

# Afdwingen realisatie middeldure huurwoningen: een einde aan de jarenlange ontoelaatbare praktijk?

– Mr. S.W. Derksen<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Op 1 juli 2017 is het Besluit tot wijziging van het Besluit ruimtelijke ordening in verband met het aanwijzen van geliberaliseerde woningen voor middenhuur in werking getreden ('wijziging van het Bro').<sup>2</sup> Deze wijziging maakt het voor gemeenten mogelijk om in bestemmingsplannen regels op te nemen ten aanzien van geliberaliseerde woningen voor middenhuur ('middeldure huurwoningen').<sup>3</sup> Hierdoor kunnen gemeenten nu via het bestemmingsplan sturen op de ontwikkeling van middeldure huurwoningen. Vóór de wijziging van het Bro was het voor gemeenten slechts mogelijk (publiekrechtelijk) te sturen op de samenstelling van de woningvoorraad ten aanzien van de woningbouwcategorieën sociale huurwoningen, sociale koopwoningen of particulier opdrachtgeverschap (vrije kavels). Indien gemeenten de ontwikkeling van middeldure huurwoningen toch wensten af te dwingen kon dit alleen via de privaatrechtelijke weg, bijvoorbeeld door voorwaarden te stellen bij de verkoop van gemeentegrond of bij uitgifte in erfpacht. In de praktijk bleken gemeenten echter, ook als zij geen eigenaar van de grond waren, in het kader van anterieure overeenkomsten met ontwikkelaars onder dreiging van het niet verlenen van planologische medewerking te eisen dat middeldure huurwoningen zouden worden gerealiseerd. Het ontbreken van een grondslag voor deze handelwijze weerhield gemeenten er niet van ontwikkelaars min

of meer te dwingen middeldure huurwoningen te realiseren.

Ik krijg veelvuldig de vraag voorgelegd in hoeverre het (privaatrechtelijk) afdwingen van het realiseren van middeldure huurwoningen rechtsgeldig is dan wel is geweest. Door de wijziging van het Bro zijn ontwikkelaars zich bewust geworden van het feit dat er zeer waarschijnlijk geen grondslag bestond voor de voorheen geldende praktijk. Zij vragen zich af of de reeds gesloten anterieure overeenkomsten (bij nader inzien) wel rechtsgeldig zijn.

### 1.1 Opbouw artikel

In deze bijdrage zal worden beschouwd in hoeverre de hiervoor omschreven praktijk van gemeenten juridisch houdbaar was en in hoeverre de reeds gesloten anterieure overeenkomsten waarin de realisering van middeldure huurwoningen is afgedwongen rechtsgeldig zijn. Daarnaast zal worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre de wijziging van het Bro daadwerkelijk een juridische grondslag biedt voor de wijze waarop gemeenten in de praktijk actief sturen op de bouw van middeldure huurwoningen.

## 2. Publiekrechtelijke grondslag voor het stellen van regels ten aanzien van woningbouwcategorieën

Op grond van de Wro kunnen in bestemmingsplannen regels worden opgenomen ten behoeve van de uitvoerbaarheid van de in een bestemmingsplan opgenomen bestemmingen. Deze regels kunnen ook op woningbouwcategorieën zien, met dien verstande dat uitsluitend percentages gerelateerd aan het plangebied in een bestemmingsplan mogen worden opgenomen.<sup>4</sup> Zo kan in een bestemmingsplan bijvoorbeeld worden bepaald dat 20% van de te ontwikkelen woningen in een plangebied sociale

<sup>1</sup> Shanna Derksen is werkzaam als advocaat bij Wijn & Stael Advocaten in Utrecht. Dank is verschuldigd aan Patricia Kleijn en Sjors Zuethoff.

<sup>2</sup> Stb. 2017, 172.

<sup>3</sup> Art. 1.1.1 lid 1 onder j Bro. Onder geliberaliseerde woning voor middenhuur wordt verstaan: 'huurwoning met een aanvangshuurprijs van ten minste het bedrag, bedoeld in artikel 13, eerste lid, onder a, van de Wet op de huurtoeslag, en ten hoogste een in een gemeentelijke verordening bepaalde, jaarlijks te indexerende aanvangshuurprijs, waarbij de instandhouding in die verordening voor ten minste tien jaar na ingebruikname is verzekerd.'

<sup>4</sup> Art. 3.1, lid 1, laatste volzin, Wro.



huurwoningen moeten zijn. Overigens is het niet alleen mogelijk om in bestemmingsplannen een percentage op te nemen, maar ook in het kader van een omgevingsvergunning voor het afwijken van een bestemmingsplan.<sup>5</sup>

In een exploitatieplan kan het in het bestemmingsplan opgenomen percentage worden uitgewerkt, bijvoorbeeld ten aanzien het aantal te bouwen woningen en de situering daarvan.<sup>6</sup> De wetgever heeft overigens bij de totstandkoming van het Bro overwogen dat het vrijwel onvermijdelijk is om hierover regels te stellen in een exploitatieplan.<sup>7</sup> Van de verplichting tot het vaststellen van een exploitatieplan kan door de raad worden afgeweken indien de zaken die in het exploitatieplan kunnen worden geregeld, bijvoorbeeld het kostenverhaal, anderszins is verzekerd. Een ontwikkelaar en een gemeente kunnen bijvoorbeeld afspraken ten aanzien van de grondexploitatie vastleggen in een anterieure overeenkomst. De anterieure overeenkomst is een civielrechtelijke overeenkomst<sup>8</sup>, waarbij contractsvrijheid voorop staat<sup>9</sup>. Dit betekent dat het partijen vrijstaat om ook in een anterieure overeenkomst het percentage aan woningbouwcategorieën verder uit te werken. Aangezien de contractsvrijheid bij een anterieure overeenkomst voorop staat, mag de gemeente vergaande afspraken met de contractspartij maken. Daarbij moet wel worden opgemerkt,

dat deze contractsvrijheid niet onbeperkt is.<sup>10</sup> Op grond van artikel 3:14 BW zijn gemeenten immers ook bij privaatrechtelijk optreden gebonden aan ongeschreven publiekrecht. Aangenomen zou kunnen worden dat over de band van de beginselen van behoorlijk bestuur een zekere reflexwerking uitgaat van de grondexploitatie-regels.<sup>11</sup>

## 2.1 Afdwingen realisatie woningen middenhuursegment vóór inwerkingtreding wijziging Bro

De wetgever heeft er bij inwerkingtreding van de Wro expliciet voor gekozen om de mogelijkheid tot het stellen van regels ten aanzien van woningbouwcategorieën te beperken tot sociale woningbouw (huur en koop) en vrije kavels.<sup>12</sup> Deze categorieën kwamen volgens de wetgever onvoldoende van de grond indien het aan de markt zou worden overgelaten. De wetgever zag op dat moment geen noodzaak om andere woningbouwcategorieën toe te voegen.<sup>13</sup>

Na inwerkingtreding van de Wro is de vraag naar woningen in het middenhuursegment toegenomen, van vijf procent in 2009 tot twaalf procent in 2015. Het aanbod van dergelijke woningen is echter achtergebleven.<sup>14</sup> Gemeenten zochten derhalve naar (publiekrechtelijke) mogelijkheden om de realisatie van middeldure huurwoningen af te dwingen. Aangezien in artikel 3.1.2 Bro vóór de wijziging van het Bro de categorie van middeldure huurwoningen niet was opgenomen, werd (door gemeenten) aangenomen dat het niet mogelijk was via het bestemmingsplan regels te stellen ten aanzien van deze woningbouwcategorie. Het is de

<sup>5</sup> Een omgevingsvergunning in de zin van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 3 van de Wabo. Zie artikel 5.20 Bor.

<sup>6</sup> Art. 6.13, lid 2, onder d, Wro jo. artikel 6.2.10, aanhef en onder a, Bro.

<sup>7</sup> Zie Stb. 2008, nr. 145, p. 80: 'Indien in het bestemmingsplan een percentage is opgenomen met betrekking tot ten minste een van de drie woningbouwcategorieën, is het vrijwel onvermijdelijk om hierover regels te stellen in een exploitatieplan, omdat anders het gevaar dreigt van een willekeurige realisatie, zowel qua situering als qua aanvrager. Een percentageregeling gerelateerd aan het totale plangebied leidt immers tot het beginsel: wie het eerst komt, het eerst maakt. Alleen als het bestemmingsplan voorziet in de bestemming van één gebouw of een percentage van 100%, is een aanvullende regeling in het exploitatieplan niet nodig.'

<sup>8</sup> ABRVS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3444.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 218, nr. 6, p. 18.

<sup>10</sup> Vgl Rb. Noord-Nederland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279 inzake kostenverhaal via een anterieure overeenkomst.

<sup>11</sup> Zo ook A.P.W. Duijkersloot e.a., *De doorkruisingsleer in perspectief: een onderzoek naar de mogelijke inzet van het privaatrecht ter behartiging van publieke belangen in de gemeentelijke praktijk*, Den Haag: Excelsior 2010, p. 108.

<sup>12</sup> Art. 3.1.2 Bro (vóór 1 juli 2017).

<sup>13</sup> Stb. 2008, nr. 145, p. 55.

<sup>14</sup> Kamerstukken II 2016/17, 32 847, nr. 279.

vraag of de wetgever inderdaad heeft bedoeld om in artikel 3.1.2 Bro een limitatieve opsomming te geven van de woningbouwcategorieën ten aanzien waarvan regels kunnen worden gesteld in bestemmingsplannen. De wetgever heeft in het kader van de wijziging van de Wro aangegeven dat het voor gemeenten wenselijk is om in bestemmingsplannen eisen te kunnen stellen met betrekking tot 'een aantal woningbouwcategorieën'. De wetgever heeft de bedoeling gehad om de woningbouwcategorieën die voor opname in een bestemmingsplan in aanmerking komen op te nemen in het Bro.<sup>15</sup> Volgens de wetgever dienden 'in ieder geval' particulier opdrachtgeverschap en sociale woningbouw als woningbouwcategorieën te worden aangemerkt.<sup>16</sup> In de toelichting op het Bro is vervolgens duidelijkheid verschaft over de vraag of bedoeld is om in artikel 3.1.2 een limitatieve opsomming te geven van de woningbouwcategorieën die in een bestemmingsplan kunnen worden opgenomen:

'In de memorie van toelichting bij het voorstel tot wijziging van de Wet ruimtelijke ordening inzake de grondexploitatie is aangegeven dat het wenselijk is dat gemeenten in een bestemmingsplan of bij een projectbesluit eisen kunnen stellen met betrekking tot de in het plangebied of het project te realiseren woningbouwcategorieën. De memorie van toelichting bij het voornoemde wetsvoorstel stelt tevens dat in het ter uitvoering vande nieuwe Wet ruimtelijke ordening vast te stellen Besluit ruimtelijke ordening de woningbouwcategorieën die voor opname in een bestemmingsplan of projectbesluit in aanmerking komen limitatief zullen worden aangegeven, met zo nodig bepalingen die een goede doorwerking en handhaving van deze regels verzekeren.'<sup>17</sup>

Uit de toelichting op het Bro kan dus worden opgemaakt dat de wetgever heeft beoogd om een limitatieve opsomming aan woningbouwcategorieën te geven en het gemeenten dus niet vrijstond om in bestemmingsplannen regels op te nemen ten aanzien van andere woningbouwcategorieën dan genoemd in artikel 3.1.2 Bro (oud). De wetgever lijkt dit ook met zoveel woorden te erkennen in de toelichting op het besluit tot wijziging van het Bro. De wetgever heeft namelijk aangegeven dat met de wijziging van het Bro de mogelijkheden voor gemeenten om eisen te stellen aan woningbouwcategorieën in bestemmingsplannen worden *verruimd* en dat gemeenten de mogelijkheid *krijgen* c.q. dat aan gemeenten de mogelijkheid wordt *gegeven* om in bestemmingsplannen naast de categorieën sociale huur, sociale koop en particulier opdrachtgeverschap ook geliberaliseerde woningen voor middenhuur als een aparte categorie aan te wijzen.<sup>18</sup>

Hieruit kan worden opgemaakt dat de wetgever van mening is dat het stellen van regels ten aanzien van middeldure huurwoningen in bestemmingsplannen vóór 1 juli 2017 niet mogelijk was en een voldoende aanbod van middeldure huurwoningen dus geen ruimtelijk relevant belang is dat hoe dan ook in een bestemmingsplan kan worden geregeld.

### 2.1.1 Grondverkoop en erfpachttuitgifte

Aangezien - naar mijn mening terecht - werd aangenomen dat het vóór 1 juli 2017 niet mogelijk was om de realisatie van middeldure huurwoningen via een bestemmingsplan af te dwingen, zochten gemeenten naar mogelijkheden om via de privaatrechtelijke weg ontwikkelaars ertoe te dwingen middeldure huurwoningen te realiseren.

Een mogelijkheid die gemeenten ter beschikking stond, was het afdwingen van de ontwikkeling van middeldure huurwoningen via grondverkoop of erfpachttuitgifte. Bij grondverkoop staat het gemeenten namelijk vrij om - in haar hoedanigheid van grondeigenaar - met de kopende partij afspraken te maken over de ontwikkeling van middeldure huurwoningen. Door middel van een kettingsbeding of kwalitatieve verplichting werd gewaarborgd dat ook na een eventuele doorverkoop van de gronden andere ontwikkelaars of grondeigenaren aan de gemaakte afspraken konden worden gehouden. De afspraken zagen dan met name op de aanvangshuur, maximale huurstijging, exploitatietermijn en kwalitatieve eisen aan de woning. Na het sluiten van de koopovereenkomst hadden gemeenten echter maar beperkte invloed op het gebruik. Sturing na het sluiten van de koopovereenkomst was niet mogelijk.

Daarnaast konden gemeente in het kader van grondtuitgifte in erfpacht - in afwijking van artikel 5:89 lid 1 BW - via genotsbeperkingen sturen op de realisatie van middeldure huurwoningen door voorwaarden te stellen aan het type, de afmeting en de kwaliteit van huurwoningen en (stijging) van de huurprijzen. Het op deze wijze afdwingen van de ontwikkeling van middeldure huurwoningen had echter gevolgen voor de courantheid van het vastgoed.

### 2.1.2 Sturing via anterieure overeenkomsten

Voornoemde mogelijkheden voor gemeenten om via de privaatrechtelijke weg de ontwikkeling van middeldure huurwoningen af te dwingen konden alleen worden ingezet indien de gemeente een grondpositie had. De laatste jaren is echter de trend gaande dat gemeenten eigen vastgoed afstoten en verkopen, zodat steeds minder vastgoed in handen van gemeenten zelf is. Hierdoor worden en werden gemeenten beperkt in de mogelijkheid om via grondverkoop of grondtuitgifte in erfpacht te sturen op de ontwikkeling van middeldure huurwo-

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 39.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 39.

<sup>17</sup> Stb. 2008, 145, p. 32 en 80.

<sup>18</sup> Stb. 2017, 172, p. 3 en 4.

ningen. Dit had tot gevolg dat gemeenten op zoek gingen naar alternatieve manieren om de realisatie van middeldure huurwoningen af te dwingen. Zij zagen een mogelijkheid om in de anterieure overeenkomsten die werden gesloten met ontwikkelaars te sturen op de ontwikkeling van middeldure huurwoningen. Bij anterieure overeenkomsten staat de contractsvrijheid immers voorop en zijn partijen vrij om te bepalen over welke onderwerpen zij afspraken wensen te maken.

In de praktijk bleken gemeenten hun planologische medewerking aan een bouwplan afhankelijk te stellen van de ontwikkeling van middeldure huurwoningen. Gemeenten hadden op deze manier een zeer sterke onderhandelingspositie. Ontwikkelaars zijn immers voor de bouw en financiering van het project geheel afhankelijk van de planologische medewerking van gemeenten. Veelal was het voor ontwikkelaars geen optie om niet in te stemmen met de eis van de gemeente, aangezien bij het ontbreken van planologische medewerking het bouwplan in het geheel niet zou kunnen worden gerealiseerd. Het gevolg was dat ontwikkelaars bij nader inzien hun bouwplannen flink moesten aanpassen, met alle financiële gevolgen van dien. Er zijn voorbeelden bekend waarin een ontwikkelaar bijna 190 appartementen in de vrije sector wenste te realiseren en de gemeente - als voorwaarde voor planologische medewerking - eiste dat bijna 140 appartementen zouden worden verhuurd in het middenhuursegment.

Voor zover bekend, is nimmer aan een rechter voorgelegd in hoeverre een anterieure overeenkomst, die op een dergelijke wijze tot stand is gekomen rechtsgeldig is. Hierdoor is deze handelswijze tot bestendige praktijk geworden. Als deze handelswijze ter toetsing aan een rechter zou worden voorgelegd is niet uitgesloten dat geoordeeld wordt dat dit (voor zover deze heeft plaatsgevonden vóór de wijziging van de Bro) strijd oplevert met het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising of het verbod van détournement de pouvoir.

### 2.1.3 Doorkruisingsleer

Het gebruik van de privaatrechtelijke weg door de overheid is in algemene zin niet uitgesloten, maar wel begrensd sinds het Windmill-arrest.<sup>19</sup> Bij anterieure overeenkomsten tussen gemeenten en ontwikkelaars staat de contractsvrijheid voorop, maar op basis van de zogenaamde 'Windmill-formule' geldt dat het gebruik van deze privaatrechtelijke bevoegdheden de publiekrechtelijke regeling (i.c. de Wro) niet op onaanvaardbare wijze mag doorkruisen.

<sup>19</sup> HR 26 januari 1990, NJ 1991/393, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, AB *Klassiek* 2009/15 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill).

Van onaanvaardbare doorkruising is in elk geval sprake wanneer de inhoud en strekking van een publiekrechtelijke regeling zich tegen het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid verzet.<sup>20</sup> Indien dit niet blijkt uit de wettekst, kan dit mede volgen uit de wetsgeschiedenis.<sup>21</sup> Een goed voorbeeld in dit verband is het Brandweerkosten-arrest.<sup>22</sup> De Hoge Raad oordeelde, aan de hand van de Windmill-criteria, dat er sprake was van een onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985. De wetgever achtte het niet wenselijk dat brandweerkosten konden worden verhaald op burgers. Dit zou mogelijkterwils voor burgers een drempel opleveren om tot alarmering over te gaan. Het publiekrecht voorzag - gelet op de bedoeling van de wetgever - expliciet niet in een regeling inzake kostenverhaal, zodat kostenverhaal via privaatrechtelijke weg zou neerkomen op onaanvaardbare doorkruising van de Brandweerwet 1985.

Een ander voorbeeld is de Anti-speculatiebeding-uitspraak uit 2006.<sup>23</sup> In deze zaak onderzocht de Hoge Raad wederom de bedoeling van de wetgever, ditmaal inzake het systeem en de strekking van de Huisvestingswet. Overwogen werd dat de wetgever in beginsel de mogelijkheid heeft opengelaten dat gemeenten met betrekking tot woonruimte overeenkomsten naar burgerlijk recht sluiten. Deze overheidsbemoeyenis wordt echter wel begrensd door hetgeen in de Huisvestingswet publiekrechtelijk is geregeld, met inbegrip van voorwaarden als vrije marktwerking en het recht op vrije vestiging. De Huisvestingswet sluit overheidsbemoeyenis met de verdeling van woonruimte boven de in deze wet bepaalde prijsgrenzen uit, indien deze bemoeyenis inhoudt dat aan woningzoekenden bindingseisen worden gesteld.<sup>24</sup> 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 op grond van de wetsgeschiedenis niet in strijd met het systeem en de strekking van de Huisvestingswet. Uit deze uitspraak volgt echter wel dat, indien in een overeenkomst het recht op vrije vestiging zou worden beperkt, er sprake kan zijn van een onaanvaardbare doorkruising.

Het leerstuk van de onaanvaardbare doorkruising komt ook in de grondexploitatiepraktijk geregeld om de hoek kijken, met name in het ka-

<sup>20</sup> Dit is de eerste van de drie niet-cumulatieve 'Windmillcriteria' om te toetsen of er sprake is van onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling.

<sup>21</sup> HR 26 januari 1990, NJ 1991/393, AB 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn, AB *Klassiek* 2009/15 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Windmill), r.o. 3.2.

<sup>22</sup> HR 11 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0788.

<sup>23</sup> HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, O&A 2006/34 (Anti-speculatiebeding).

<sup>24</sup> HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, O&A 2006/34 (Anti-speculatiebeding), r.o. 3.7.4.

der van de vraag of er sprake is van betaalplanologie. Een treffend voorbeeld betreft de zaak die centraal stond in de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 27 september 2011 (Betaalplanologie Horst a/d Maas).<sup>25</sup> In die zaak had de gemeente Horst aan de Maas met een ontwikkelaar een overeenkomst gesloten waarin de gemeente betaling van een bepaald bedrag heeft bedongen in ruil voor het verlenen van planologische medewerking. De ontwikkelaar heeft na het verkrijgen van de 19 WRO-vrijstelling en de bouwvergunning geweigerd om de vergoeding aan de gemeente te betalen omdat er volgens hem geen grondslag bestaat voor het betalen van de vergoeding. De rechtbank Roermond heeft in eerste aanleg geoordeeld dat het betalingsbeding nietig is aangezien de contractuele betalingsverplichting buiten het gesloten stelsel van kostenverhaal onder de WRO (oud) valt. Dit levert volgens de rechtbank een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht op. Het Hof heeft het oordeel van de rechtbank in stand gelaten. Het Hof betreft in haar oordeel dat door de planologische medewerking afhankelijk te stellen van de betaling van een bedrag de ontwikkelaar feitelijk geen contractsvrijheid heeft aangezien bij niet betaling de bouwvergunning niet zou worden verleend.<sup>26</sup> Dit levert een onaanvaardbare doorkruising van de WRO (oud) op. In cassatie is de Hoge Raad niet toegekomen aan de beoordeling van de principiële vraag of er sprake is van een onaanvaardbare doorkruising.<sup>27</sup>

Gelet op voornoemde jurisprudentie is het maar zeer de vraag in hoeverre het gemeenten heeft vrijstaan om vóór 1 juli 2017 in (anterieure) overeenkomsten een regeling overeen te komen ten aanzien van andere woningbouwcategorieën dan die zijn genoemd in artikel 3.1.2 Bro (oud). Het is niet uitgesloten dat onder het Bro (oud) het stellen van eisen aan de realisatie van middeldure huurwoningen een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht opleverde.

Zoals eerder opgemerkt, staat bij het aangaan van anterieure overeenkomsten de contractsvrijheid voorop. Partijen hebben een grote mate van onderhandelingsruimte en de gemeente is niet gebonden aan het publiekrechtelijk kader.<sup>28</sup> Uit voornoemde jurisprudentie volgt echter dat onder omstandigheden sprake kan zijn van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht indien gemeenten gebruik maken van privaatrechtelijke bevoegd-

heden. In hoeverre het inzetten van privaatrechtelijke bevoegdheden is toegestaan, kan volgen uit de publiekrechtelijke regeling zelf of de bedoeling van de wetgever. Het Bro sluit niet uit dat wordt gecontracteerd over het bouwen van middeldure huurwoningen. De wetgever heeft in het kader van de totstandkoming van het Bro echter overwogen dat het onder de WRO (oud) onduidelijk was welke aspecten in het kader van grondexploitatie wel en welke aspecten niet door de gemeente geregeld mochten worden. Dit verminderde volgens de wetgever de rechtszekerheid en gaf onnodige complicaties bij (bijvoorbeeld) privaatrechtelijk optreden. Dit is de reden geweest waarom de wetgever in de Wro buiten twijfel wilde stellen welke eisen door de gemeente konden worden afgedwongen. Bij de totstandkoming van het Bro (oud) is door de wetgever aangegeven dat er geen noodzaak bestond om andere woningbouwcategorieën dan die van de sociale huurwoningen, sociale koopwoningen en particulier opdrachtgeverschap in het Bro op te nemen.<sup>29</sup> Sterker nog, in het kader van de totstandkoming van de Bro (oud) is met zoveel woorden door de wetgever aangegeven dat de woningbouwcategorieën die voor opname in een bestemmingsplan in aanmerking komen limitatief in het Bro zullen worden aangegeven.<sup>30</sup> Uit de bedoeling van de wetgever - het vergroten van de rechtszekerheid en het verminderen van de complicaties bij bijvoorbeeld privaatrechtelijk optreden - en het feit dat in artikel 3.1.2 Bro een limitatieve opsomming is gegeven van de woningbouwcategorieën, zou kunnen worden opgemaakt dat het Bro zich verzet tegen het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid om de realisatie van middeldure huurwoningen af te dwingen. Door via een anterieure overeenkomst alsnog te proberen het limitatieve karakter van artikel 3.1.2 Bro te omzeilen is zeker niet uitgesloten dat publiekrechtelijke regelgeving (Wro/Bro (oud)) op een onaanvaardbare wijze wordt doorkruist.

#### 2.1.4 Verbod van détournement de pouvoir

Daarnaast kan men zich afvragen of de praktijk waarin gemeenten hun planologische planologische medewerking afhankelijk stelden van de ontwikkeling van middeldure huurwoningen geen schending van het verbod van détournement de pouvoir oplevert.

Het verbod van détournement de pouvoir is verankerd in artikel 3:3 Awb: 'Het bestuursorgaan gebruikt de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend'. Het verbod van détournement de pouvoir staat ook in verband met andere

<sup>25</sup> Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BT2861.

<sup>26</sup> Zie ook de noot bij de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2011 van M.A.M. Dieperink in *TBR* 2012/48 en *ABRvS* 3 augustus 2011, *BR* 2011/156.

<sup>27</sup> HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0520. Zie ook HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483 (Gemeente Bladel/Bouwers met Visie).

<sup>28</sup> Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279, *RVR* 2017/115.

<sup>29</sup> *Stb.* 2008, nr. 145, p. 55 (NvT bij het Besluit van 21 april 2008 tot uitvoering van de Wet ruimtelijke ordening (Besluit ruimtelijke ordening)).

<sup>30</sup> *Stb.* 2008, nr. 145, p. 32 en 80.

rechtsbeginselen waaronder het legaliteitsbeginsel<sup>31</sup> en het specialiteitsbeginsel. In het bestuursrecht wordt regelmatig een beroep gedaan op schending van het verbod van détournement de pouvoir. Er is echter maar weinig jurisprudentie beschikbaar waarin een beroep op het verbod slaagt en een besluit vanwege schending van het verbod van détournement de pouvoir tot vernietiging lijdt.<sup>32</sup> Het bekendste arrest van de Hoge Raad in dit verband is het arrest *Alkemade/Hornkamp*.<sup>33</sup>

In de zaak die heeft geleid tot het arrest *Alkemade/Hornkamp* had de gemeente Alkemade een overeenkomst met Hornkamp gesloten, waarin de gemeente zich had verplicht om een herziening van het bestemmingsplan vast te stellen teneinde de bouw van vier woningen planologisch mogelijk te maken. De gemeente Alkemade had haar planologische medewerking afhankelijk gesteld van de vervulling van haar wensen op het gebied van woonruimteverdeling, waaronder de wens dat de door Hornkamp te bouwen woningen zouden moeten worden verkocht of verhuurd aan ingezetenen en /of economisch gebonden van de gemeente. Hornkamp heeft in de overeenkomst met de gemeente Alkemade zich verplicht om bij te dragen in de kosten van de bestemmingsplanherziening en tegemoet te komen aan de wensen van de gemeente ten aanzien van de woonruimteverdeling. Hornkamp vorderde vervolgens schadevergoeding van de gemeente Alkemade vanwege het omstandigheid dat de gemeente haar publiekrechtelijke bevoegdheden voor een ander doel had gebruikt dan waarvoor ze zijn gegeven. De Hoge Raad stelt voorop dat de bevoegdheden die de WRO aan de gemeente verleent, alleen strekken tot behartiging van haar planologische belangen. De gemeente had daarom aan het herzien van het bestemmingsplan geen voorwaarden mogen verbinden ter behartiging van de door haar gewenste woonruimteverdeling. Door haar planologische medewerking afhankelijk te stellen van de contractuele aanvaarding door Hornkamp van de voorwaarde dat de woningen dienen te worden verkocht of verhuurd aan ingezetenen en/of economisch gebonden van de gemeente, heeft de gemeente haar bevoegdheid gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend. De Hoge Raad oordeelt dat dit een schending van het verbod van détournement de pouvoir oplevert. Daarmee handelde de gemeente in strijd met artikel 3:14 BW en was sprake van een met de openbare orde strijdige overeenkomst. De overeenkomst was daarmee op grond van artikel 3:40 lid 1 BW nietig, aldus de Hoge Raad.

<sup>31</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Kluwer: Deventer 2014, p. 325.

<sup>32</sup> Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, Kluwer: Deventer 2014, p. 327.

<sup>33</sup> HR 3 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AN5655, NJ 1998/588 (m.nt. A.R. Bloembergen).

In de literatuur wordt het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Alkemade/Hornkamp* bekritiseerd. Zo is in de literatuur de vraag opgeworpen wat planologische belangen zijn en in hoeverre planologische belangen en bijvoorbeeld woonruimteverdelingsbelangen elkaar zonder meer uitsluiten.<sup>34</sup> Door schrijvers is betoogd dat het in *Alkemade/Hornkamp* niet ging om woonruimteverdeling, maar om woonruimte-schepping en daarmee onderdeel kan uitmaken van een planologisch belang.<sup>35</sup> Welke belangen onder planologische belangen vallen, is dus voor discussie vatbaar. De Hoge Raad heeft zich hier in *Alkemade/Hornkamp* en nadien gewezen rechtspraak niet over uitgelaten. De Hoge Raad heeft nadien echter nog wel bevestigd dat een doelgebonden bevoegdheid (zoals het vaststellen van een bestemmingsplan) zich ertegen verzet dat deze bevoegdheid afhankelijk wordt gesteld van de aanvaarding en naleving van voorwaarden waarmee een ander doel wordt nagestreefd dan waarvoor die bevoegdheid is verleend (artikel 3:13 lid 2 BW en 3:3 Awb).<sup>36</sup>

In dit verband wil ik wijzen op een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland waarin de rechtbank zich heeft uitgelaten over de vraag of een anterieure overeenkomst vanwege een schending van het verbod van misbruik van bevoegdheden nietig dan wel vernietigbaar kan zijn indien in ruil voor planologische medewerking betaling van een bedrag aan plankosten wordt verlangd.<sup>37</sup> De rechtbank heeft in voornoemde zaak geoordeeld dat er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid omdat (onder meer) niet is gebleken dat de gemeente de ontwikkelaar heeft gedwongen de anterieure overeenkomst te sluiten bij gebreke waarvan planologische medewerking zou worden ontzegd. Naast het feit dat aannemelijk zal moeten worden gemaakt dat er sprake is geweest van een bepaalde mate van dwang, volgt uit de jurisprudentie dat het voor een geslaagd beroep op schending van het verbod van misbruik van bevoegdheden ook noodzakelijk is dat wordt aangetoond dat tegen de bestemmingsverruiming geen planologische bezwaren bestaan en de planologische medewerking enkel en alleen is geweigerd vanwege het niet nakomen van de verplichting van de ontwikkelaar.<sup>38</sup> In de praktijk zal het voor ontwikkelaars niet eenvoudig zijn om dit aan te tonen.<sup>39</sup>

De hiervoor omschreven praktijk waarbij gemeenten hun planologische medewerking afhankelijk

<sup>34</sup> HR 3 april 1998 (*Alkemade/Hornkamp*), AB 1998/241 m.nt. Drupsteen.

<sup>35</sup> HR 3 april 1998 (*Alkemade/Hornkamp*), Gst. 1998/7079/3, m.nt. Hennekens.

<sup>36</sup> HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:483, JB 2017/77, r.o. 3.5.3.

<sup>37</sup> Rb. Noord-Holland 30 augustus 2017, RVR 2017/115.

<sup>38</sup> Zie ook ABRvS 3 augustus 2011, BR 2011/156.

<sup>39</sup> Zie ook de noot bij de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2011 van M.A.M. Dieperink in TBR 2012/48.

stelden van de voorwaarde dat een ontwikkelaar middeldure huurwoningen realiseert, heeft raakvlakken met de situatie zoals aan de orde in het arrest *Alkemade/Hornkamp*. Ook bij de handelwijze van de gemeente doet de vraag zich voor in hoeverre het afdwingen van de realisatie van middeldure huurwoningen een planologisch doel dient. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de verplichting tot het realiseren van middeldure huurwoningen is ingegeven door het feit dat er een schaarste aan middeldure huurwoningen bestaat. Het is echter voor discussie vatbaar of het afdwingen van de realisatie van middeldure huurwoningen een volkshuisvestelijk doel of een planologisch doel dient. Gelet op de wetsgeschiedenis en de aanleiding voor de wijziging van het Bro acht ik het verdedigbaar dat met de mogelijkheid tot het stellen van regels in bestemmingsplannen ten aanzien van middeldure huurwoningen primair een volkshuisvestingsdoel is gediend. Daarentegen zou ook betoogd kunnen worden dat met het opnemen van woningbouwcategorieën (meer specifiek de categorie middeldure huurwoningen) in het Bro de ruimtelijke relevantie is gegeven. Artikel 3.1.2 Bro betreft immers een uitwerking van artikel 3.1 Wro op grond waarvan gemeente gehouden zijn bestemmingsplannen ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening vast te stellen. De beantwoording van de vraag of het stellen van regels ten aanzien van middeldure huurwoningen een planologisch doel dient, is derhalve niet eenduidig. Slechts indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de gestelde eisen aan de realisatie van middeldure huurwoningen *geen* planologisch doel dient, kan gesteld worden dat gemeenten hun bevoegdheid om al dan niet te besluiten over te gaan tot het vaststellen van een bestemmingsplan hebben gebruikt om voorwaarden af te dwingen waarvoor geen publiekrechtelijke grondslag bestaat en zij haar bevoegdheid heeft gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Bovendien zal een ontwikkelaar dienen aan te tonen dat hij gedwongen is de eisen te accepteren en dat de gemeente geen planologische bezwaren heeft tegen het bouwplan van de ontwikkelaar. Alleen in dat geval kan een schending van het verbod van détournement de pouvoir kunnen worden aangenomen. Het bewijzen van voornoemde omstandigheden is voor een ontwikkelaar geen eenvoudige opgave.

## 2.2 Consequenties

Voor zover sprake zou zijn van schending van het verbod van détournement de pouvoir of een onaanvaardbare doorkruising met het publiekrecht moet worden aangenomen, doet de vraag zich voor wat de (civielrechtelijke) consequenties daarvan zijn. In het arrest *Alkemade/Hornkamp* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de met schending van het verbod van détournement de pouvoir overeengekomen voorwaarden in strijd met de openbare orde zijn en derhalve nietig op grond van artikel

3:40 BW. Aangenomen mag worden dat een overeenkomst in strijd is met de openbare orde wanneer er sprake is van strijd met de fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie en/of de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel.<sup>40</sup> Bij strijd met de openbare orde dient de overeenkomst als nietig te worden beschouwd. Overigens zou ook kunnen worden betoogd dat détournement de pouvoir meebrengt dat er strijd bestaat met een dwingende wetsbepaling en de overeenkomst vernietigbaar is (artikel 3:3 Awb en 3:14 BW).<sup>41</sup>

Heeft een geslaagd beroep op de onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht of schending van het verbod van détournement de pouvoir tot gevolg dat de gehele overeenkomst nietig of vernietigbaar is of dat er slechts sprake is van partiële nietigheid? Partiële nietigheid is aangewezen indien de nietigheid van een bepaling niet in onverbreekelijk verband staat met het nietige deel.<sup>42</sup> De vraag of van zo'n onverbreekelijk verband sprake is, is een vraag van uitleg van de rechtshandeling waarbij de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling en hetgeen partijen hebben beoogd van belang kunnen zijn. Een rechter dient te beoordelen of voor gedeeltelijke instandhouding van een overeenkomst voldoende rechtvaardiging bestaat.<sup>43</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest *Alkemade/Hornkamp* geoordeeld dat de gehele overeenkomst nietig moet worden geacht omdat uit de inhoud van de overeenkomst blijkt dat de planologische medewerking van de gemeente in onverbreekelijk verband staat met de door de ontwikkelaar aanvaarde eisen. De nietigheid van de gestelde eisen aan de ontwikkelaar brengt volgens de Hoge Raad de nietigheid van de gehele overeenkomst met zich. In de jurisprudentie waarin de toelaatbaarheid van betaalplanning aan de orde is gesteld, is echter meerdere malen geoordeeld dat de overeenkomst partieel nietig moet worden geacht omdat de nietigheid van de financiële bepaling niet in onverbreekelijk verband werd geacht met de rest van de overeenkomst.<sup>44</sup> Of er aanleiding bestaat om een overeenkomst partieel nietig te verklaren, zal afhangen van de inhoud en strekking van de rechtshandeling en de omstandigheden van het geval. Ik kan mij voorstellen dat bij een geslaagd beroep op schending van het verbod van misbruik van bevoegdheden of bij een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht niet altijd de gehele de overeenkomst nietig hoeft te worden geacht. Het aanvaarden van de verplichting om middeldure huurwoningen te realiseren kan immers slechts een onderdeel zijn van een groter

<sup>40</sup> Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht II*, Deventer 1997, nr. 272.

<sup>41</sup> In dat geval is de overeenkomst nietig of vernietigbaar, zie artikel 3:40 lid 2 BW.

<sup>42</sup> Artikel 3:41 BW.

<sup>43</sup> HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123.

<sup>44</sup> Zie Hof 's-Hertogenbosch 27 september 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BT2861 waarin slechts de financiële bepaling nietig werd geacht.

eisenpakket van de gemeente. Voor zover een overeenkomst slechts partieel nietig moet worden geacht (namelijk alleen de bepaling ten aanzien van de verplichting om middeldure huurwoningen te realiseren) zou dit betekenen dat de ontwikkelaar niet gehouden is om de door de gemeente opgelegde aantal middeldure huurwoningen te realiseren en deze woningen in de vrije sector mag verhuren.

### 3. Praktijk na wijziging Bro op 1 juli 2017

#### 3.1 Toepassing kruimelgevallenregeling

Sinds 1 juli 2017 zijn de woningbouwcategorieën in artikel 3.1.2 lid 1 Bro uitgebreid. Er mogen in bestemmingsplannen en omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan<sup>45</sup> eisen (lees: een percentage gerelateerd aan het plangebied) ten aanzien van ‘geliberaliseerde woningen voor middenhuur’ worden opgenomen. Opmerkelijk is dat in de wijziging van het Bro niet is bepaald dat indien gebruik wordt gemaakt van de zogenoemde kruimelgevallenregeling (artikel 2.12, lid 1, onder a, onder 2 van de Wabo) ook eisen mogen worden gesteld aan de realisatie van middeldure huurwoningen. Dit is opvallend nu met ingang van 1 november 2014 het Besluit omgevingsrecht (Bor) is gewijzigd en de reikwijdte van artikel 4 onderdeel 9 van Bijlage II van het Bor is verruimd.<sup>46</sup> In de praktijk wordt een groot deel van de transformatieprojecten vergund met toepassing van dit artikel. Ook bij die projecten stellen gemeenten eisen aan het aantal te realiseren middeldure huurwoningen. De gemeente De Bilt heeft deze leemte reeds geconstateerd in het kader van de internetconsultatie van de wijziging van het Bro. De Minister van Infrastructuur en Milieu heeft op 26 juni 2017 in het algemeen gereageerd op de ingekomen inspraakreacties, maar is niet specifiek ingegaan op dit punt. De vraag is hoe hier in de praktijk mee zal worden omgegaan en in hoeverre gemeenten ermee bekend zijn dat een toepassingsmogelijkheid ontbreekt. De gemeente Utrecht gaat er bijvoorbeeld vanuit dat het wel degelijk mogelijk is om in via de kruimelgevallenregeling bij transformatie eisen te stellen aan middeldure huurwoningen.<sup>47</sup>

Hoewel een wettelijke toepassingsmogelijkheid lijkt te ontbreken, ligt het in de lijn der verwachting dat ontwikkelaars genegen zullen zijn om eisen ten aanzien van middeldure huurwoningen in het kader van een omgevingsvergunning op grond van de kruimelgevallenregeling te accepteren. Indien

zij dit niet doen, zal de gemeente immers een bestemmingsplanprocedure of de procedure tot het verkrijgen van een omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan (artikel 2.12 lid 1 sub a onder 3 Wabo) willen doorlopen. Ontwikkelaars zijn niet bij een dergelijke uitbreidende procedure gebaat.

#### 3.2 Verordening is vereist

Uit de definitie van ‘een geliberaliseerde woning voor middenhuur’ volgt dat een dergelijke woning een aanvangshuurprijs mag hebben die ten minste gelijk is aan het bedrag bedoeld in artikel 13, eerste lid, onder a van de Wet op de huurtoeslag. Dit bedrag is in 2018 vastgesteld op € 710,68. De maximale huurprijs wordt in een gemeentelijke verordening bepaald. Uit de begripsbepaling volgt dat de aanvangshuurprijs jaarlijks mag worden geïndexeerd. In de verordening zal ook een bepaling moeten worden opgenomen ten aanzien van de instandhoudingstermijn. De instandhouding van middeldure huurwoningen moet voor ten minste tien jaar na ingebruikname zijn verzekerd.

Voordat gemeenten de in bestemmingsplannen opgenomen eisen ten aanzien van middeldure huurwoningen ten uitvoer kunnen leggen, dienen zij dus eerst een verordening vast te stellen. Uit de toelichting op de wijziging van het Bro volgt dat het om een met het systeem van de Wro samenhangende gemeentelijke verordening moet gaan, bijvoorbeeld een doelgroepenverordening.<sup>48</sup> Vooral nog zijn er maar zeer weinig gemeenten die een verordening hebben vastgesteld waarin regels zijn opgenomen ter zake middeldure huurwoningen.<sup>49</sup> Pas vanaf het moment dat gemeenten een verordening hebben vastgesteld, zal het voor ontwikkelaars duidelijk zijn onder welke voorwaarden (bijvoorbeeld tegen welke huurprijzen) zij huurovereenkomsten kunnen sluiten. Voor ingebruikname van de woningen zal de verordening derhalve moeten worden vastgesteld.

In het Bro wordt geen maximale huurprijs genoemd. Gemeenten zijn dus geheel vrij in het bepalen van de maximale huurprijs. Over de vraag welke maximale huurprijs redelijk is, laat de wetgever zich niet uit.<sup>50</sup> In de (toelichting op de) wijziging van het Bro wordt aangegeven dat de maximale aanvangshuurprijs jaarlijks wordt geïn-

<sup>45</sup> Art. 2.12, lid 1, onder a, onder 3 Wabo.

<sup>46</sup> Stb. 2014, 333.

<sup>47</sup> Zie het rapport ‘Inzicht in instrumentarium middeldure huur Utrecht’ van Stec Groep dat in het kader van het Actieplan Middenhuur is opgesteld. Hierin staat met zoveel woorden aangegeven: ‘Indien bij transformatie sprake is van een bestemmingswijziging kunt u via de kruimelgevallenregeling (Bor) middeldure huur afdwingen en/of (privaatrechtelijke) afspraken’.

<sup>48</sup> Stb. 2017, 172, p. 5.

<sup>49</sup> De raad van de gemeente Utrecht heeft bijvoorbeeld wel het ‘Actieplan Middenhuur’ vastgesteld, maar nog geen (doelgroepen) verordening. De gemeente Barneveld heeft wel reeds een verordening vastgesteld, de ‘Verordening doelgroepen sociale woningbouw en middenhuur Gemeente Barneveld’.

<sup>50</sup> De gemeente Utrecht is voornemens om de maximale huurprijs vast te stellen op € 950,-. De gemeente Amsterdam heeft de maximale huurprijs vastgesteld op € 985,-.



dexeerd.<sup>51</sup> Het is echter niet duidelijk of de jaarlijkse huurprijsindexatie ook in de verordening moet worden bepaald. Uit de tekst van de Bro blijkt een dergelijke verplichting niet. In de nota van toelichting wordt ten aanzien van de huurprijsindexatie het volgende opgemerkt: *‘De (jaarlijkse) huurverhoging wordt vastgelegd in het huurcontract. Huurders kunnen zelf (privaatrechtelijk) te ‘snelle’ verhogingen van de huur aankaarten bij de verhuurder’*. Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat verhuurders in de huurovereenkomsten met huurders de wijze van indexatie mogen bepalen indien dit niet dwingend in de verordening is bepaald. De vraag die zich vervolgens voordoet, is in hoeverre het Bro verhuurders verbiedt om gedurende de instandhoudingstermijn de huurprijzen van een zittende huurder zodanig te verhogen dat alsnog binnen een korte periode de maximale huurprijs wordt overschreden. Het Bro stelt enkel voorwaarden aan de aanvangshuurprijs. Uit het Bro volgt echter niet dat de huurprijzen, na indexering of verhoging, de in een verordening vast te stellen maximale huurprijs niet mogen overschrijden. Het lijkt alsof op dit punt de contractsvrijheid ten aanzien van de maximale huurprijs en jaarlijkse huurverhoging van partijen blijft gelden. Het is niet uitgesloten dat gemeenten in de op te stellen verordening zullen bepalen dat de hoogte van de huurprijs gedurende de instandhoudingstermijn de maximale huurprijs niet mag overstijgen.<sup>52</sup> Gemeenten zullen eventuele discussies over dit onderwerp kunnen ondervangen door in de doelgroepenverordening zelf een wijze van indexatie op te nemen.<sup>53</sup>

Overigens moet in dit verband worden opgemerkt dat vanaf 13 maart tot 9 april 2018 het concept wetsvoorstel ‘Wet maatregelen middenhuur’ ter consultatie heeft voorgelegd op grond waarvan gemeenten worden geacht om in een huisvestingsverordening de categorieën woningzoekenden aan te wijzen die voor middeldure huurwoningen in aanmerking komen.<sup>54</sup>

#### 4. Conclusie

Vóór inwerkingtreding van de wijziging van het Bro was het voor gemeenten niet mogelijk om te sturen op de ontwikkeling van middeldure huurwoningen. Gemeenten probeerden over de band van een anterieure overeenkomst ontwikkelaars ertoe te dwingen middeldure huurwoningen te realiseren.

Gelet op het limitatieve karakter van artikel 3.1.2 Bro is niet uitgesloten dat de inhoud en strekking van artikel 3.1.2 Bro zich tegen het gebruik van een privaatrechtelijke bevoegdheid verzet en door het sluiten van een anterieure overeenkomst de publiekrechtelijke regeling op een onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Daarnaast zou de handelswijze van gemeenten een schending van het verbod van détournement de pouvoir hebben kunnen opleveren. Gemeenten hebben hun bevoegdheid om al dan niet te besluiten over te gaan tot het vaststellen van een bestemmingsplan in veel gevallen gebruikt om de realisatie van middeldure huurwoningen af te dwingen. Het is de vraag of zij daarmee haar bevoegdheid hebben gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Voor een geslaagd beroep op schending van het verbod van misbruik van bevoegdheden zal een ontwikkelaar aannemelijk moeten maken dat de realisatie van middeldure huurwoningen geen planologisch doel dient, de gemeente geen planologische bezwaren tegen de bestemmingsverruiming heeft en de planologische medewerking enkel en alleen door de gemeente zou of is geweigerd vanwege het niet accepteren van de voorwaarde om middeldure huurwoningen te realiseren. Dit is geen eenvoudige opgave.

Met de inwerkingtreding van de wijziging van het Bro heeft de wetgever een publiekrechtelijke grondslag gecreëerd voor het stellen van eisen aan de realisatie van middeldure huurwoningen in bestemmingsplannen. Gemeenten zullen in een (doelgroepen)verordening de eisen aan middeldure huurwoningen (bijvoorbeeld de huurprijzen en de instandhouding van de huurwoningen) nader moeten uitwerken. Verhuurders zullen de huurovereenkomsten conform de (doelgroepen)verordening moeten opstellen en de middeldure huurwoningen conform de (doelgroepen)verordening moeten verhuren. Vooralsnog lijken weinig gemeenten een (doelgroepen)verordening te hebben opgesteld.

Hoewel aan gemeenten een mooi instrument is gegeven om te sturen op de ontwikkeling van middeldure huurwoningen, is het echter maar zeer de vraag in hoeverre gemeenten gebruik zullen (blijven) maken van deze bevoegdheid en of gemeenten in de praktijk de gestelde eisen zullen afdwingen. De praktijk zal moeten uitwijzen of met de wijziging van het Bro het aanbod van middeldure huurwoningen daadwerkelijk zal gaan toenemen. ●

<sup>51</sup> Dit was kennelijk ook de bedoeling van de Minister voor Wonen en Rijksdienst, zie *Kamerstukken II 2016/17, 32 847, nr. 283, p. 7*.

<sup>52</sup> Zie ook Concept Verordening doelgroepen woningbouw Amsterdam 2018 d.d. 20 februari 2018.

<sup>53</sup> Zie bijvoorbeeld de doelgroepenverordening van de gemeente Barneveld, de ‘Verordening doelgroepen sociale woningbouw en middenhuur Gemeente Barneveld’.

<sup>54</sup> <<https://www.internetconsultatie.nl/middenhuur>>.