. De wet vervangt de oude Huisvestingswet uit 1992. De Huisvestingswet 2014 biedt gemeenten primair bevoegdheden tot regulering van de woonruimteverdeling en de samenstelling van de woonvoorraad. Blijkens de memorie van toelichting maken de bevoegdheden in de Huisvestingswet 2014 omtrent de verdeling van woonruimte inbreuk op het recht van vrijheid van vestiging en het eigendomsrecht. Als uitgangspunt heeft de keuzevrijheid van woningzoekenden te gelden. Die moeten zelf kunnen kiezen waar ze willen wonen. De bevoegdheden moeten daarom niet lichtvaardig kunnen worden toegepast. Er moet een aantoonbare noodzaak voor die toepassing zijn. De gemeenteraad kan deze bevoegdheden daarom slechts gebruiken als dat noodzakelijk en geschikt is voor de bestrijding van onevenwichtigheid en onrechtvaardige effecten van schaarste aan goedkope woonruimte of voor de bevordering van de leefbaarheid en tevens is voldaan aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Het moet daarbij altijd gaan om het goedkope deel van de woonruimtevoorraad.⁵
26. Artikel 4 van de Huisvestingswet 2014 biedt gemeenteraden de bevoegdheid tot het vaststellen van een huisvestingsverordening. Deze bepaling luidt als volgt:

Artikel 4

1. De gemeenteraad kan uitsluitend bij verordening voor de duur van ten hoogste vier jaar regels geven met betrekking tot:
 - a. het in gebruik nemen of geven van woonruimte, en
 - b. wijzigingen in de bestaande woonruimtevoorraad.
2. Het eerste lid is ten aanzien van het kunnen geven van regels met betrekking tot het in gebruik nemen of geven van voor verkoop bestemde woonruimte slechts

⁵ Kamerstukken II 2009/2010, 32 271, nr. 3, p. 42. Deze uitgangspunten zijn vertaald in artikel 2 van Huisvestingswet 2014.



van toepassing op de gemeenten Ameland, Schiermonnikoog, Terschelling, Texel en Vlieland.


27. Artikel 4 biedt de bevoegdheid in een huisvestingsverordening regels te stellen over het in gebruik geven of nemen van woonruimte en daaraan een vergunningplicht te koppelen. Het mag daarbij echter alleen gaan om *huur*woonruimte. Dit volgt uit het feit dat in artikel 4, lid 2, staat dat het stellen van regels over het in gebruik nemen of geven van *koop*woningen alleen op de Waddeneilanden is toegestaan. Daarbuiten mag dit op grond van de Huisvestingswet 2014 dus niet. Uit de tekst van de Huisvestingswet 2014 kan dus, behalve op de Waddeneilanden, geen bevoegdheid worden ontleend om in een huisvestingsverordening regels te stellen over het in gebruik geven of nemen van koopwoningen. Dat artikel 4 geen bevoegdheid biedt regels te stellen over het in gebruik geven of nemen van koopwoonruimte, volgt ook uit rechtspraak van de Afdeling⁶.
28. De tekst van de Huisvestingswet 2014 is bij de totstandkoming van de wet gaandeweg veranderd. Uit de tekst bij het oorspronkelijke wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting kan worden afgeleid dat het aanvankelijk wél de bedoeling was in de Huisvestingswet 2014 een bevoegdheid op te nemen voor gemeenteraden om het in gebruik nemen en geven van goedkope koopwoningen te reguleren. Deze bevoegdheid is echter blijkens de derde nota van wijziging uitdrukkelijk geschrapt uit het voorstel. In de toelichting bij deze derde nota van wijziging⁷ staat hierover:

"Met deze nota van wijziging wordt voorgesteld het niet langer mogelijk te maken dat koopwoningen en bouw kavels onder de woonruimteverdeling gebracht worden. De overwegingen voor deze wijzigingen zijn deels principieel van aard en deels ingegeven door de ontwikkelingen op de koopwoningmarkt van de laatste jaren.

In de praktijk van gemeenten spelen meerdere motieven een rol om koopwoningen of de uitgifte van kavels onder de woonruimteverdeling te brengen. In bepaalde gemeenten bestaat de vrees dat een deel van de te koop komende woningen wordt gekocht door huishoudens die niet van plan zijn zich duurzaam te vestigen in de betreffende gemeente, maar de woning zullen gebruiken als een tweede woning of recreatiewoning. Om dit te voorkomen bestaan echter andere wettelijke instrumenten. Zo is het mogelijk om het gebied waar de woning staat in de bestemmingsplannen een woonfunctie te geven. Hierdoor is het gebruik als recreatiewoning niet toegestaan. Ook kan op basis van de Huisvestingswet een onttrekkingsvergunning worden ingesteld om een woning te mogen gebruiken als recreatiewoning. In andere gemeenten worden koopwoningen onder de woonruimteverdeling

⁶ ABRvS 10 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1100.

⁷ Kamerstukken II, 2013/14, 32271, nr. 13, p. 4/5 (derde nota van wijziging).




gebracht omdat de gemeente aan potentiële kopers uit de eigen gemeente voorrang wil geven bij de aankoop van deze woningen. Tenslotte zijn er gemeenten die vooral nieuwbouw koopwoningen en kavels willen reguleren via de woonruimteverdeling van de Huisvestingswet om ouderen of starters uit de eigen gemeente als eerste de kans te geven hiervoor in aanmerking te komen.

Mede in het licht van de ontwikkelingen op de markt voor koopwoningen streeft het kabinet naar zo weinig mogelijk beperkingen van deze markt. [...].”

29. Uit deze passage volgt dat de wetgever zo min mogelijk beperkingen heeft willen aanbrengen in de koopmarkt. De overwegingen zijn deels principieel van aard en deels ingegeven door de ontwikkelingen op de woningmarkt indertijd. De principiële overwegingen houden verband met de bescherming van het eigendomsrecht en het recht op vrijheid van vestiging. Het onder de woonruimteverdeling brengen van bestaande of nieuwe koopwoningen met het oogmerk om inwoners uit de eigen gemeente voorrang te bieden op deze woningen wordt als een beperking beschouwd. De wetgever heeft de regels over woonruimteverdeling doelbewust beperkt tot huurwoningen.
30. In de memorie van antwoord⁸ wordt andermaal bevestigd dat het stellen van regels over de verdeling van *koopwoonruimte* niet is toegestaan. Het is evenmin toegestaan privaatrechtelijk aanvullende maatregelen te nemen die de werking van de wet doorkruisen:

“Volgens artikel 4 van dit wetsvoorstel kunnen uitsluitend bij verordening voor de duur van ten hoogste vier jaar regels worden gesteld met betrekking tot woonruimteverdeling van goedkope woonruimte en de samenstelling van de woonruimtevoorraad. Er kunnen dus geen regels inzake woonruimteverdeling gesteld worden voor kavels of koopwoningen, met uitzondering van de Waddeneilanden vanwege hun specifieke woningmarkt ten gevolge van het insulaire karakter. Dit artikel bevestigt dat de Huisvestingswet 2014 een uitputtende regeling is ten aanzien van de verdeling van woonruimte. Dit is ook de algemene lijn in de jurisprudentie op basis van de vigerende Huisvestingswet. Het is evenmin toegestaan dat een gemeente via de privaatrechtelijke weg aanvullende maatregelen neemt die de werking van dit wetsvoorstel doorkruisen. Het is dus niet mogelijk voor een gemeente buiten de huisvestingsverordening andere of aanvullende afspraken te maken over de verdeling van woningen. Enkel op basis van de criteria in dit wetsvoorstel kunnen gemeenten bij schaarste sturen bij de woonruimteverdeling, zowel wat betreft de aangewezen huurwoningen van particulieren als deze van woningcorporaties. Prestatieafspraken tussen gemeenten en woningcorporaties kunnen wel worden gemaakt, maar bevatten geen elementen op

⁸ Kamerstukken I, 2023-2014, 32 271, nr. C.



het gebied van woonruimteverdeling; zij dienen te gaan over werkafspraken en te halen doelstellingen.”

Windmill-arrest

31. De vraag of en in hoeverre van het privaatrecht gebruik kan worden gemaakt, moet worden beantwoord met behulp van de door de rechtspraak ontwikkelde doorkruisingsleer. In het Windmill-arrest overwoog de Hoge raad:

(...) Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.”

32. De in het Windmill-arrest geformuleerde doorkruisingsformule komt er kort gezegd op neer dat aan de hand van drie criteria dient te worden nagegaan of het gebruik van privaatrecht is toegestaan. Het gaat om de volgende criteria:

1. De inhoud en strekking van de betrokken regeling;
2. De wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van burgers zijn beschermd;
3. Of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken.

In het vereiste van onaanvaardbaarheid ligt besloten dat niet reeds iedere doorkruising van het publiekrecht niet is toegestaan. Opmerking verdient dat men pas toekomt aan de doorkruisingsformule als de wet zelf geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de (voor)vraag of de privaatrechtelijke weg openstaat.



Brandweerkosten-arrest

33. In veel gevallen heeft de doorkruisingsformule betrekking op de situatie dat de overheid een bepaald doelstelling *zowel* privaatrechtelijk als publiekrechtelijk kan bereiken. De doorkruisingsformule wordt dan aangewend om te bezien of de overheid de privaatrechtelijke weg mag verkiezen boven de publiekrechtelijke. Soms ook wordt de doorkruisingsformule toegepast op situaties dat de publiekrechtelijke weg niet (of nog niet) beschikbaar is. Voor het eerst in het Brandweerkosten-arrest⁹ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het feit dat de publiekrechtelijke weg is uitgesloten, een belangrijke aanwijzing is dat ook de privaatrechtelijke weg niet mag worden bewandeld. Daarbij kan worden betrokken dat de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk de bedoeling heeft gehad een publiekrechtelijke bevoegdheid *uit te sluiten*.

Arrest Antispeculatiebeding Doetinchem

34. In het Arrest Antispeculatiebeding Doetinchem (hierna kortheidshalve het Doetinchem-arrest) ging het om de vraag of een beding strekkende tot een zelfbewoningsplicht een onaanvaardbare doorkruising opleverde van de indertijd geldende Huisvestingswet. Vanwege het belang van dit arrest voor de onderhavige adviesvraag wordt uitgebreider stilgestaan bij deze casus.
35. De gemeente Doetinchem had bij de uitgifte van bouwgrond een antispeculatiebeding opgelegd aan de kopers. Behoudens ontheffing verplichtte het beding de kopers op straffe van een boete om de woning zelf te bewonen en niet te zullen doorverkopen. De zelfbewoningsverplichting en het doorverkoopverbod vervielen op het moment dat de kopers de woning vijf achtereenvolgende jaren zelf hadden bewoond. Opmerking verdient dat in de toen geldende Huisvestingswet anders dan nu het stellen van regels omtrent de verdeling van *koopwoningen* niet geheel was uitgesloten. Ook stond in die Huisvestingswet expliciet opgenomen dat tussen gemeente en eigenaren overeenkomsten konden worden gesloten over het in gebruik geven van woonruimte. De wet stond evenwel overheidsbemoeyenis met de verdeling van woonruimte *boven een bepaalde koopprijs* niet toe. De woonruimte waarover de zaak ging oversteeg die kooprijsgrens.
36. De Hoge Raad beantwoordt de vraag naar de onaanvaardbare doorkruising in de sleutel van het Windmill-arrest. Aan de hand van een reeks aan citaten uit de parlementaire geschiedenis komt de Hoge Raad tot de volgende overwegingen over de Huisvestingswet (oud):

⁹ HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788, NJ 1994/639 met noot Scheltema.



"3.7.4. Uit het systeem en de strekking van de Huisvestingswet, zoals deze mede in het licht van de wetsgeschiedenis dienen te worden begrepen, moet het volgende worden afgeleid.

De wetgever heeft in beginsel de mogelijkheid opengelaten dat de gemeente met betrekking tot woonruimte overeenkomsten naar burgerlijk recht sluit ook buiten gevallen van schaarste op de woningmarkt en dus ook ter zake van woonruimte boven de in de Huisvestingswet bedoelde prijsgrenzen.


De overheidsbemoeyenis wat betreft het in de Huisvestingswet voorziene publiekrechtelijk instrumentarium, met de daaraan gestelde voorwaarden en met de daaruit voortvloeiende beperkingen van de vrije marktwerking, van het recht van een eigenaar om vrijelijk over zijn eigendom te beschikken en van het recht van de burger om zich vrij te vestigen, is beperkt tot de verdeling van aangewezen woonruimte. De in de Huisvestingswet bedoelde criteria ter verdeling van woonruimte betreffen de kring van personen die worden toegelaten tot de door de gemeente aangewezen, onder de desbetreffende prijsgrenzen vallende, woonruimte. Tot die door de Huisvestingswet voorziene beperkingen op het recht van vrije vestiging behoren in het bijzonder eisen met betrekking tot de economische en andersoortige maatschappelijke binding van woningzoekenden.

De Huisvestingswet bevat een exclusieve regeling van de overheidsbemoeyenis met de verdeling van woonruimte voor zover het betreft de toelaatbaarheid van inbreuken op het recht van vrije vestiging door het stellen van de hiervoor aangeduide toelatingseisen aan woningzoekenden. De Huisvestingswet sluit overheidsbemoeyenis met de verdeling van woonruimte boven de in deze wet bepaalde prijsgrenzen uit, indien deze inhoudt dat aan woningzoekenden de bedoelde bindingseisen worden gesteld. Anders zou de hun toekomende vrijheid van vestiging ongerechtvaardigd worden beperkt.

37. De Hoge Raad vervolgt evenwel met het oordeel dat het antispeculatiebeding *geen* onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet (oud) opleverde:

"In overeenkomsten naar burgerlijk recht vervatte anti-speculatiebedingen bij de uitgifte van bouwgrond die niet zien op de verdeling van woonruimte en die geen beperkingen aanbrengen op het recht van vrije vestiging zijn, naar uit hetgeen in 3.7.4 is overwogen volgt, niet in strijd met het systeem en de strekking van de Huisvestingswet.

De onderhavige anti-speculatiebedingen strekken [...] ertoe [...] te voorkomen dat, gelet op de destijds bestaande woningmarktomstandigheden, de door de gemeente 'geboden woningbouwmogelijkheden onderwerp van speculatie worden'. Zij houden niet in dat aan de kring




van kopers toelatingseisen worden gesteld die verband houden met hun economische of andersoortige maatschappelijke binding. De bedingen voorzien op de wijze als in art. 7 van de algemene verkoopvoorwaarden bepaald (hiervoor in 3.1 onder (ii) weergegeven) tevens in de mogelijkheid ontheffing te verlenen van de verplichting tot zelfbewoning en het verbod op doorverkoop, waartoe niet als voorwaarde wordt gesteld dat de woning wordt verkocht aan een woningzoekende die voldoet aan de in de Huisvestingswet bedoelde bindingseisen.

Tegen deze achtergrond heeft de rechtbank miskend dat de onderhavige anti-speculatiebedingen niet een onaanvaardbare beperking aanbrengen in de kring van personen die worden toegelaten tot woonruimte boven de kooprijsgrens en dat deze dus niet op ontoelaatbare wijze ingrijpen in het recht van vrije vestiging. De omstandigheid dat, zoals de rechtbank in r.o. 5.3 heeft overwogen, de bouwkvavels slechts beschikbaar komen voor woningzoekenden die zich voor een periode van vijf jaar willen en kunnen vastleggen maakt dit niet anders; deze omstandigheid houdt immers geen verband met de bedoelde toelatingseisen. De rechtbank heeft voorts miskend dat, zo de bedingen al enige beperking van de doorstroming op de woningmarkt teweegbrengen, de Huisvestingswet op dat aspect niet specifiek betrekking heeft.”

38. Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat de Hoge Raad voor het oordeel dat de Huisvestingswet niet onaanvaardbaar werd doorkruist, doorslaggevend acht dat de zelfbewoningsplicht geen bepaling inhoudt die ziet op *woonruimteverdeling*. Het antispeculatiebeding strekte ertoe te voorkomen dat door de gemeente uitgegeven grond object werd van speculatie. De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat het beding niet inhoudt dat aan de kring van kopers toelatingseisen worden gesteld die verband houden met hun economische of andersoortige maatschappelijk binding. Anders gezegd, iedere potentiële koper komt in principe voor de woning in aanmerking, zolang ze er maar zelf gaan wonen. Het inkomen van de koper of de binding met de gemeente deed niet ter zake. Ook in het kader van de ontheffingsmogelijkheid werd als voorwaarde voor ontheffing niet gesteld dat de woning zou moeten worden verkocht aan een woningzoekende die voldoet aan de in de Huisvestingswet bedoelde bindingseisen.


Analyse koopgarantregeling Oudewater

39. Uit het Doetinchem-arrest leiden wij af dat een beding dat ertoe strekt de kring van kopers te beperken door eisen te stellen die verband houden met economische of maatschappelijke binding, een beperking is van het recht op vrije vestiging (van potentiële kopers) alsook van het recht van de eigenaar om zijn eigendom te verkopen aan wie hij wil. Uit het arrest kan worden afgeleid dat zo'n beding een onaanvaardbare doorkruising zou opleveren van de Huisvestingswet. Hoewel het arrest is gewezen onder de vigeur van de vorige Huisvestingswet, zijn de overwegingen ook onder de



huidige Huisvestingswet 2014 relevant, en misschien zelfs nog relevanter, omdat thans overheidsbemoeienis in de *gehele* koopmarkt (ongeacht de koopprijs) met het oog op woonruimteverdeling is uitgesloten in de wet.

40. Bij de gemeentelijke Koopgarantregeling is evenwel geen sprake van een dergelijk ontoelaatbaar beding. De woningzoekenden die de woning kopen, zijn immers niet gehouden om de woning bij verkoop uitsluitend aan te bieden aan woningzoekenden die aan het door de gemeente gewenste profiel voldoen (starters uit Oudewater of met een binding aan Oudewater). Wel is het zo dat de kring van opvolgende kopers wordt beperkt. De kopers van de Koopgarantwoningen zijn immers verplicht de woning terug te verkopen aan de gemeente(lijke B.V.). Hoewel de achtergrond van deze constructie evident verband houdt met de wens van de gemeente om de woningen beschikbaar te houden voor de gewenste doelgroep, is de terugkoopverplichting zelf geen bepaling waarbij woonruimte wordt toegewezen. Dat de kring van kopers wordt beperkt tot één partij, hoeft ook niet noodzakelijkerwijs tot een nadeel voor de kopers te leiden, ervan uitgaand dat de woning voor de actuele marktwaarde wordt teruggekocht. Verdedigbaar is dan ook dat de terugkoopverplichting geen onaanvaardbare beperking van het eigendomsrecht van de kopers oplevert.
41. Verder is van belang dat de daadwerkelijke toewijzing van de woning plaatsvindt op het moment dat de gemeente(lijke B.V.) de woning (opnieuw) verkoopt. De woonruimteverdeling vindt derhalve effectief plaats doordat de gemeente(lijke B.V.) bij verkoop van de woningen uit de groep van potentiële kopers feitelijk telkens de keuze maakt voor een koper die aan het gewenste profiel voldoet. Maar er worden in de koopovereenkomst zoals gezegd geen toelatingseisen gesteld aan de kring van kopers die verband houden met hun economische of sociale binding. In het licht van het Doetinchem-arrest zien wij daarom weinig risico dat de gemeentelijke Koopgarantregeling de Huisvestingswet 2014 onaanvaardbaar doorkruist.
42. Toch kunnen wij het risico dat een rechter een onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet 2014 aanneemt, niet geheel uitsluiten. Hoewel het Doetinchem-arrest ging om de vraag of een specifiek *beding* in een koopovereenkomst een onaanvaardbare doorkruising opleverde, is daarmee niet gezegd dat reeds geen strijd met de Huisvestingswet 2014 bestaat, zodra een dergelijk beding (dat de kring van kopers beperkt tot woningzoekenden die aan bepaalde bindingseisen voldoen) ontbreekt. Het is althans de vraag of het Doetinchem-arrest zo strikt moet worden uitgelegd. Niet kan worden uitgesloten dat een rechter de *constructie* als zodanig, die de gemeente hier wenst toe te passen, als een onaanvaardbare doorkruising zal beschouwen. Het is immers evident dat de gemeente met deze constructie



privaatrechtelijk iets beoogt te bewerkstelligen, wat publiekrechtelijk niet is toegestaan, te weten het toewijzen van koopwoningen aan een specifieke doelgroep alsook het beschikbaar houden van de koopwoningen voor die doelgroep. De terugkoopverplichting draagt, zij het indirect, bij aan dit doel. En hoewel de kopers door deze constructie weliswaar niet onaanvaardbaar worden beperkt in hun eigendomsrecht, is het wel de vraag of de vrijheid van vestiging van andere potentiële kopers, die niet aan het gewenste profiel voldoen en derhalve niet in aanmerking komen voor de woningen, niet onaanvaardbaar wordt beperkt.

43. Opmerking verdient wel dat wij op voorhand het risico dat er ook daadwerkelijk zal worden geprocedeerd over deze constructie en dat daarbij ook een beroep zal worden gedaan op de doorkruisingsleer, niet erg groot inschatten. Ervan uitgaand dat de gemeente de woning telkens terugkoopt van de kopers voor de actuele marktwaarde worden de kopers niet benadeeld door de terugverkoopverplichting. Wij zien op voorhand daarom geen redenen waarom de kopers tegen de constructie zouden ageren. Voor de woningzoekenden die niet aan het profiel voldoen en daarom niet voor de koopgarantwoningen in aanmerking komen, geldt dat het gelet op de daarmee gemoeide kosten en tijd, niet aannemelijk is dat zij zich tot de rechter zullen wenden omdat één van de woningen niet aan hen is verkocht. Uitgesloten is het evenwel niet.

IV. Bestemmingsplan en doelgroepenverordening

44. Deze paragraaf gaat in op de vraag of het mogelijk is om via de publiekrechtelijke weg, door middel van een bestemmingsplanwijziging en gebruikmakend van de doelgroepenverordening, te bewerkstelligen dat de Koopgarantwoningen beschikbaar blijven voor de gewenste doelgroep. Ter beantwoording van deze vraag wordt hierna ingegaan op de regeling in de Wro over het opnemen van woningbouwcategorieën in een bestemmingsplan en de verhouding tot de doelgroepenverordening. Tevens wordt ingegaan op de mogelijkheid van het stellen van regels over koopwoningen in de doelgroepenverordening in relatie tot de Huisvestingswet 2014. Verder worden enkele kanttekeningen geplaatst bij de Doelgroepenverordening van de gemeente Oudewater. Tot slot wordt een korte doorkijk gegeven naar het wetsvoorstel tot wijziging van de Huisvestingswet 2014 en de daarin opgenomen mogelijkheid om een vergunningenstelsel voor koopwoningen in te voeren.

Woningbouwcategorieën in bestemmingsplan en doelgroepenverordening

45. Op grond van artikel 3.1, lid 1, van de Wet ruimtelijke ordening stelt de gemeenteraad voor het grondgebied van de gemeenteraad een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening bestemmingen en regels



worden gegeven. Deze regels dienen in elk geval te gaan over het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Ingevolge de tweede zinssnede van deze bepaling kunnen bestemmingsplanregels ook strekken ten behoeve van de uitvoerbaarheid van in het plan opgenomen bestemmingen, met dien verstande dat deze regels ten aanzien van woningbouwcategorieën uitsluitend betrekking hebben op percentages gerelateerd aan het plangebied. Die percentages kunnen ingevolge artikel 6.13, lid 2, onder d, van de Wro in een *exploitatieplan* worden uitgewerkt. De uitwerking van deze percentages resulteren in zogenoemde locatie-eisen (zoals het aantal en de situering van de woningen). Genoemde locatie-eisen in artikel 6.2.10 kunnen ook in een anterieure overeenkomst worden opgenomen wanneer geen exploitatieplan wordt vastgesteld.

46. De woningbouwcategorieën zijn limitatief bepaald in artikel 3.1.2, lid 1, van het Bro. Het betreft de categorieën:
 - sociale huurwoningen;
 - geliberaliseerde woningen voor middenhuur;
 - sociale koopwoningen; of
 - particulier opdrachtgeverschap.
47. Ingevolge artikel 1.1.1, onder e, Bro wordt onder een sociale koopwoning verstaan een koopwoning met een koopprijs vrij op naam van ten hoogste € 200.000, waarbij de instandhouding voor *de in een gemeentelijke verordening omschreven doelgroep* voor een in de verordening vastgesteld tijdvak van ten minste een jaar en ten hoogste tien jaar na ingebruikname is verzekerd.
48. Ingevolge artikel 7ad, eerste lid, van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet (BuChw) geldt in afwijking van artikel 1.1.1, eerste lid, aanhef en onder e, van het Bro voor een sociale koopwoning de kostengrens, zoals vastgesteld in de Voorwaarden en Normen Nationale Hypotheekgarantie, als de ten hoogste koopprijs. Ingevolge het tweede lid kan de gemeenteraad, in afwijking van artikel 3.1.2, vierde lid, van het Bro, indien een bestemmingsplan regels bevat ten aanzien van sociale koopwoningen, na regionale afstemming een lagere koopprijs vaststellen dan de ten hoogste koopprijs, bedoeld in het eerste lid. Blijkens het derde lid, onder bm, is artikel 7ad van toepassing op de gemeente Oudewater.
49. De Wro biedt geen expliciete wettelijke grondslag voor de vaststelling van een doelgroepenverordening als zodanig. Uit de begripsbepaling in artikel 1.1.1 volgt slechts dat de gemeenteraad in een verordening een omschrijving geeft van de doelgroep voor een woningbouwcategorie en het tijdvak waarin de woning voor die



categorie in stand moet worden gehouden. De in artikel 1.1.1 bedoelde verordening is in de praktijk de *doelgroepenverordening* gaan heten.

50. De begripsomschrijving van 'sociale koopwoning' valt uiteen in drie elementen:
- De maximale koopprijs vrij op naam is € 200.000 (danwel een prijs conform artikel 7ad BuChw);
 - De woning is bestemd voor een bij verordening bepaalde doelgroep en
 - De instandhoudingstermijn van de woning voor die doelgroep is bepaald en verzekerd.


Om sociale koopwoningen als zodanig in een bestemmingsplan te bestemmen is vereist dat bij wijze van percentage de woningbouwcategorie 'sociale koop' binnen de op een locatie geldende bestemming (vaak "Wonen") mogelijk wordt gemaakt. Daarnaast dient op het moment van vaststelling van het bestemmingsplan een doelgroepenverordening te gelden waarin de doelgroep en instandhoudingstermijn van de sociale koopwoning is bepaald en verzekerd.

Verhouding doelgroepenverordening tot Huisvestingswet 2014

51. In de literatuur¹⁰, bij verschillende gemeenten en bij de VNG, heeft twijfel bestaan over de toelaatbaarheid van het stellen van regels in een doelgroepenverordening over de toewijzing van (sociale) koopwoningen aan een bepaalde doelgroep. Hoewel de gemeenteraad een autonome verordenende bevoegdheid heeft, wordt deze bevoegdheid wel begrensd, in die zin dat een gemeentelijke verordening geen bepalingen mag bevatten in strijd met hoger recht. Ook mag de verordeningsbepaling de (bedoeling van) hogere regelgeving niet doorkruisen¹¹. Dit volgt uit de artikelen 121 en 122 van de Gemeentewet.
52. Omdat blijkens de parlementaire geschiedenis bij de Huisvestingswet 2014 de wetgever de mogelijkheid om in een huisvestingsverordening regels te stellen over de verdeling van koopwoonruimte, expliciet heeft uitgesloten, is wel betoogd dat het in strijd is met de Huisvestingswet om in een doelgroepenverordening alsnog regels te stellen over de toewijzing van koopwoningen. Wij onderschrijven dit standpunt. Dit betekent dat het, om een percentage sociale koop in een bestemmingsplan te kunnen

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de adviezen van prof. dr. Ir. A.G. Bregman (RUG) aan de gemeente Haarlem. Het betreft de notitie "Enkele vragen m.b.t. ontwerp doelgroepenverordening van de gemeente Haarlem", van 15 augustus 2019, en de notitie "Reactie op het standpunt van de VNG m.b.t. de toewijzing van sociale koopwoningen op grond van een doelgroepenverordening" van 24 januari 2020, opgesteld door Bregman Advisering in opdracht van het Expertteam Woningbouw van RVO (online raadpleegbaar).

¹¹ HR 23 december 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC7081, NJ 1981/171, m.nt. Van Veen (APV Schiermonnikoog).



opnemen, weliswaar vanuit het Bro verplicht is om een doelgroepenverordening vast te stellen en daarin een doelgroep en instandhoudingstermijn te bepalen, maar als het evenwel aankomt op het daadwerkelijk toewijzen van de koopwoningen aan de beoogde doelgroep, is de doelgroepenverordening in zoverre vrij betekenisloos. Een potentiële koper uit de doelgroep die een sociale koopwoning op het oog heeft kan met de doelgroepenverordening in de hand niet afdwingen dat de woning aan hem wordt verkocht. Evenmin kan de gemeente op basis van de doelgroepenverordening handhavend optreden tegen een verkoop van een sociale koopwoning aan een partij die niet in de doelgroep valt. Verder geldt dat specifieke toewijzingsregels in een doelgroepenverordening (bijvoorbeeld een regel die dwingend voorschrijft aan welke groep een verkoper zijn woning mag verkopen) helemaal uit den boze zijn.

53. Inmiddels is ook door de wetgever bevestigd dat het stellen van regels over de toewijzing van bepaalde categorieën woningen aan bepaalde doelgroepen bij gemeentelijke (doelgroepen)verordening inderdaad niet is toegestaan. In de memorie van toelichting¹² bij het wetsvoorstel¹³ tot wijziging van de Huisvestingswet 2014 wordt ingegaan op de verhouding van de Huisvestingswet tot andere regelgeving. Over de doelgroepenverordening staat het volgende:

“In een doelgroepenverordening kunnen gemeenten vastleggen dat bepaalde categorieën nieuwbouwwoningen bedoeld zijn voor bewoning door bepaalde groepen woningzoekenden. Het is echter niet mogelijk om in de doelgroepenverordening ook regels vast te leggen over de daadwerkelijke toewijzing van deze woningen aan de specifieke doelgroepen. Dit kan alleen op basis van de Huisvestingswet 2014 [...]”¹⁴

54. Ook de VNG is inmiddels overtuigd van de ontoelaatbaarheid van het stellen van regels in een doelgroepenverordening over toewijzing van koopwoningen aan een bepaalde doelgroep.¹⁵

Handhaving van de doelgroepenverordening


55. Uit het voorgaande volgt dat de doelgroepenverordening niet kan worden aangewend om de toewijzing van sociale koopwoningen aan personen uit een bepaalde doelgroep af te dwingen. In zoverre is de doelgroepenverordening als handhavinginstrument niet erg bruikbaar. Wat de categorie sociale koop betreft is de doelgroepenverordening wel relevant voor de *instandhoudingstermijn*. Het Bro verplicht tot het bepalen van een

¹² Kamerstukken II, 2021-2022, 36 190, nr. 3 (memorie van toelichting).

¹³ Kamerstukken II, 2021-2022, 36 190, nr. 2 (voorstel van wet).

¹⁴ Kamerstukken II, 2021-2022, 36 190, nr. 3, p. 22 (memorie van toelichting).

¹⁵ Zie de notitie “Hoe verder met de woningbouwcategorieën en doelgroepenverordening”, d.d. 5 september 2022, raadpleegbaar op de website van de VNG.



instandhoudingstermijn voor de woningbouwcategorieën in de doelgroepenverordening. Voor sociale koop dient die termijn ten minste één jaar en ten hoogste tien jaar te bedragen. Daarnaast volgt uit het Bro rechtstreeks dat een sociale koopwoning een vrij op naam prijs heeft van ten hoogste € 200.000. Bij toepassing van artikel 7ad BuChw mag dit bedrag worden verhoogd tot de NHG-grens.

56. Blijkens de nota van toelichting bij het Bro kan bij handelen in strijd met de doelgroepenverordening *bestuursrechtelijk* handhavend worden opgetreden. Wanneer de sociale koopwoning voor een te hoog bedrag wordt gekocht, of binnen de instandhoudingstermijn wordt onttrokken (de woning wordt verhuurd), kan een last onder dwangsom worden opgelegd.¹⁶ Daarbij geldt evenwel als belangrijke beperking dat het voor gemeenten moeilijk is om toezicht te houden op de verkoop of verhuur van woningen. De VNG beveelt gemeenten aan om steeksproefgewijs mutaties in de WOZ-aanslag en de Basisregistratie Personen (BRP) te controleren.

Bestemmingsplanherziening Oranje Bolwerck?

57. De gemeenteraad van Oudewater heeft op 24 februari 2022 (inwerkingtreding 8 maart 2022) een doelgroepenverordening vastgesteld. Het bestemmingsplan “Oranje Bolwerck” is vastgesteld op 5 november 2020. Op dat moment gold er nog geen doelgroepenverordening. In het bestemmingsplan is de bestemming “Wonen” toegekend met een bouwaanduiding “gestapeld”. Ter plaatse zijn maximaal 52 woningen toegestaan. Daarbij wordt planologisch geen onderscheid gemaakt in bepaalde woningbouwcategorieën.
58. Ons is gevraagd of het zinvol is om bij bestemmingsplanherziening alsnog een percentage voor sociale koop in het bestemmingsplan “Oranje Bolwerck” op te nemen. Die vraag beantwoorden wij ontkennend. Sterker, wij achten het niet mogelijk om voor bestaande (reeds vergunde) woonbebouwing alsnog een percentage voor een bepaalde woningbouwcategorie op te nemen. In artikel 3.1, eerste lid, Wro staat dat planregels tevens kunnen strekken ten behoeve van de *uitvoerbaarheid* van in het plan opgenomen bestemmingen, met dien verstande dat deze regels ten aanzien van woningbouwcategorieën uitsluitend betrekking hebben op percentages gerelateerd aan het plangebied. Hoewel dit niet expliciet blijkt uit artikel 3.1. van de Wro heeft de wetgever voor ogen gehad dat het stellen van percentages alleen mogelijk is voor nieuw te bouwen woningen. Dit kan worden gelezen in de zinssnede ‘ten behoeve van

¹⁶ Stb. 2017, 172, p. 5-6 9 (nota van toelichting Bro).




de uitvoerbaarheid'.¹⁷ Ook de nadere uitwerking van de percentages, die enkel bij exploitatieplan dan wel een overeenkomst over grondexploitatie als bedoeld in artikel 6.24 Wro, kan plaatsvinden, duidt erop dat het stellen van percentages over woningbouwcategorieën alleen voor nieuwe planologische mogelijkheden (i.e. nieuwbouw) geldt en niet voor bestaande bouw. Het publiekrechtelijke kostenverhaal gaat immers altijd over de band van een omgevingsvergunning voor bouwen en het privaatrechtelijke kostenverhaal vindt plaats door een anterieure overeenkomst voorafgaand aan een planologische toestemming.

59. Aangezien de woningen al zijn vergund en in aanbouw zijn achten wij het niet mogelijk om nu alsnog in een bestemmingsplanherziening een percentage sociale koop te bestemmen. Los van het voorgaande is een bestemmingsplanherziening, zelfs als het stellen van percentages voor bestaande woningbouw zou kunnen, in dit concrete geval niet zinvol om het door de gemeente gewenste doel te bereiken. De gemeente wenst immers de koopwoningen daadwerkelijk te kunnen toewijzen aan een bepaalde doelgroep, en dat is nu juist wat er met een doelgroepenverordening niet kan.

Opmerkingen bij de Doelgroepenverordening Oudewater

60. Ten overvloede maken wij hieronder enkele opmerkingen op hoofdlijnen over de strekking en inhoud van de doelgroepenverordening van de gemeente Oudewater. Zo valt op dat in deze doelgroepenverordening naast de categorie sociale koopwoning een aparte categorie, te weten de 'betaalbare en middeldure koopwoning' wordt geïntroduceerd. Daarbij worden in de begripsbepaling merkwaardig genoeg zowel de sociale koopwoning als de 'betaalbare en middeldure koopwoning' gedefinieerd als "koopwoning als bedoeld in artikel 7ad, eerste lid, van het Besluit uitvoering Crisis- en herstelwet, waarbij een in deze verordening bepaalde maximale koopprijs van toepassing is". Opmerking verdient dat de categorie 'middeldure en betaalbare koopwoning' niet voorkomt in het Bro en dat het ook niet is mogelijk is om deze categorie in een bestemmingsplan (door het stellen van een percentage) op te nemen. Dit doet de vraag rijzen wat de betekenis is van de bepalingen in de doelgroepenverordening die over deze categorie gaan.
61. Opvallend is ook dat voor deze categorieën verschillende koopprijsgrenzen worden gehanteerd in de doelgroepenverordening, waarbij wij ernstige twijfel hebben of dit wel in overeenstemming is met de wet (het Bro). Voor een sociale koopwoning geldt op

¹⁷ Onder de Omgevingswet kan hierover straks overigens geen misverstand bestaan. In artikel 5.161c, eerste lid, van het Besluit kwaliteit leefomgeving staat dat een omgevingsplan dat bouwactiviteiten toelaat waarvoor op grond van artikel 13.11, eerste lid, van het de wet kosten moeten worden verhaald, regels kan bevatten over de te realiseren categorieën woningen.



grond van het Bro namelijk een kooprijsgrens van € 200.000,--. Op grond van artikel 7ad, lid 2, BuChw kan *in plaats van* deze kooprijsgrens worden aangesloten bij de NHG-grens als de ten hoogste koopprijs. Er mag op grond van het tweede lid een lagere koopprijs worden bepaald, mits hierover regionale afstemming heeft plaatsgevonden. De doelgroepenverordening van Oudewater kent echter drie verschillende kooprijsgrenzen, te weten: sociale koopwoning (max. € 225.000,--), betaalbare koopwoning (min. € 225.000,-- max. € 300.000,--) en middeldure koopwoning (min. € 300.000,-- max. € 355.000,--). Los van het feit dat voor de categorieën betaalbare en middeldure koopwoningen geen wettelijke grondslag bestaat, is het ons inziens niet toegestaan om binnen de categorie sociale koopwoning verschillende kooprijsgrenzen te hanteren.

62. Ook is in de doelgroepenverordening in strijd met het Bro voor sociale koopwoningen een instandhoudingstermijn van minimaal tien jaar bepaald (art. 6, lid 2), terwijl het Bro bepaalt dat een sociale koopwoning een instandhoudingstermijn van ten minste één jaar en *ten hoogste* tien jaar mag hebben. Overigens staat in de toelichting bij de doelgroepenverordening dat voor sociale koopwoning een instandhoudingstermijn van ten hoogste tien jaar is bepaald. De verordening en de toelichting stemmen op dit punt dus ook niet overeen. De instandhoudingstermijn van maximaal tien jaar voor betaalbare en middeldure koopwoningen is ons inziens betekenisloos, nu deze categorie geen wettelijke grondslag heeft.
63. Verder wijzen wij op artikel 5 van de doelgroepenverordening, waarin ten aanzien van koopwoningen toewijzingsregels zijn opgenomen. De bepaling bevat onder meer een voorrangregeling voor koopstarters en lokale woningzoekenden. Dit is zoals gezegd in strijd met de Huisvestingswet 2014. In zoverre is de bepaling ons inziens dan ook onverbindend, althans in ieder geval niet handhaafbaar.
64. Gezien het voorgaande adviseren wij om de doelgroepenverordening in ieder geval op voornoemde punten te herzien. Het advies is daarbij om dit te doen vóór inwerkingtreding van de Omgevingswet. Na de inwerkingtreding van de Omgevingswet kan de doelgroepenverordening niet meer worden gewijzigd. Vanaf dan zullen de regels uit de doelgroepenverordening in het omgevingsplan moeten worden opgenomen. Wil men de regels na inwerkingtreding van de Omgevingswet wijzigen, dan dient het omgevingsplan te worden gewijzigd en moeten de regels worden toegevoegd aan het nieuwe deel van het omgevingsplan. Desgevraagd kunnen wij over de noodzakelijke wijzigingen in de doelgroepenverordening adviseren.



Wetsvoorstel wijziging Huisvestingswet 2014

65. Ten overvloede wijzen wij op het wetsvoorstel tot wijziging van de Huisvestingswet 2014.¹⁸ Dit voorstel voorziet in de mogelijkheid om in een gemeentelijke huisvestingsverordening een huisvestingsvergunning verplicht te stellen voor het in gebruik nemen van sociale koopwoningen. Een sociale koopwoning zal blijkens het wetsvoorstel worden gedefinieerd als een woning met een vaste betaalbaarheidsgrens van € 355.000 euro¹⁹, die wordt bewoond door mensen met een aantoonbare behoefte aan een betaalbare koopwoning. In de memorie van toelichting²⁰ staat dat gemeenten de ruimte krijgen om nadere voorwaarden te stellen aan de doelgroep die in aanmerking komt om in een sociale koopwoning te wonen.
66. De uitvoering van deze maatregel zal volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel als volgt werken:
- het blijft voor een verkoper mogelijk zijn woning te verkopen aan eenieder;
 - het blijft voor kopers mogelijk om iedere woning te kopen die zij willen;
 - de koper zal echter een huisvestingsvergunning moeten verkrijgen als hij er zelf wil wonen;
 - verkrijgt hij deze vergunning niet, dat kan hij verhuren aan een persoon die wél in aanmerking komt voor een vergunning (tenzij sprake is van opkoopbescherming);
 - Het idee is echter dat de woning doorgaans zal worden gekocht door een persoon die in aanmerking komt voor een vergunning en er dus zelf kan gaan wonen.
67. De regeling inzake opkoopbescherming (huidig artikel 41 Hw 2014) blijft behouden. De opkoopbescherming regelt dat bepaalde woningen niet zonder vergunning mogen verhuurd. Er geldt dan een zelfbewoningsplicht. Indien dit instrument in combinatie met de vergunningplicht voor sociale koop wordt ingezet, kan worden bewerkstelligd dat de sociale koopwoning als koopwoning voor de beoogde doelgroep in stand blijft (de koper heeft een zelfbewoningsplicht én komt in aanmerking voor een vergunning).
68. Gezien het (geringe) risico met betrekking tot de aanvaardbaarheid van de (indirecte) toewijzing van koopwoningen aan bepaalde woningzoekenden binnen de gemeentelijke koopgarantregeling in relatie tot de Huisvestingswet 2014, geven wij de gemeente in overweging mee om, zodra dit mogelijk wordt, de betreffende woningen in Oranje Bolwerck vrij te geven aan de markt en door middel van een

¹⁸ Kamerstukken II, 2021-2022, 36 190, nr. 2 (voorstel van wet).

¹⁹ In het oorspronkelijke wetsvoorstel was voor de koopprijs een koppeling gelegd met de NHG-grens. Blijkens de toelichting bij de Nota van Wijziging wordt deze koppeling bij nader inzien verlaten, zie Kamerstukken II, 2022-2023, 30 190, nr. 9 (Nota van wijziging).

²⁰ Kamerstukken II, 2021-2022, 36 190, nr. 3 (memorie van toelichting).




huisvestingsvergunningenstelsel publiekrechtelijk te verzekeren dat deze woningen beschikbaar blijven voor de gewenste doelgroep.

69. Het is overigens goed om op te merken dat, zodra het huisvestingsvergunningenstelsel voor sociale koopwoningen in de nieuwe Huisvestingswet wordt opgenomen, de vraag of de gemeentelijke koopgarantregeling een onaanvaardbare doorkruising van de Huisvestingswet oplevert, in een ander licht zal moeten worden beantwoord. Er is dan immers geen sprake meer van een situatie waarbij de publiekrechtelijke weg is uitgesloten (vgl. het geval Brandweerkostenarrest), maar een situatie waarbij de publiekrechtelijke weg wél openstaat.
70. Het wetsvoorstel staat geagendeerd voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer. Desgevraagd kunnen wij de gemeente op de hoogte houden van de ontwikkelingen op dit vlak.

V. De voorgenomen Koopgarantregeling in het licht van Didam

Het Didam-arrest op hoofdlijnen

71. Uit het Didam-arrest (ECLI:NL:HR:2021:1778) volgt dat overheidslichamen bij het verkopen van onroerende zaken gelegenheid moeten bieden aan (potentiële) gegadigden om de (betreffende) onroerende zaak of zaken te kunnen verwerven, indien er meerdere gegadigden zijn of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn. Volgens de Hoge Raad is niet beslissend of andere, vergelijkbare onroerende zaken beschikbaar zijn. Het enkele feit dat andere partijen mogelijk belangstelling hebben om de onroerende zaak te kopen, is dus reeds voldoende.
72. Indien er meerdere gegadigden zijn voor de aankoop van de desbetreffende onroerende zaak of redelijkerwijs te verwachten is dat er meerdere gegadigden zullen zijn, moet het overheidslichaam de koper selecteren aan de hand van objectieve, toetsbare en redelijke criteria. Deze verplichting vloeit voort uit het gelijkheidsbeginsel (gelijke gevallen moeten op een gelijke manier worden behandeld), dat ook werking heeft bij privaatrechtelijk handelen van overheidslichamen en in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.
73. Het gelijkheidsbeginsel brengt ook mee dat het overheidslichaam, teneinde gelijke kansen te creëren, een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot (i) de beschikbaarheid van onroerende zaken, (ii) de selectieprocedure,




(iii) het tijdschema en (iv) de toe te passen selectiecriteria. Het overheidslichaam moet hierover tijdig voorafgaand aan de selectieprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken. Dat dient op een zodanige wijze te geschieden dat (potentiële) gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.

Uitzondering

74. De mededingingsruimte hoeft niet te worden geboden indien bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop.

Toepassing Didam-arrest op deze casus

75. Het is geen discussiepunt dat de uitzondering voor het bieden van mededingingsruimte bij de Koopgarantregeling niet van toepassing is: voor koopwoningen die worden aangeboden (ver) onder de marktprijs zijn hoe dan ook meerdere gegadigden. De algemene groep van starters binnen de Gemeente kunnen niet als 'enige' serieuze gegadigde kwalificeren, alleen al omdat voor de uitzondering vereist is dat slechts één partij in aanmerking komt voor de aankoop van de betreffende woning. Daar is bij een groep gegadigden geen sprake van.
76. Omdat (vrijwel) altijd sprake zal zijn van meerdere gegadigden voor een appartement in Oranje Bolwerck is het noodzakelijk dat de Gemeente in haar beleidsregels (a) objectieve, (b) toetsbare en (c) redelijke criteria vaststelt voor de verkoop van de appartementen om het gelijkheidsbeginsel te waarborgen. Het Didam-arrest strekt ertoe willekeur en favoritisme bij de verkoop van onroerend goed van overheden tegen te gaan. Het vaststellen van objectieve en toetsbare criteria om een koper te selecteren die voor de woning – aangeboden via de Koopgarantregeling – in aanmerking komt moet relatief eenvoudig zijn en de Gemeente komt beleidsvrijheid toe om dergelijke criteria te formuleren. Onder meer de volgende criteria lijken zonder meer objectief en toetsbaar:
- a. Bewoners binnen de gemeentegrenzen van de gemeente Oudewater;
 - b. Bewoners die *economisch* verbonden zijn met de gemeente Oudewater (hoewel de term *economische* verbondenheid veel minder strikt af te bakenen is dan ingezetenen van de gemeente Oudewater);
 - c. Starters onder (bijv.) de 35 jaar; en
 - d. Inwoners van de Gemeente met een inkomen onder een bepaalde, specifieke inkomensgrens.
77. Aanvullende/andere criteria zijn uiteraard ook denkbaar. Van belang is dat deze criteria goed worden gemotiveerd (waarom is gekozen voor specifiek deze criteria en



vereisten om in aanmerking te komen voor een woning?) en idealiter wordt door de Gemeente bij het formuleren van deze criteria verwezen naar bestaande beleidsdoelstellingen voor huisvesting (voor starters). Over de motivering van deze criteria moet goed worden nagedacht: als in een juridische procedure de rechter proeft dat met vastgestelde criteria in feite een doelredenering wordt aangehouden om bepaalde, gewenste partijen met uitsluiting van anderen (zonder goede rechtvaardiging) in aanmerking te laten komen, dan bestaat de kans dat een verkoop met een beroep op het Didam-arrest ongedaan gemaakt kan worden.

78. Een potentiële valkuil die de Koopgarantregeling niet 'Didam'-proof maakt betreft het vereiste van *redelijke* criteria. Inwoners van gemeenten rondom (of ver buiten) de gemeente Oudewater zullen ongetwijfeld ook interesse hebben om de appartementen in Oranje Bolwerck te kopen van de gemeentelijke B.V. Door de woningschaarste – zeker op de startersmarkt – zijn starters ook op zoek naar woningen die buiten hun huidige woonplaats gelegen zijn. Het is niet onrealistisch dat teleurgestelde gegadigden van buiten de gemeentegrenzen via de rechter zullen proberen de verkoop van de woning aan een ingezetene van de Gemeente ongedaan te maken met een beroep op het Didam-arrest. De vraag zal dan vooral zijn of het redelijk is dat de Gemeente bij voorkeur de woningen verkoopt aan personen die binding hebben met de gemeente Oudewater. Een gebrekkige motivering van de criteria maakt op dit punt mogelijk het verschil. De Gemeente zal het 'voortrekken' van haar eigen inwoners t.o.v. derden buiten haar gemeentegrenzen dus goed moeten motiveren. De enkele motivering dat sprake is van schaarste van betaalbare woningen voor starters en/of 'Oudewateraren' met een lager inkomen lijkt op voorhand onvoldoende: dat geldt immers voor vrijwel heel Nederland. Een argument dat pleit voor de Gemeente en haar beleid op dit punt is vooral dat de Gemeente het verkopen van woningen met een substantiële korting enkel zal willen doen voor haar eigen inwoners: het is immers gemeenschapsgeld van de Gemeente dat wordt ingezet om betaalbaar wonen voor haar inwoners mogelijk te maken. Daarnaast vertegenwoordigt de Gemeente de belangen van haar eigen inwoners en is er zeer waarschijnlijk reeds genoeg animo van starters binnen de Gemeente voor deze woningen. Vanuit deze invalshoeken is goed pleitbaar dat de gehanteerde criteria *redelijk* zijn. Een garantie dat de Koopgarantregeling in casu stand zal houden geven wij overigens niet: de rechtspraak is op dit punt nog in ontwikkeling en het aantal Didam-zaken volgen elkaar snel op. Dat laat onverlet dat wij zeker goede kansen zien dat de Koopgarantregeling 'Didam'-proof kan worden gemaakt. Uit de huidige stand van de jurisprudentie volgt niet dat



een constructie zoals de Koopgarantregeling strijdig zou zijn met het Didam-arrest.²¹ In tijden van woningnood is bovendien veel te zeggen voor gemeentes die eigenhandig proberen dit probleem op te lossen voor (een deel van) haar inwoners.

79. Naast dat de Gemeente (1) objectieve, toetsbare en redelijke criteria moet opstellen op basis waarvan de koper wordt geselecteerd, moeten (2) de gegadigden tijdig geïnformeerd worden over de selectieprocedure en de criteria die gelden. Het is zaak om ruim vóór de verkoop van de eerste woningen de gehele selectieprocedure op orde te hebben met bijbehorende beleidsregels, zodat de Gemeente voldoet aan de vereiste transparantie. De vormgeving van de selectieprocedure is van groot belang: kan iedereen zich aanmelden voor de aankoop van de betreffende woning (ook mensen buiten de gemeente Oudewater), maar wordt voorrang gegeven aan gegadigden die aan de criteria voldoen of wordt gegadigden van buiten de Gemeente bij voorbaat uitgesloten van deelname etc.? Een selectieprocedure op basis van loting is toegestaan, aldus de rechtbank Gelderland onder verwijzing naar het Didam-arrest.²² Wij adviseren om de selectieprocedure in beginsel toegankelijk te maken voor iedereen, maar dat bij de aanmelding potentiële gegadigden via (bijv.) een invulformulier antwoorden moeten geven op vragen die zijn gebaseerd op de toepasselijke criteria. Vervolgens wordt een selectie gemaakt tussen potentiële gegadigden die aan alle criteria voldoen en diegenen waarvoor dat niet – of in mindere mate – geldt. Binnen de eerste groep wordt vervolgens geloot (door een notaris). Stel dat op enig moment geen gegadigden meer beschikbaar zijn die aan alle criteria voldoen (dat lijkt niet goed voorstelbaar), dan kan altijd nog worden teruggevallen op de volgende groep van gegadigden.

²¹ Het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 15 december 2022 volgt dat niet anders omdat het daar specifiek ging om uitgifte van woonwagendplaatsen en de vraag of in dat kader bindingseisen mogen worden gesteld. Het woonwagendplaatsenbeleid werd minder “gemeentelijk” geacht dan de gemeente in die kwestie voor ogen stond en de kantonrechter oordeelde in die zaak dat het stellen van bindingseisen voor de uitgifte van een woonwagendplaats niet correct was, met name gelet op de bijzondere positie van woonwagendbewoners.

²² Rb. Gelderland 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:795, rov. 5.15: “Uit de voorwaarden van de 2e uitgifteprocedure blijkt dat de loting toegankelijk is voor geïnteresseerden en dat een notaris de loting voltrekt, de inschrijvers rangnummers toekent en de rangordelijst opstelt. De methode is naar het oordeel van de rechtbank dan ook voldoende objectief en toetsbaar en elke geïnteresseerde heeft evenveel kans om te worden ingeloot, waardoor aan het gelijkheidsbeginsel is voldaan. [eisers] hebben aangevoerd dat bij loting sprake is van een overtreding van het verbod op willekeur, maar daarmee miskennen zij dat een loting weliswaar een willekeurige uitkomst heeft, maar dat de gemeente daarmee niet willekeurig van haar bevoegdheden gebruik maakt.”




VI. Staatssteun en de Wet M&O

80. De verkoop van appartementen aan een specifieke doelgroep binnen de Gemeente zal middels de koopgarantregeling geschieden voor een waarde die lager is dan de marktwaarde. De vraag die voorligt is of de gemeentelijke B.V. de appartementen met een lagere marktwaarde kan verkopen zonder dat sprake is van (onrechtmatige) staatssteun. Ter beantwoording van deze vraag zal onderstaand een juridisch kader uiteengezet worden, aan de hand waarvan wordt beoordeeld of al dan niet sprake is van (ongeoorloofde) staatssteun. Ook wordt aandacht besteed aan de toepassing van de Wet Markt & Overheid.

Juridisch kader staatssteun

81. Op grond van art. 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is sprake van staatssteun indien aan de volgende voorwaarden is voldaan:
- i) De steun wordt verleend aan een onderneming die een economische activiteit verricht;
 - ii) De steun wordt door staatsmiddelen bekostigd;
 - iii) Deze staatsmiddelen verschaffen de onderneming een economisch voordeel dat niet via de normale commerciële weg zou zijn verkregen (non-marktconformiteit);
 - iv) De maatregel is selectief: het geldt voor één of enkele ondernemingen of een specifieke sector/regio;
 - v) De maatregel vervalst de mededinging (in potentie) en kan leiden tot een ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de EU (interstatelijk effect).
82. De bovenstaande criteria zijn cumulatief. Dat wil zeggen dat aan alle voorwaarden moet zijn voldaan alvorens sprake is van staatssteun. Staatssteun is in beginsel verboden, tenzij sprake is van een uitzondering.
83. Op grond van art. 108 lid 3 VWEU geldt voor lidstaten (waaronder decentrale overheden zoals gemeenten) een meldingsplicht voor voorgenomen steunmaatregelen bij de Europese Commissie. De Europese Commissie zal de voorgenomen steunmaatregel toetsen om te bezien of deze maatregel inderdaad staatssteun behelst. Gedurende de toetsing van de Europese Commissie en totdat positief is geoordeeld over de geoorloofdheid van de steunmaatregel, geldt een zogenaamde standstill-verplichting, op grond waarvan de lidstaat gehouden is geen



uitvoering te geven aan de voorgenomen steunmaatregel totdat de Europese Commissie goedkeuring heeft gegeven.

84. Een voordeel in de zin van art. 107 VWEU is een economisch voordeel dat de onderneming onder normale marktvoorwaarden, dus zonder overheidsingrijpen, niet had kunnen verkrijgen. Alleen de gevolgen voor de onderneming zijn relevant, niet het doel van de maatregelen. Bovendien geldt dat niet alleen het verlenen van positieve economische voordelen (bijv. een geldelijke bijdrage) kwalificeren als voordeel in de zin van art. 107 VWEU. Ook het verlichten van economische lasten, zoals het kwijtschelden van schulden, treffen van gunstigere belastingmaatregelen of aankopen van onroerend goed tegen een hogere prijs, kan een voordeel zijn in de zin van art. 107 VWEU.

Toepassing staatssteunrecht op deze casus

85. In het voorliggende geval is sprake van een selectief economisch voordeel. De Gemeente wenst immers woningen onder de marktwaarde te verkopen aan een selectieve/specifieke doelgroep. Dit voordeel wordt door staatsmiddelen bekostigd aangezien de Gemeente hierdoor minder inkomsten verwerft dan het geval was geweest bij verkoop van de appartementen voor een marktconforme prijs.
86. Om te spreken van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU is echter vereist dat dit selectieve economische voordeel uit staatsmiddelen wordt verstrekt aan een (of meer) onderneming(en). Als ondernemingen binnen het staatssteunrecht kwalificeren alle entiteiten die economische activiteiten verrichten, ongeacht vorm of status naar nationaal recht. Indien de appartementen onder de marktwaarde worden verkocht aan particulieren, is in beginsel geen sprake van staatssteun. Er wordt dan immers niet aan de cumulatieve vereisten van art. 107 lid 1 VWEU voldaan.
87. Ook in geval van de terugkoop van de appartementen voor een prijs welke niet-marktconform is, c.q. een economisch voordeel verschaft uit staatsmiddelen aan de verkopende partij, geldt dat geen sprake is van staatssteun mits het appartement door de gemeentelijke B.V. wordt teruggekocht van een particulier.
88. In de relatie tussen de gemeentelijke B.V. en de particulier is gelet op het voorgaande geen sprake van staatssteun. Aandacht verdient echter ook de relatie tussen de Gemeente en de gemeentelijke B.V. Indien de gemeentelijke B.V. een onafhankelijke onderneming is die actief is op een concurrerende markt (zoals de woningmarkt) waar deze concurreert met andere (commerciële) ondernemingen, is mogelijk sprake van staatssteun bij bevoordeling van de gemeentelijke B.V. ten opzichte van de overige




marktspelers. De gemeentelijke B.V. kwalificeert dan immers als onderneming in de zin van het staatssteunrecht aangezien economische activiteiten verricht in de vorm van het aanbieden en terugkopen van vastgoed middels een koopgarant regeling.

89. Of in de verhouding tussen de Gemeente en de gemeentelijke B.V. sprake is van staatssteun, is afhankelijk van de mate van zeggenschap die de Gemeente heeft en uitoefent in de gemeentelijke B.V. Uit vaste jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie volgt dat sprake is van een economische eenheid tussen ondernemingen indien een entiteit met een zeggenschapsdeelneming in een vennootschap de zeggenschap daadwerkelijk uitoefent.²³ Uitoefenen van zeggenschap kan door zich direct of indirect met het bestuur van de vennootschap bezig te houden, maar zeggenschap kan ook volgen uit onder andere de uitoefening van identieke of parallelle economische activiteiten, ontbreken van economische zelfstandigheid van de betrokken vennootschap, het bestaan van organisatorische en functionele banden of relevante contractuele bedingen.²⁴ De entiteit met zeggenschapsdeelnemingen wordt in geval van zeggenschap geacht deel te nemen aan de economische activiteit van de ondernemingen waarover zij zeggenschap heeft, waardoor beide entiteiten tezamen een economische eenheid, c.q. één onderneming vormen in de zin van het staatssteunrecht.
90. Conform de huidige plannen van de Gemeente, verkrijgt de Gemeente 100% van de aandelen in de gemeentelijke B.V., oftewel, de Gemeente verkrijgt een zeggenschapsdeelneming. Indien de Gemeente daadwerkelijk zeggenschap zal kunnen uitoefenen in de gemeentelijke B.V., bijvoorbeeld door de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en ontslaan te verkrijgen of op grond van contractuele bedingen, worden de Gemeente en de gemeentelijke B.V. als een economische eenheid gezien binnen het staatssteunrecht. Dit betekent dat geldstromen of andere inbreng van middelen door de Gemeente in de gemeentelijke B.V. niet als staatssteun worden gezien omdat deze gelden/middelen zich binnen dezelfde onderneming verplaatsen.
91. De vraag of al dan niet sprake is van staatssteun bij de inbreng van middelen door de Gemeente in de gemeentelijke B.V. is dus afhankelijk van de zeggenschapsstructuur van de gemeentelijke B.V. Indien de Gemeente zeggenschap uit zal oefenen in de gemeentelijke B.V., vormen beide entiteiten tezamen een economische eenheid en is in beginsel geen sprake van staatssteun bij een inbreng van middelen door de

²³ HvJ EU 16 december 2010, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787 (*AceaElectrabel Produzione SpA v. European Commission*), r.o. 49.

²⁴ Gerecht EU 19 mei 2021, T-643/20, ECLI:EU:T:2021:286, r.o. 47.



Gemeente in de gemeentelijke B.V. Vormen beide entiteiten geen economische eenheid, dan is mogelijk sprake van staatssteun bij inbreng van middelen in de gemeentelijke B.V. door de Gemeente, omdat in dat geval een onafhankelijk functionerende onderneming die in concurrentie staat met andere ondernemingen wordt bevoordeeld.


Juridisch kader Wet Markt & Overheid

92. Indien geen sprake is van staatssteun, is mogelijk de Wet Markt en Overheid (Wet M&O)²⁵ van toepassing op de verkoop van de appartementen onder de marktwaarde. De Wet M&O stelt gedragsregels voor overheden en overheidsbedrijven wanneer zij concurreren met ondernemers, c.q. wanneer zij economische activiteiten verrichten. De Wet M&O doelt daarmee op het voorkomen van oneerlijke concurrentie en bevorderen van het ondernemersklimaat in Nederland.

De hoofdregel


93. De gedragsregels uit de Wet M&O zijn van toepassing indien sprake is van (i) een overheidsorganisatie die (ii) een economische activiteit verricht. Een economische activiteit (in de zin van de Wet M&O) is het aanbieden van goederen of diensten aan derden op de markt. Dit omvat in beginsel ook het aanbieden van onroerend goed aan derden op de markt.
94. De volgende instanties worden aangemerkt als overheid voor de toepassing van de Wet M&O:
- Het Rijk;
 - Provincies;
 - De gemeenten;
 - De waterschappen;
 - Gemeenschappelijke regelingen;
 - Zelfstandige bestuursorganen (krachtens publiekrecht ingesteld).
95. Indien sprake is van een overheidsorganisatie die binnen het bereik van de Wet M&O valt welke een economische activiteit verricht, zijn een viertal gedragsregels van toepassing. De volgende vier gedragsregels worden in de Wet M&O gesteld om een gelijk speelveld tussen overheden en ondernemingen in Nederland te waarborgen:
- i) Integrale kosten doorberekening: overheden mogen een product of dienst niet onder kostprijs aanbieden, ten minste de integrale kosten moeten worden doorberekend;

²⁵ Te vinden in de artikelen 25g – 25ma Mededingingswet.

- 
- ii) Bevoordelingsverbod: overheden mogen hun eigen overheidsbedrijven niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende bedrijven;
 - iii) Gegevensgebruik: overheden mogen de gegevens die zij vanuit hun publieke taak verkrijgen, niet gebruiken voor economische activiteiten die niet dienen ter uitvoering van deze taak. Dit verbod geldt niet als andere overheidsorganisaties of bedrijven ook over de gegevens kunnen beschikken;
 - iv) Functiescheiding: als een overheid op een bepaald terrein een bestuurlijke rol heeft voor bepaalde economische activiteiten en ook zelf die economische activiteiten uitvoert, mogen niet dezelfde personen betrokken zijn bij de uitoefening van de bestuurlijke bevoegdheid en bij het verrichten van de economische activiteiten van de overheidsorganisatie.

Definitie overheidsbedrijf

96. Voor de toepassing van het bevoordelingsverbod is de definitie van een overheidsbedrijf van belang. Onder overheidsbedrijf in de zin van art. 25g Mededingingswet (Mw) wordt verstaan:
- i) Een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen;
 - ii) Een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt.
97. Een publiekrechtelijke rechtspersoon wordt in staat geacht het beleid te bepalen, zoals vereist onder i), in de volgende gevallen:
- a) De publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, beschikt over de meerderheid van de stemrechten, verbonden aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen;
 - b) Meer dan de helft van de leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan wordt benoemd door een of meer publiekrechtelijke rechtspersonen of door leden of aandeelhouders die een publiekrechtelijke rechtspersoon zijn;
 - c) De onderneming is een dochtermaatschappij in de zin van art. 2:24a Burgerlijk Wetboek van een rechtspersoon waarvoor onderdeel a of b van toepassing is.
98. Overheidsbedrijven (die niet kwalificeren als zelfstandig bestuursorgaan ingesteld krachtens publiekrecht) zijn in beginsel niet gebonden aan de gedragsregels uit de Wet M&O, aangezien de gedragsregels gericht zijn aan bestuursorganen. Deze



overheidsbedrijven hebben wel te maken met de gedragsregel dat overheden hun overheidsbedrijven niet mogen bevoordelen.


Uitzonderingen op de hoofdregel


99. Er bestaan een aantal uitzonderingen op toepassing van de gedragsregels. De gedragsregels gelden niet voor het lager en hoger onderwijs, sociale werkplaatsen en de publieke omroep. Ook zijn de gedragsregels niet van toepassing indien sprake is van staatssteun. Tot slot, kan de overheid ook een algemeen belang besluit nemen waarin de economische activiteit wordt uitgezonderd van de gedragsregels.
100. Het algemeen belang besluit dient binnen gemeenten door de gemeenteraad vastgesteld te worden. In het besluit wordt een economische activiteit uitgezonderd van de gedragsregels omdat deze het algemeen belang dient en met toepassing van de gedragsregels niet kan worden verricht. Bij het afbakenen van het algemeen belang hebben overheidsorganisaties een grote mate van beleidsvrijheid.
101. Het algemeen belang besluit heeft het karakter van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit brengt met zich mee dat de waarborgen voor zorgvuldige voorbereiding en motivering en de regels voor bezwaar en beroep tegen besluiten ook op dit besluit van toepassing zijn. De noodzaak om af te wijken van de gedragsregels in het kader van het algemeen belang dient daarom voldoende gemotiveerd te worden in het besluit. De volgende aspecten moeten in het besluit worden opgenomen:
- i) Een concrete omschrijving van de economische activiteit en de wijze waarop deze het algemeen belang dient;
 - ii) De gevolgen die de algemeen belangvaststelling heeft voor derden, in het bijzonder private ondernemers;
 - iii) Een afweging of (en waarom) het noodzakelijk en proportioneel is om gebruik te maken van de uitzondering van algemeen belang.²⁶

Toepassing Wet M&O op deze casus

102. In geval van de ver- en terugkoop van appartementen via de Koopgarantregeling conform de huidige plannen van de Gemeente, is de Gemeente betrokken bij het aanbieden van onroerend goed op de markt aan derden via de op te richten gemeentelijke BV. Dit kwalificeert als het door een overheid aanbieden van goederen en diensten, c.q. verrichten van een economische activiteit, in de zin van de Wet M&O.

²⁶ Een nadere toelichting op de eisen van toelichting is te vinden op p. 26-27 van de [Handreiking Wet Markt en Overheid](#) van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

- 
103. Omdat de Gemeente 100% aandeelhouder wordt van de gemeentelijke B.V., ontstaat een situatie waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat wordt gesteld het beleid te bepalen van een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. De Gemeente beschikt dan immers over de meerderheid van de stemrechten die verbonden zijn aan de door de rechtspersoon van de onderneming uitgegeven aandelen. Hierdoor kwalificeert de op te richten gemeentelijke B.V. in beginsel als overheidsbedrijf in de zin van art. 25g Mw.
 104. Aangezien in de huidige opstelling een situatie ontstaat waarin een overheid betrokken is bij de uitoefening van een economische activiteit via een overheidsbedrijf, is de Wet M&O van toepassing, mits geen sprake is van staatssteun. Gevolg hiervan is de verplichting van de Gemeente om in lijn met de vier gedragsregels te handelen die uit de Wet M&O voortvloeien.
 105. Met name het bevoordelingsverbod (gedragsregel ii) is in deze situatie van belang. De Gemeente mag een overheidsbedrijf via welk de Gemeente een economische activiteit verricht, niet bevoordelen ten opzichte van andere ondernemingen waarmee het overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Het overheidsbedrijf mag van de Gemeente geen voordelen ontvangen die (direct of indirect) uit staatsmiddelen worden toegekend en verdergaan dan hetgeen in het normale handelsverkeer gebruikelijk is waarbij sprake is van een zekere mate van selectiviteit.
 106. Concreet betekent dat in deze casus, dat de op te richten gemeentelijke B.V. niet gebonden zal zijn aan de verplichting om de appartementen tegen minimaal de integrale kostprijs aan te bieden, maar dat het overheidsbedrijf bij het aanbieden van de appartementen niet door de Gemeente mag worden bevoordeeld op niet-marktconforme wijze. Dit bevoordelingsverbod kan een obstakel vormen bij het inbrengen van activiteiten in de gemeentelijke B.V. Als bevoordeling wordt onder andere gezien het toestaan van gebruik van naam en beeldmerk van de Gemeente door het overheidsbedrijf, het niet doorberekenen van integrale kosten en verstrekken van subsidie waar private partijen niet voor in aanmerking komen.
 107. Gelet op het voorgaande, kan het inbrengen van activiteiten in de gemeentelijke B.V., zoals het onderbrengen van de appartementsrechten, al snel resulteren in een bevoordeling van een overheidsbedrijf ten opzichte van andere marktdeelnemers. Het is echter mogelijk om de specifieke economische activiteit van de Gemeente, bestaande uit het aanbieden van appartementen met een lagere prijs dan de marktwaarde aan een specifieke doelgroep in de Gemeente via het overheidsbedrijf, uit te zonderen van de gedragsregels op basis van een algemeen belang besluit. In



dit besluit dient de economische activiteit afgebakend te worden waarbij wordt toegelicht op welke wijze de activiteit het algemeen belang dient. Daarbij dienen ook de gevolgen van het besluit voor derden (met name private ondernemers), en de proportionaliteit en noodzakelijkheid van het besluit omschreven en gemotiveerd te worden. Gelet op de steeds kritischere benadering van dergelijke besluiten in de rechtspraak en door de minister, dient dit besluit met een juiste mate van zorgvuldigheid en toereikende motivering opgesteld te worden.

VII. De vennootschapsrechtelijke vormgeving van de B.V.

108. De Gemeente is in een eerder stadium door [REDACTED] geadviseerd over de financiële en fiscale aandachtspunten bij de oprichtingen van de gemeentelijke B.V. die de appartementen zal ver- en terugkopen.²⁷ De voorgenomen vormgeving van een gemeentelijke B.V. die appartementen aan- en verkoopt is niet gebruikelijk voor de Gemeente, reden waarom de vraag is voorgelegd welke risico's en kansen bij deze voorgenomen opzet gelden. Door de Gemeente zijn specifiek de volgende vragen voorgelegd:²⁸

- *Het uitgangspunt is dat de directeur-bestuurder van de B.V., de gemeentelijke secretaris van Oudewater moet zijn en de RvC het college van Oudewater. Levert deze inrichting een aansprakelijkheidsgevaar op voor de achterliggende gemeente? Wordt bij wanbestuur van de B.V. de gemeente aansprakelijk gesteld?*
- *Kunnen eventuele schuldeisers al dan niet bij het opheffen van de B.V. de gemeente aansprakelijk stellen aangezien de B.V. 100% in handen van de gemeente is (en gezien de samenstelling van het bestuur)?*
- *Heeft de gemeente grip op Opmaat als in de B.V. niemand behalve de genoemde bestuurders werken? Hoe dek je dit risico in?*
- *Hoe contracteert de gemeente en de B.V. voor de verkoop van de appartementen, aangezien de vertegenwoordiging van beide partijen hetzelfde zijn. Is dit juridisch toegestaan?*
- *Mag je een B.V. oprichten zonder expliciete instemming van de raad?*
- *Wat zijn de voor- en nadelen van een B.V. in combinatie met KoopGarant? Is er voor de gemeente een vorm die hier beter op zou aansluiten, maar wel hetzelfde doel kan verwezenlijken? (Anti-speculatie, recht van eerste koop en zelfbewoning in de koopovereenkomsten worden door de raad niet gezien als een "lange termijn instandhouding" van deze 10 (starters)koopwoningen).*

²⁷ Zie e-mails [REDACTED] d.d. 8 februari 2022, 16 februari 2022 en 27 juni 2022.

²⁸ Memo Gemeente d.d. 8 februari 2023.



Wij lopen deze vragen hieronder op volgorde langs.


Risico: bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid

109. Voornemen is dat de gemeentelijke secretaris bestuurder wordt van de B.V. en het College zitting neemt in de RvC. Voor bestuurders van een vennootschap geldt dat zij zowel aansprakelijkheid kunnen worden gehouden door de vennootschap zelf (interne bestuurdersaansprakelijkheid; art. 2:9 BW) als door derden (externe bestuurdersaansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)). Uitgangspunt is dat als de vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of onrechtmatig handelt, enkel de vennootschap aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. Niettemin kunnen benadeelden ook de bestuurder van een vennootschap onder bepaalde omstandigheden succesvol aanspreken (als de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zie bijv. *X/TMF c.s.*).²⁹ Dat is een risico waarvan de Gemeente zich bewust moet zijn. Ook de RvC van de gemeentelijke B.V. kan onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk worden gehouden, maar de drempel daarvoor ligt hoog: er moet dan bijv. sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling en toezicht door (leden van) de RvC (zie het *Panmo*-arrest)³⁰, hetgeen het geval kan zijn als niet wordt ingegrepen door de RvC als het bestuur van de vennootschap onverantwoorde, financiële risico's neemt.³¹
110. De Gemeente zelf kan door de inrichting van de gemeentelijke B.V. op zichzelf niet aansprakelijk worden gehouden voor bijv. wanbestuur. De Gemeente heeft immers geen (formele) rol binnen het bestuur of de RvC van de vennootschap. Wel kan de Gemeente vanuit haar rol als aandeelhouder worden aangesproken als sprake is van bijzondere omstandigheden. Het uitgangspunt binnen het rechtspersonenrecht is dat de aandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder niet aansprakelijk kan worden gehouden. De rechtspersoon is als zelfstandig rechtssubject in beginsel zelf aansprakelijk voor zijn eigen schulden. In Boek 2 BW bestaat dan ook geen algemene aansprakelijkheidsgrond voor aandeelhouders zoals die voor bestuurders en commissarissen wel bestaat (artikel 2:9, 138/248 en 149/259 BW). Onder bijzondere omstandigheden kan een aandeelhouder toch aansprakelijk worden gehouden. Een bijzondere omstandigheid die zich in casu zou kunnen voordoen is bijv. de hechte 'concernstructuur'/verwevenheid tussen de Gemeente en gemeentelijke B.V. waarbij de Gemeente 'ingrijpmacht' heeft én de Gemeente zich als aandeelhouder intensief

²⁹ HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, *NJ* 2018/330 m.nt. P. van Schilfgaarde (*X/TMF c.s.*), rov. 3.3.2 e.v.

³⁰ HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454 (*Panmo*), rov. 3.7.

³¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 24 maart 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2491, *JOR* 2020/197 m.nt. B. Bier, rov. 4.13.



heeft bemoeid met het beleid van gemeentelijke B.V. (zie bijv. *Sobi/Hurks*³²). Vanwege bijzondere omstandigheden wordt dan aangenomen dat op de Gemeente een zorgplicht rust jegens crediteuren van de gemeentelijke B.V. en dat door schending van deze zorgplicht de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens crediteuren (een treffend voorbeeld is bijv. selectieve betaling).

111. Er zijn aan deze inrichtingsvorm van de B.V. zodoende wel risico's verbonden als de Gemeente zich als aandeelhouder actief bemoeit met de gang van zaken en daardoor 'ongelukken' ontstaan waardoor derden de Gemeente kunnen aanspreken als 'bemoeizuchtige' aandeelhouder met een grote vinger in de feitelijke gang van zaken met de gemeentelijke B.V. Vanwege de formele rollen van aan de Gemeente verbonden personen binnen deze B.V. is dat ook niet ondenkbaar. Te denken valt in dat kader ook aan doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Niettemin is dergelijk aansprakelijkheidsgevaar ook aanwezig als in plaats van een B.V. een andere inrichtingsvorm wordt gekozen: zo geldt aansprakelijkheidsgevaar ook als de Gemeente zelf de woningen zou aanschaffen en deze zelf vervolgens weer ver- en aankoopt. Een B.V. heeft als voordeel dat het primair de vennootschap is die moet worden aangesproken als 'het fout gaat'.


Verhaal op de Gemeente mogelijk bij opheffing van gemeentelijke B.V.?

112. Zoals hiervoor benoemd geldt dat de vennootschap – in casu de gemeentelijke B.V. – een zelfstandig rechtssubject is waarop schuldeisers zich moeten verhalen. Voor 'doorbreking' van aansprakelijkheid richting de Gemeente kan – zoals hiervoor geschetst – ruimte zijn als sprake is van bijzondere omstandigheden op grond waarvan de Gemeente onrechtmatig handelen kan worden verweten.

Grip op OpMaat?

113. Wij begrijpen uit het raadsbesluit van 29 juni 2022 dat het de bedoeling is om met de Koopgarantregeling samen te werken met OpMaat en OpMaat de praktische uitvoering van de Koopgarantregeling op zich dient te nemen. De Gemeente kan grip op OpMaat bereiken door het maken van daarop gerichte contractuele afspraken tussen OpMaat en de gemeentelijke B.V. (en/of de Gemeente). Via de contractuele weg kan worden geborgd dat OpMaat werkt met de Koopgarantregeling zoals de Gemeente (en de gemeentelijke B.V.) dat voor zich ziet. Ook zou de Gemeente mogelijk door bepaalde beleidsregels over de Koopgarantregeling kunnen bereiken dat OpMaat conform de gemeentelijke wensen handelt. Voor de uitvoering van de

³² HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, NJ 2005/96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Sobi/Hurks*).



Koopgarantregeling kunnen beleidsregels worden opgesteld waarbinnen OpMaat – als praktische uitvoerder van de regeling – zich naar dient te richten.

Contractsvorming bij verkoop van de appartementen

114. Er zijn juridisch geen beletselen dat de gemeentelijke B.V. de appartementen koopt van de Gemeente. De vertegenwoordiging van beide partijen is ook niet dezelfde: de Gemeente wordt bij privaatrechtelijke rechtshandelingen vertegenwoordigd door het College (art. 160 lid 1 sub d Gemeentewet), terwijl de gemeentelijke B.V. wordt vertegenwoordigd door haar bestuurder (de gemeentesecretaris).

Oprichting B.V. en de rol van de Gemeenteraad

115. Als gemeenten of provincies gebruik willen maken van een privaatrechtelijke rechtsvorm, dan is dat alleen toegestaan 'indien dat in het bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Op grond van art. 160 lid 2 Gemeentewet kan het College slechts besluiten tot de oprichting van de gemeentelijke B.V. nadat de Gemeenteraad een ontwerp-besluit is toegezonden en de Gemeenteraad de gelegenheid heeft gekregen om wensen en bedenkingen te uiten. Aan het College komt dus de expliciete bevoegdheid toe om een vennootschap op te richten en de Gemeenteraad heeft geen expliciet toestemmingsrecht: Het College hoeft zich bij wensen en bedenkingen van de Gemeenteraad juridisch gezien ook niet te laten weerhouden van het oprichting van de vennootschap.³³ Niettemin lijkt instemming van de Gemeenteraad in casu wel aangewezen, al is het maar vanwege politieke steun voor dit (bijzondere) project.

Voor- en nadelen afzonderlijke B.V.

116. Idealiter zou de Gemeente het werken met de Koopgarantregeling moeten uitbesteden aan een woningcorporatie. Zij hebben immers als geen ander ervaring met dergelijke projecten en hebben de benodigde kennis in huis, terwijl die bij de Gemeente grotendeels ontbreekt (althans nog moet worden opgebouwd). Wij begrijpen echter dat de Gemeente tevergeefs woningcorporaties heeft benaderd voor dit project.
117. Tegen het hanteren van een gemeentelijke B.V. van dit project bestaan op zichzelf geen juridische bezwaren. Indien de oprichting van een gemeentelijke B.V. politiek bestuurlijk niet op bezwaren stuit, is oprichting van gemeentelijke B.V. voor de aan- en verkoop van de appartementen een goede mogelijkheid. Het komt vaker voor dat een Gemeente – of ander overheidsorgaan zoals een Provincie – onroerend goed

³³ Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Gemeentewet en haar toepassing*, art. 160 Gemw, aant. 10.



aanhoudt via een daartoe opgerichte vennootschap of via een vennootschap participeert in gebiedsontwikkeling door samenwerking met een projectontwikkelaar. Met een gemeentelijke B.V. kan het voornemen van de Gemeente om mogelijk meer dan nu 10 aangekochte appartementen ook hieronder te brengen worden gerealiseerd en een B.V. biedt de mogelijkheid om het bestuur hiervan verder te professionaliseren.
