

Juridische aandachtspunten inzake een zelfbewoningplicht

Inhoud

1 Inleiding	2
1.1 Probleemstelling	2
1.2 Zelfbewoningsplicht	2
2 Samenvatting	3
2.1 Privaatrechtelijke mogelijkheden (bij nieuwbouw) (zie par. 3.1)	3
2.2 Publiek rechtelijke mogelijkheden (bij bestaande woningen) (zie par. 3.2)	3
2.2.1 Eigendomsrecht (zie par. 3.2.1)	3
2.2.2 Vrij verkeer van kapitaal (zie par. 3.2.2)	3
2.2.3 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging (zie par. 3.2.3)	3
2.3 Overige juridische aandachtspunten (zie par. 3.3)	3
3 Juridische aandachtspunten inzake zelfbewoningplicht	4
3.1 Privaatrechtelijke mogelijkheden (bij nieuwbouw)	4
Kwalitatieve verplichting/kettingbeding	4
Aantasting kwalitatieve verplichting/kettingbeding	4
3.2 Juridische aandachtspunten bij een publiekrechtelijke regeling (bestaande bouw)	5
3.2.1 Eigendomsrecht	5
3.2.2 Vrijheid van kapitaal	6
Beperking van het vrij verkeer	6
Non-discriminatie	6
Rechtvaardigingen	6
Proportionaliteit (evenredigheid)	7
3.2.3 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging	8
Non – discriminatie	8
Rechtvaardiging	9
Proportionaliteit	9
3.3 Andere juridische aandachtspunten	9
3.3.1 Nut, noodzaak, effectiviteit	9
3.3.2 Verhouding tot andere wetgeving	10
3.3.3 Gelijkheidsbeginsel	10
3.3.4 Uitzonderingen, vergunningen	10
3.3.5 Handhaafbaarheid	10
3.3.6 Administratieve en bestuurlijke lasten	11

1 Inleiding

1.1 Probleemstelling

Een aantal grotere gemeenten (waaronder Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht) zoekt naar mogelijkheden om het opkopen van woningen door investeerders om ze daarna tegen excessieve huurprijzen in de markt zetten tegen te gaan. Dit speelt met name bij goedkope en middenhuurwoningen. Hierdoor neemt de woonruimtevoorraad van betaalbare woonruimte af en de schaarste aan dit soort woningen toe. Daarnaast heeft dit effecten op de leefbaarheid omdat er bij deze tegen (te) hoge huurprijzen in de marktgezette huurwoningen een hoge mutatiegraad zou zijn. Hetgeen gevolgen kan hebben voor de sociale cohesie.

Daarom wordt voorgesteld om een zelfbewoningsverplichting in te kunnen stellen. Hierdoor zouden door de gemeente aangewezen woningen uitsluitend bewoond mogen worden door de eigenaar. Dit betekent ook dat deze woningen niet zonder een ontheffing (vergunning) van dit verbod mogen worden verhuurd.

1.2 Zelfbewoningsplicht

Bij een zelfbewoningsverplichting moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds nieuwbouw en anderzijds bestaande woningen.

Indien de gemeente bij voorbeeld eigenaar is van de grond waarop nieuwbouw plaatsvindt, heeft de gemeente een aantal privaatrechtelijke mogelijkheden om te bedingen dat de kopers van die woningen er ook zelf moeten wonen. De gemeente mag van zijn privaatrechtelijke bevoegdheden gebruik maken tenzij een publiekrechtelijke regeling zich daartegen uitdrukkelijk verzet of daardoor op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist¹. Verder dient de gemeente zich ook bij haar privaatrechtelijke handelingen te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur, zorgvuldigheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel, evenredigheidsbeginsel, enz. Zo moet de gemeente bijvoorbeeld ook bij erfpachtsverhoudingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen². Op de privaatrechtelijke mogelijkheden wordt ingegaan in paragraaf 3.1.

Bij een zelfbewoningverplichting voor bestaande woningen wordt gedacht aan een verbod om een woning te verkopen aan een persoon er na de aankoop niet zijn woonadres zal hebben. Dit kan uiteraard ook vormgegeven worden als een verbod voor de nieuwe eigenaar om na aankoop van de woning te verhuren aan derden. De gemeente zou de categorieën woningen waarvoor dit verbod geldt kunnen aanwijzen in de verordening, waarbij ook gedifferentieerd zou kunnen worden tussen bepaalde gebieden in de gemeente. Aangezien deze problematiek voornamelijk als doel heeft de woonruimtevoorraad en de leefbaarheid te beschermen, zal zo een verbod uitsluitend kunnen worden toegepast indien dat noodzakelijk is om de onrechtvaardige en onevenwichtige effecten van schaarste te mitigeren of leefbaarheid te behouden. Er zullen zich altijd situaties voordoen er een ontheffing van dit verbod mogelijk moet zijn. Daarom bestaat de mogelijkheid dat de eigenaar een vergunning aanvraagt voor de verhuur van de woning. Op de publiekrechtelijke mogelijkheden wordt ingegaan in paragraaf 3.2.

¹ HR 26 januari 1990, *AB* 1990, 408 en *NJ* 1991, 393 (Staat/Windmill).

² HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. SC en *BR* 1987, p. 533 m.nt. DH.

2 Samenvatting

Een publiekrechtelijke zelfbewoningsplicht voor bestaande woningen moet in eerste instantie zo vormgegeven worden dat ze niet in strijd is met het hogere recht (mensenrechten, Europeesrecht). Dit moet onderbouwd in de memorie van toelichting bij een wetsvoorstel door de wetgever. Indien de wetgever een bevoegdheid geeft aan de gemeente om dit verder te regelen in een gemeentelijke verordening zal ook de gemeenteraad dit moeten onderbouwen en motiveren in de verordening. Daarnaast moet ook rekening gehouden worden met de kaders van de bestaande wet- en regelgeving.

2.1 Privaatrechtelijke mogelijkheden (bij nieuwbouw) (zie par. 3.1)

In geval van nieuwbouw heeft een gemeente een aantal privaatrechtelijke mogelijkheden om met name bij de verkoop/in erfpacht uitgeven van de grond een zelfbewoningsplicht of verhuurverbod te realiseren (via een kettingbeding respectievelijk een kwalitatieve verplichting). Er zijn verschillende mogelijkheden in het Burgerlijk Wetboek om (te proberen) dergelijke bedingen aan te tasten.

In geval van bestaande bouw lijkt er geen privaatrechtelijke ingang aanwezig voor een gemeente om een zelfbewoningsplicht of verhuurverbod te realiseren. Wel blijven uiteraard eerder door een gemeente bij nieuwbouw gerealiseerde kettingbedingen of kwalitatieve verplichtingen in beginsel hun werking behouden voor opvolgende woningeigenaren.

2.2 Publiek rechtelijke mogelijkheden (bij bestaande woningen) (zie par. 3.2)

2.2.1 Eigendomsrecht (zie par. 3.2.1)

Een beperking van het eigendomsrecht is uitsluitend gerechtvaardigd indien:

- deze noodzakelijk is in het algemeen belang
- deze bij wet is voorzien
- er een "fair balance" is tussen het nagestreefde doel en de belangen van de eigenaren

2.2.2 Vrij verkeer van kapitaal (zie par. 3.2.2)

Een beperking van de vrijheid van kapitaal en van vestiging is uitsluitend mogelijk indien de maatregel:

- geen direct of indirect onderscheid maakt tussen personen uit Nederland en andere EU-lidstaten (non-discriminatie)
- een dwingende reden van algemeen belang nastreeft
- proportioneel is

2.2.3 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging (zie par. 3.2.3)

Een beperking van de vrijheid tot het verstrekken en aanbieden van diensten is uitsluitend mogelijk indien de maatregel:

- geen direct of indirect onderscheid maakt tussen personen uit Nederland en andere EU-lidstaten (non-discriminatie)
- een dwingende reden van algemeen belang nastreeft
- proportioneel is

2.3 Overige juridische aandachtspunten (zie par. 3.3)

Bij het opstellen van wet- en regelgeving dient ook onderzocht te worden hoe de maatregel past in het bredere kader van hetgeen op dat beleidsterrein reeds geregeld is, alsmede met de uitgangspunten van het integraal afwegingskader.

3 Juridische aandachtspunten inzake zelfbewoningplicht

3.1 Privaatrechtelijke mogelijkheden (bij nieuwbouw)

Kwalitatieve verplichting/kettingbeding

In geval van nieuwbouw kan een gemeente in beginsel, indien dit in overeenstemming is met de doorkruisingsleer (zie onder 1.2), gebruik maken van privaatrechtelijke mogelijkheden om een zelfbewoningsplicht of verhuurverbod te realiseren. Dit kan worden vormgegeven door een kettingbeding of kwalitatieve verplichting, te realiseren door een gemeente bij met name de verkoop en/of uitgifte van grond. Van een kwalitatieve verplichting is sprake als bij overeenkomst wordt bedongen dat de verplichting ten aanzien van een registergoed om iets te dulden of niet te doen, zal overgaan op derden die het goed of een recht daarop zullen verkrijgen (artikel 6:252 BW). De overeenkomst moet worden neergelegd in een notariële akte en worden in geschreven in de openbare registers. Latere eigenaren zijn dan van rechtswege (lees: automatisch) gebonden aan het beding. Het beding kan inhouden dat bij overtreding daarvan een boete wordt verbeurd.

Als de figuur van kwalitatieve verplichting niet kan worden gebruikt (bv. omdat geen sprake is van een verplichting om iets te dulden of niet te doen), dan komt de figuur van het kettingbeding in beeld. Dit is eveneens een beding in een overeenkomst, waarin de nieuwe eigenaar van een goed op zich neemt om bepaalde verplichtingen aan opvolgende verkrijgers op te leggen. Dit beding is meestal vorm gegeven op straffe van een boete ten behoeve van de oorspronkelijke verkoper. Het grote verschil met de kwalitatieve verplichting is dat de nieuwe eigenaar hier niet automatisch aan gebonden is: het beding zal elke keer opnieuw bij overeenkomst moeten worden doorgegeven. Gebeurt dit niet, dan is de nieuwe eigenaar slechts aan het beding gebonden indien hij onrechtmatig zou handelen jegens de oorspronkelijke verkoper als hij het beding niet zou aanvaarden. Doorbreking van de ketting is dan dus niet uitgesloten.

Om te bezien of uitgekomen wordt bij de kwalitatieve verplichting of het kettingbeding is doorslaggevend hoe het beding wordt geformuleerd. Als bv. het beding inhoudt dat de woning niet mag worden verhuurd (verplichting om iets niet te doen), lijkt een kwalitatieve verplichting mogelijk. Als het beding bv. inhoudt dat de eigenaar zelf in de woning moet wonen (verplichting om iets te doen), dan is een kwalitatieve verplichting niet mogelijk en komt het kettingbeding in beeld.

Aantasting kwalitatieve verplichting/kettingbeding

Uitgangspunt uiteraard juist van dergelijke bedingen is dat deze voor een zekere tijd gelden. In het BW is echter een specifieke bepaling opgenomen over wijziging of ontbinding van een dergelijk beding (artikel 6:259). Op vordering van degene op wie de verplichting rust kan de rechter de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of geheel of gedeeltelijk ontbinden:

- a. als ten minste tien jaren na het sluiten van de overeenkomst zijn verlopen en het ongewijzigd voortduren van de verplichting in strijd is met het algemeen belang; of
- b. indien de schuldeiser bij de nakoming van de verplichting geen redelijk belang meer heeft en het niet aannemelijk is dat dit belang zal terugkeren.

Naast deze specifieke bepaling voor aantasting van kettingbedingen en kwalitatieve verplichtingen bestaat ook de algemene mogelijkheid dat een rechter wijziging of ontbinding uitspreekt in geval van onvoorziene omstandigheden die "van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten" (artikel 6:258 BW). Verder is denkbaar dat geprobeerd wordt om bedingen, als deze via algemene voorwaarden zijn overeengekomen, als onredelijk bezwarend te kwalificeren en te laten vernietigen (artikelen 6:233-235 BW). Daarnaast geldt dat "een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing [is], voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn" (artikel 6:248 lid 2 BW). Ten

slotte: overheden zijn bij uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden ook gebonden aan geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht (artikel 3:14 BW), in het bijzonder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Kortom: een kwalitatieve verplichting en kettingbeding zijn niet onaantastbaar.

Uit jurisprudentie omtrent de zelfbewoningsplicht kan worden afgeleid dat een privaatrechtelijk vormgegeven plicht tot zelfbewoning in beginsel toelaatbaar lijkt. Relevant lijkt met name wel om goed stil te staan bij hoe lang die verplichting steeds voor een opvolgende eigenaar kan gelden, alsmede dat voorzien is in een systeem van ontheffing. Mogelijkheden privaatrecht bij bestaande bouw

In geval van bestaande bouw lijkt er geen privaatrechtelijke ingang aanwezig voor een gemeente om een zelfbewoningsplicht of verhuurverbod te realiseren. Wel blijven uiteraard eerder door een gemeente bij nieuwbouw gerealiseerde kettingbedingen of kwalitatieve verplichtingen in beginsel hun werking behouden voor opvolgende woningeigenaren.

3.2 Juridische aandachtspunten bij een publiekrechtelijke regeling (bestaande bouw)

3.2.1 Eigendomsrecht

Een zelfbewoningsplicht voor bestaande woningen is een beperking (regulering) van het eigendomsrecht, dat onder meer beschermd is in artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

De huidige eigenaar wordt omwille van deze op de woning rustende beperking, beperkt in het ongestoord genot van zijn eigendom. Hij kan niet zonder meer met zijn eigendom wat hij wil en door de zelfbewoningsplicht kan de waarde van zijn eigendom dalen. Mogelijk zal hij bij verkoop van de woning niet dezelfde verkoopprijs kunnen realiseren als waarop hij mogen rekenen op het moment dat hij de woning kocht.

Een beperking (regulering) van het eigendomsrecht is slechts toelaatbaar indien ze gerechtvaardigd is. Dit houdt in dat voldaan zijn aan drie voorwaarden:

- De beperking moet noodzakelijk zijn in het algemeen belang. Dit wil zeggen dat de maatregel een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. De wetgever heeft in dit kader een "wide margin of appreciation", maar de maatregel moet wel deugdelijk worden onderbouwd, o.a. wat betreft doelstelling en de zekerheid dat het beoogde effect wordt bereikt (noodzaak/effectiviteit);
- De maatregel moet bij wet voorzien zijn. Dat betekent dat de beperking voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar in de toepassing moet zijn.
- Er moet sprake zijn van een "fair balance" tussen het nagestreefde doel en de belangen van de woningeigenaren. Dit betekent dat onder meer in kaart moet worden gebracht welke negatieve effecten de maatregel heeft voor woningeigenaren (met name qua waardedaling). Indien er geen "fair balance" is, kan het noodzakelijk zijn om compensatie te geven aan de eigenaren en/of door middel van overgangsrecht voldoende rekening te houden met hun positie.

Ook al wordt op regelgevingsniveau aan deze voorwaarden voldaan, dan nog kan de rechter oordelen dat in een concreet geval sprake is van een individuele en buitensporige last die tot schending van het eigendomsrecht leidt. Daarom dient in de regelgeving altijd voorzien te worden in een mogelijkheid tot ontheffing of een hardheidsbepaling.

3.2.2 Vrijheid van kapitaal

Beperking van het vrij verkeer

Artikel 63 VWEU (het vrij verkeer van kapitaal) is van toepassing op grensoverschrijdende situaties. In het geval van investeringen is er doorgaans sprake van een grensoverschrijdende situatie³. Elke potentiële beperking is in principe in strijd met de vrij verkeersbepalingen.

In eerste plaats moet worden vastgesteld of een zelfbewoningsplicht een beperking vormt van deze vrijheden. Volgens het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) is er sprake van een beperking van het vrij verkeer van kapitaal wanneer een woonplaatsvereiste grensoverschrijdende investeringen kan ontmoedigen⁴. Maatregelen die onderscheid maken naar een woonplaats mogen geen verkapte beperking zijn van het vrij verkeer⁵. Een woonplaatsvereiste maakt het immers moeilijker voor niet-ingezetenen om investeringen te verrichten. Zo heeft het HvJ EU geoordeeld dat er sprake is van een beperking van artikel 63 VWEU wanneer een maatregel potentieel niet-ingezetenen ontmoedigt om in en andere lidstaat in onroerend goed investeringen te doen. Daarmee kan een woonplaatsvereiste ook op grond van artikel 49 VWEU een beperking vormen voor het vestigen in Nederland.⁶ Bovendien beschouwt het HvJ EU een voorafgaande administratieve toestemming voor grensoverschrijdende investeringen in bouwprojecten als een beperking v op zowel het vrij verkeer van kapitaal als het vrij verkeer van vestiging⁷. Bij de voorgestelde zelfbewoningsplicht lijkt het om een administratieve toestemming te gaan en dus een beperking van deze vrijheden. Omdat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op dergelijke beperkingen op de vrijheid van vestiging wordt hier nader op ingegaan in paragraaf 3.3.

Non-discriminatie

Een beperking op het vrij verkeer kan slechts gerechtvaardigd worden op grond van het Unierecht, zolang een maatregel geen direct of indirect onderscheid maakt naar nationaliteit, en Nederlandse natuurlijke en rechtspersonen en die uit andere lidstaten gelijk behandelt. In dat geval kan een beperking gerechtvaardigd worden omwille van een dwingende reden van algemeen belang. Dat betekent dat een beperking van de vrij verkeerregels proportioneel (evenredig) moet zijn.

In het geval van een zelfbewoningsplicht is het de vraag of onderscheid gemaakt wordt tussen ingezetenen en niet-ingezetenen. Om te voorkomen dat een zelfbewoningsplicht een dergelijk onderscheid maakt, moet deze berusten op het beginsel van gelijke behandeling. Een duidelijk voorbeeld van een beperking met onderscheid is een verbod om een tweede woning te verkrijgen in een lidstaat⁸. Deze maatregel heeft namelijk als effect dat hoofdzakelijk niet-ingezetenen worden getroffen.

Rechtvaardigingen

Op grond van artikel 65 VWEU kan een maatregel een objectieve rechtvaardiging vormen op een beperking van het vrij verkeer van kapitaal. In dat geval moet aangetoond worden dat er sprake is van gelijke behandeling in gelijke situaties.

Naast deze Verdragsuitzonderingen heeft het de rechtvaardiging van een dwingende reden mogelijk gemaakt voor niet-discriminerende beperkingen op het vrij verkeer van kapitaal (en het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging, zie 3.3). Een dwingende reden rechtvaardigt een beperking

³ C-250/08, Commissie t België

⁴ C-307/05, Festersen

⁵ C-244/15, Commissie t Griekenland

⁶ C-191/11, Libert

⁷ C-567/07, Servatius

⁸ C-476/10, Pepic en Hilde

op het vrij verkeer zolang de maatregel als een legitieme dwingende reden als doel heeft en voldoet aan het beginsel van proportionaliteit. Deze toets valt uiteen in een toets aan de geschiktheid (effectiviteit) en een toets aan de noodzakelijkheid (is een minder vergaande maatregel mogelijk) van de maatregel. Een maatregel moet dus een legitiem belang nastreven en geschikt en noodzakelijk zijn.

Voorbeelden van dwingende redenen die het Hof heeft genoemd in haar vrij verkeersrechtspraak over het vrij verkeer van kapitaal betreffen: ruimtelijke ordening, het tegengaan van speculatie op de grondmarkt, het handhaven van permanente bewoning op het platteland⁹, bescherming van het stedelijk milieu en sociaal-maatschappelijke vereisten voor huisvesting (Sint Servatius). Andere voorbeelden in de vrij verkeersrechtspraak betreffen doelstellingen het financiële evenwicht van sociaal beleid en het bestrijden van sociale fraude en voorkoming van misbruik¹⁰. Bovendien is op dit moment een prejudiciële procedure gestart door het Franse Hof van Cassatie over de vraag of "doelstellingen inzake de bestrijding van het tekort aan huurwoningen" een dwingende reden van algemeen belang vormt die een nationale maatregel kan rechtvaardigen¹¹.

Proportionaliteit (evenredigheid)

De proportionaliteitstoepassing bestaat uit een toets aan de geschiktheid (effectiviteit) en de noodzakelijkheid (is een minder vergaande maatregel ook mogelijk) van een maatregel.

Geschiktheid

De geschiktheidstoets vereist dat er een causaal verband bestaat tussen de maatregel en het beoogde doel ervan. Om te beoordelen of een maatregel geschikt is, heeft het Europees Hof binnen het vrij verkeer de test ontwikkeld dat het legitieme doel op een "coherente en stelselmatige wijze" gerealiseerd moet worden. Het HvJ EU beziet of de maatregel daadwerkelijk kan bijdragen aan de doelstelling of tot een tegenstrijdig resultaat kan leiden. Hierbij betreft het HvJ EU ook of de maatregel in potentie ongelijke marktvoorwaarden tot gevolg kan hebben. Duidelijk moet aangetoond worden welke effecten de maatregel zal hebben. Zo voerde Duitsland in zaak Grundstücksgemeinschaft Busley aan dat een belastingmaatregel voor het bevorderen van de bouw van huurwoningen noodzakelijk was om het tekort aan woningen in Duitsland tegen te gaan.¹² Het HvJ EU wees dit af, omdat niet de verschillende regionale effecten waren aangetoond. Een maatregel is niet coherent en stelselmatig indien deze niet gebaseerd is op objectieve, transparante en niet-discriminerende voorwaarden. Een maatregel is pas geschikt indien de regeling vooraf kenbaar is, gebaseerd is op objectieve criteria, niet discrimineert en bovendien de beoordelingsbevoegdheid van de overheid begrenst.¹³ Bovendien is belangrijk dat de duur van de maatregel evenredig is.

Ten opzichte van de geschiktheid van een zelfbewoningsplicht kunnen de specifieke kenmerken van een nationale woningmarkt meegewogen worden. Zo overwoog het HvJ EU in Servatius dat een administratieve toestemming om grensoverschrijdend te bouwen in verhouding stond tot het te bereiken doel: voldoende woningaanbod voor Nederlandse woningzoekenden.¹⁴ Het HvJ EU hield hier rekening met een structureel woningtekort en een bijzonder hoge bevolkingsdichtheid op de Nederlandse woningmarkt. Een zelfbewoningsplicht moet dus coherent en systematisch een doelstelling van huisvestingsbeleid nastreven. Dat betekent dat een weigering tot het verlenen van een woonstatus, op grond van de maatregel, aangevochten moet kunnen worden voor de rechter. Een zelfbewoningsplicht zal geen permanente maatregel kunnen zijn en mag geen structurele beperking van het vrij verkeer inhouden. Hier moeten positieve effecten voor de woningmarkt afgewogen

⁹ C-307/05, Festersen

¹⁰ C-33/17, Cepelnik

¹¹ Zaak C-724/18, Cali Apartments

¹² C-35/08, Grundstücksgemeinschaft Busley

¹³ C-302/97 *Konle*, C- 515/99 *Reisch*.

¹⁴ C-567/07, Servatius

worden tegen de effecten op het vrij verkeer van kapitaal (en ook vestiging, zie paragraaf 3.3). Ook eventuele vergunningen of ontheffingen bij de zelfbewoningsplicht moeten aan dezelfde geschiktheidsanalyse onderworpen worden.

Noodzakelijkheid

De noodzakelijkheid van een maatregel houdt in dat minder ingrijpende alternatieven niet beschikbaar zijn om het beoogde doel te bereiken. Een geheelverbod op het aanbieden van economische activiteiten is een duidelijk voorbeeld van een maatregel die verder gaat dan noodzakelijk. Ten aanzien van het vereiste van noodzakelijkheid geldt de vraag of er minder ingrijpende maatregelen voor handen zijn. Dat betekent dat de zelfbewoningsplicht de minst beperkende maatregel moet zijn voor het vrij verkeer van kapitaal en vestiging. Er zal dus moeten worden aangetoond dat de positie van middeninkomens op lokale woningmarkten alleen met een woonplicht kan worden bereikt. Hierbij moeten ook de uitwerkingen van alternatieve beleidsmaatregelen, zoals bijv. fiscale stimuleringsmaatregelen voor particulieren, vergeleken worden met de zelfbewoningsplicht. Maatregelen die de vorm aannemen van een verbod, zoals een verhuurverbod (*de facto* ook een woonplicht na aankoop), zijn in de regel niet de minst ingrijpende maatregelen.

3.2.3 Vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging

Een zelfbewoningsplicht kan, gezien vanuit de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, gezien worden als een vergunningsstelsel op grond van de Dienstenrichtlijn (op grond van artikel 4, lid 6, van de Dienstenrichtlijn). Dit is een beperking op het vrij verkeer. Verhuurders en huurders van woningen verrichten of ontvangen namelijk een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Een dienst die valt onder de Dienstenrichtlijn is gedefinieerd als elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt¹⁵. Er is sprake van vestiging wanneer een natuurlijke persoon of rechtspersoon uit een lidstaat voor onbepaalde tijd en op een duurzame wijze diensten verricht in een andere lidstaat. De Dienstenrichtlijn is zowel van toepassing op diensten als op vestiging.

De verplichting tot inschrijving in een register valt ook aan te merken als een vergunningsstelsel. Er is dan sprake van een beperking op grond van de vrijheid van vestiging, die evenwel op grond van artikel 9, lid 1, van de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd kan worden op grond van een dwingende reden van algemeen belang. Een zelfbewoningsplicht houdt in dat er een verbod is op het verhuren van de woning zonder een ontheffing of vergunning en daarmee dat er sprake is van een beperking. Een vergunningsplicht valt onder de term "vergunning" in de zin van artikel 4, zesde lid, van de Dienstenrichtlijn en treft de dienstverrichters die in Nederland woonruimte willen verhuren. Dat betekent dat hoofdstuk III en IV van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn, in het bijzonder de artikelen 9, 14 en 15 die zien op de vestiging van dienstverrichters en op eisen en vergunningstelsels die van toepassing zijn op dienstverrichters. Onder een vergunningstelsel wordt verstaan elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt dat hij bij een bevoegde instantie stappen moet ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit¹⁶. Daarnaast moet rekening gehouden worden met de artikelen 10 tot en met 13 van de Dienstenrichtlijn die gaan over de wijze van afgifte van een vergunning.

Non – discriminatie

Net zoals bij een beperking van het vrij verkeer van kapitaal mag een maatregel niet discrimineren op grond van de dienstenrichtlijn. Het discriminatieverbod in de dienstenrichtlijn houdt in dat kwantitatieve of territoriale beperkingen verboden zijn. Bovendien is het niet toegestaan dat niet-

¹⁵ Artikel 4, eerste lid, van Richtlijn 2006/123/EG (hierna: de Dienstenrichtlijn)

¹⁶ Artikel 4, zesde lid, van de Dienstenrichtlijn

ingezetenen een verbod krijgen om op het Nederlandse grondgebied meer dan één vestiging te hebben. Het is daarom belangrijk dat een vergunningensysteem geen discriminerende werking heeft. Zie ook de uitleg over het discriminatieverbod zoals uiteengezet in paragraaf 3.2.

Rechtvaardiging

Het stellen van een zelfbewoningsplicht moet worden gerechtvaardigd aan de hand van de criteria van artikel 15, eerste en derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Kern van deze rechtvaardiging is dat moet worden aangetoond welke dwingende redenen van algemeen belang met deze beperking wordt gediend, en dat deze eisen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en dat ze niet verder gaan dan wat nodig is om dat doel te bereiken. Tot slot is er een verplichting tot notificatie bij de Europese Commissie van een dergelijke beperking ingevolge artikel 15, zevende lid, van de Dienstenrichtlijn.

Proportionaliteit

Vergelijkbaar aan de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zoals omschreven in paragraaf 3.2. dient gemotiveerd te worden of de woonplicht geschikt is ten aanzien van een dwingende reden. Dat betekent dat de maatregel daadwerkelijk moet bijdragen tot het beoogde doel. Bovendien moet de maatregel noodzakelijk zijn. Dat betekent dat het beoogde doel niet door een minder beperkende maatregel kan worden bereikt.¹⁷ Daarbij moet nagegaan worden waarom een vergunning *ex ante* nodig is in plaats van een controle achteraf. Indien nadere voorwaarden aan de vergunning worden verbonden, moeten deze onder andere voldoen aan de artikelen 10 tot en met 13 van de Dienstenrichtlijn. Dit betekent dat voorkomen moet worden dat de beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze zouden kunnen worden uitgeoefend. In het bijzonder geldt dat absolute verboden en kwantitatieve beperkingen van een activiteit normaliter als uiterste maatregel opgelegd.¹⁸ Daarom doorstaan zij de noodzakelijkheidstoepassing doorgaans niet. Zij worden alleen toegepast wanneer er geen minder beperkende vereisten kunnen worden gebruikt om een legitieme doelstelling van algemeen belang te realiseren.

3.3 Andere juridische aandachtspunten

Bij het verder uitwerken van een zelfbewoningsplicht dient naast de economische en maatschappelijke effecten ook rekening gehouden te worden met een aantal uitgangspunten waaraan wet- en regelgeving dient te voldoen. Deze zijn onder andere opgenomen in het integraal afwegingskader (IAK). Een aantal onderwerpen verdienen daarbij extra aandacht.

3.3.1 Nut, noodzaak, effectiviteit

Bij iedere vorm van regelgeving moet het nut en de noodzaak voldoende worden onderbouwd, alsmede de proportionaliteit en effectiviteit ervan. Nog steeds is bij een zelfbewoningsplicht niet geheel duidelijk welk probleem moet worden opgelost. Het is belangrijk dit heel duidelijk te krijgen omdat op basis hiervan ook de beperkingen (par. 3) moeten worden gerechtvaardigd. Wat is het doel van de zelfbewoningsplicht:

- Tegengaan van te hoge huren van woningen?
- Bevordering eigen woningbezit?
- Stabiliseren van de ontwikkeling van de prijzen voor koopwoningen?

¹⁷ C-340/14 en C-341/14, *Trijber*, r.o. 70.

¹⁸ C-476/10, *Pepic en Hilde*

- Tegengaan van (malafide) investeerders?
- Leefbaarheid bevorderen of in stand houden?
- ...

Daarnaast zal moeten worden aangetoond dat het om een urgent probleem gaat waarvoor geen andere beleidsinstrumenten dan wetgeving voor handen zijn. Ook zal moeten worden aangetoond dat de zelfbewoningsplicht de minst ingrijpende variant is alsmede dat en hoe door het invoeren ervan de doelstellingen ervan kunnen worden gerealiseerd.

3.3.2 Verhouding tot andere wetgeving

Er is al wetgeving die ziet op de huurprijzen, bevorderen van leefbaarheid en woonruimteverdeling. Ook via de ruimtelijke ordening heeft de gemeente reeds mogelijkheden om bepaalde woningen voor een aantal jaren te bestemmen voor een bepaalde doelgroep. Ten slotte, hebben gemeenten ook een aantal privaatrechtelijke mogelijkheden in te grijpen. Waarom voldoen al deze middelen niet en wat is de toegevoegde waarde van een zelfbewoningsplicht.

Daarnaast is er ook wetgeving in voorbereiding waarmee excessieve huurprijzen van huurwoningen kan worden voorkomen (noodknop middenhuur). Hoe verhoudt een zelfbewoningsplicht zich tot deze wet- en regelgeving?

3.3.3 Gelijkheidsbeginsel

De vraag die ook zal moeten worden beantwoord is of aan het gelijkheidsbeginsel wel wordt voldaan met een zelfbewoningsplicht. Woningcorporaties en andere investeerders kunnen nooit voldoen aan een zelfbewoningsplicht. Geldt ook voor hen de verplichting dat ze hun woningen uitsluitend mogen verkopen aan eigenaren die de woning ook zullen bewonen? Kunnen corporaties ook geen woningen meer kopen of geldt de zelfbewoningsplicht niet voor corporaties maar wel voor investeerders? Hoe kan je dat onderscheid met andere investeerders dan rechtvaardigen?

3.3.4 Uitzonderingen, vergunningen

De wet kan geen verplichtingen opleggen die praktisch niet uitvoerbaar zijn of waaraan in een normale niet voldaan kan worden. Dit zou ook een te niet te rechtvaardigen inbreuk zijn op het eigendomsrecht. Een absolute zelfbewoningsplicht is juridisch niet houdbaar. Er zullen altijd situaties zijn waarin een totaal verbod om de woning te verhuren juridisch niet houdbaar is (fair balance i.v.m. eigendomsrecht, Dienstenrichtlijn). Daarom zal er altijd een ontheffingsmogelijkheid moeten zijn van de zelfbewoningsplicht cq. verhuurverbod. Dit kan in de vorm van een vergunningensysteem.

3.3.5 Handhaafbaarheid

Uiteraard moet onderzocht worden in hoeverre een zelfbewoningsplicht uitvoerbaar en handhaafbaar is.

- Welke handhavingsmiddelen inzetten (bestuursdwang, bestuurlijke boete, strafrecht)? Wat is effectief?
- Hoe optreden tegen iemand die een woning koopt en deze niet zelf bewoont?
- Hoe optreden tegen een eigenaar die de woning leeg laat staan?
- Wat met tweede woningen?

Dit is niet alleen van belang voor de praktijk, maar ook voor het juridische oordeel in hoeverre een dergelijk systeem effectief is (zie hierboven).

3.3.6 Administratieve en bestuurlijke lasten

Ieder vergunningensysteem brengt weer administratieve lasten met zich voor burgers en bedrijven en voor de gemeenten extra bestuurlijke lasten. Zowel bij de afweging of een zelfbewoningsplicht moet worden ingevoerd als bij de inrichting ervan moet gezien worden welk systeem het minste administratieve en bestuurlijke lasten met zich meebrengt.