

# Kroniek Wet voorkeursrecht gemeenten 2007

mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr. W.J.E. van der Werf\*

## 1. Inleiding

Het is inmiddels alweer het zesde jaar dat wij in de kolommen van dit tijdschrift aandacht besteden aan recente ontwikkelingen rondom het gemeentelijk voorkeursrecht. Dat stelt ons in staat om bepaalde lijnen te ontdekken in de jurisprudentie omtrent dat – dikwijls vervloekte – gemeentelijk voorkeursrecht.

Eenzijds constateren wij dat van een toename van het aantal procedures tegen de vestiging van het voorkeursrecht, zoals die zich vanwege de verbreding van de reikwijdte van het gemeentelijk voorkeursrecht had gemanifesteerd, niet langer sprake is. De jurisprudentie betreft doorgaans een bestendiging van bestaande jurisprudentie en levert nog maar af en toe nieuwe gezichtspunten op. Het lijkt erop alsof de praktijk dit inmiddels heeft onderkend. Anderzijds is ten aanzien van de zogenaamde art. 26 Wvg-procedures een omgekeerde golfbeweging te onderscheiden. Een aanzwellende hoeveelheid jurisprudentie tot aan de novemberbeschikkingen en de wetwijziging van 2002, toen een 'overdovende stilte' en het voorbije jaar opnieuw een flinke groei aan gepubliceerde rechtspraak. Daarbij valt op het grote aantal gepubliceerde Haagse beschikkingen.<sup>1</sup> Bij de toegenomen stroom beschikkingen signaleren wij overigens dat de mogelijkheden voor grondeigenaren en ontwikkelaars om via ontwikingsconstructies aan de werking van het voorkeursrecht te ontkomen nog steeds uitermate beperkt zijn. In de praktijk zien wij de laatste tijd echter steeds meer pogingen om met meer genuanceerde oplossingen een bres in de nogal rigide jurisprudentie te slaan.

Belangrijk is ook dat een tweetal wetwijzigingen aanstaande is: voor een deel neergelegd in de Invoeringswet van de Wet ruimtelijke ordening en voor een deel in de wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten (vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure). Bij deze komende wetwijzigingen wordt in een afzonderlijke bijdrage stilgestaan. In de onderhavige bijdrage besteden wij uiteraard weer aandacht aan de wetenswaardige uitspraken op het gebied van vestiging, nietigverklaring en de prijsvaststellingsprocedure, die ook na inwerkingtreding van de wetwijzigingen van belang zullen blijven.

## 2. Vestiging

### 2.1. Algemeen

Het gemeentelijk voorkeursrecht kan alleen worden gevestigd als is voldaan aan de voorwaarden dat aan de beoogde gronden een niet-agrarische bestemming is toegedacht, het toekomstig gebruik afwijkt of intensiever is dan het huidige en, tenzij sprake is van een zgn. vervroegd voorkeursrecht,

de gronden zijn begrepen in een structuurplan of bestemmingsplan. In het kader van de voorbescherming kunnen B&W onder meer op basis van een ontwerpstructuurplan of ontwerpbestemmingsplan besluiten om aan de raad voor te stellen een regulier voorkeursrecht te vestigen. Voordeel daarvan is dat het rechtsgevolg van de vestiging (de toepassing van de Wvg) intreedt, zonder de belanghebbenden vooraf te hoeven horen. Aldus kan zo veel mogelijk worden vermeden dat vlak vóór de vestiging grondtransacties worden aangegaan waarmee de gemeente achter het net vist. Wel moet tijdig de planologische vervolgbesluitvorming plaatsvinden, op grond waarvan het voorkeursrecht kan worden bestendigd. Worden de planologische vervolgbesluiten niet tijdig genomen of voldoet de besluitvorming niet meer aan de eisen die aan vestiging van het voorkeursrecht worden gesteld, dan zullen B&W ambtshalve het voorkeursrecht vervallen moeten laten verklaren. Laten B&W dat achterwege, dan kan de eigenaar of beperkt gerechtigde op grond van art. 5 Wvg bij B&W een verzoek om vervallenverklaring indienen. B&W moeten binnen vier weken een beslissing nemen.<sup>2</sup>

### 2.2. Onthouding goedkeuring bestemmingplan; verzoek om vervallenverklaring

In een lezenswaardige uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 25 april 2007 was aan de orde een verzoek om vervallenverklaring van de eigenaar van gronden gelegen in de gemeente Hoorn. De erven van die eigenaar betoogden dat de aanwijzing van hun gronden op grond van art. 2 lid 1 Wvg niet langer aan de vestigingsvoorwaarden voldeed, omdat bij uitspraak van 25 augustus 2004 de Afdeling zelf goedkeuring had ont-

\* Mr. J.A.M.A. Sluysmans en mr. W.J.E. van der Werf zijn beiden advocaat bij Van der Feltz advocaten te Den Haag.

1. Wellicht houdt zulks verband met ons verzoek aan één van de rechters in de Haagse rechtbank om wat vaker gebruik te maken van de mogelijkheid om via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) de artikel 26 Wvg-jurisprudentie in de openbaarheid te brengen.
2. De verplichte bestendigungsbesluiten komen met de inwerkingtreding van de Invoeringswet WRO te vervallen. Alleen de tijdige vaststelling van planologische vervolgbesluitvorming is nog vereist om een eerder gevestigd voorkeursrecht te verlengen. Vindt die tijdige besluitvorming niet plaats, dan geldt het voorkeursrecht van rechtswege als vervallen. Een afzonderlijk besluit tot vervallenverklaring is niet meer nodig.

houden aan het daaraan ten grondslag liggende bestemmingsplan. Volgens de Afdeling had de raad in het kader van de bestemmingsplanprocedure ten onrechte niet de uniforme openbare voorbereidingsprocedure gevolgd. Bovendien was een deel van de in de planvoorschriften opgenomen faseringsregeling in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>3</sup> Gedeputeerde staten hadden het bestemmingsplan daarom niet mogen goedkeuren. Volgens de Afdeling kan het vastgestelde bestemmingsplan niet meer dienen als planologische onderlegger:

'2.5.2. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, komt door de uitspraak van de Afdeling van 25 augustus 2004 aan het bestemmingsplan geen planologische betekenis toe en is het oude bestemmingsplan 'Landelijk gebied 1992' van kracht. Ingevolge dit bestemmingsplan rust op het perceel een agrarische bestemming. Gelet op deze bestemming en het agrarische gebruik van het perceel, voldoet de aanwijzing van het college van 29 oktober 2002 niet aan de daarvoor bij art. 2, tweede lid, van de Wvg gestelde eisen. Het college was dan ook ingevolge art. 5, eerste lid, van de Wvg gehouden om de aanwijzing te doen vervallen, als verzocht.'

Ook als gedeputeerde staten zelf hun goedkeuring aan het bestemmingsplan zouden hebben onthouden omdat dat plan op essentiële punten in strijd zou zijn met de ruimtelijke ordening of het recht, zal aan het plan ons inziens niet langer planologische betekenis toekomen. Een verzoek om vervallenverklaring zou dan alleen kunnen worden afgewezen, indien B&W zelf in beroep zouden zijn gegaan tegen dat besluit van gedeputeerde staten en de Afdeling (al dan niet bij wijze van voorlopig oordeel) van oordeel zou zijn dat het bestemmingsplan wel degelijk – voor het grootste deel – door gedeputeerde staten had moeten worden goedgekeurd.

Ter voldoening aan het bepaalde in art. 30 WRO hadden B&W van Hoorn inmiddels wel reeds een nieuw bestemmingsplan in procedure gebracht en bij besluit van 21 januari 2006 op basis van dat nieuwe plan een nieuw regulier voorkeursrecht gevestigd. B&W stelden zich daarom op het standpunt dat de erven niet langer belang hadden bij hun beroep. De Afdeling oordeelt echter dat met dat nieuwe besluit geen rekening hoeft te worden gehouden:

'2.4.1 Dat betoogt slaagt niet. Ingevolge art. 5, eerste lid, van de Wvg vervalt een aanwijzing niet van rechtswege, maar als gevolg van de in die bepaling vermelde handelingen. Het bij besluit van 29 oktober 2002 gevestigde voorkeursrecht is derhalve nog op het perceel gevestigd. Het besluit van de raad van 31 januari 2006 was ten tijde van de uitspraak van de rechtbank nog niet in rechte onaantastbaar. Dat het maken van bezwaar tegen dit besluit geen schorsende werking had, zoals het college stelt, maakt dit niet anders, nu dit besluit mogelijk geen stand zal houden en het perceel aldus niet meer met een voorkeursrecht bezwaard zal zijn.'

Hoewel alleen het oude aanwijzingsbesluit en niet het nieuwe rechtstreeks ter beoordeling voorligt – het laatste besluit was immers pas na de uitspraak van de rechtbank genomen – loopt de Afdeling daar wel zeer uitdrukkelijk op vooruit:

'2.5.1. (...) De onthouding van goedkeuring aan een bestemmingsplan had tot gevolg dat dit niet kan dienen als grondslag voor de vestiging van een voorkeursrecht. Voor het op grond van het plan gevestigde voorkeursrecht houdt dit in dat dient te worden onderzocht of nog wordt voldaan aan de bij art. 2, tweede lid, van de Wvg gestelde eisen voor de aanwijzing van gronden, waarop de art. 10-24, 26 en 27 van de Wvg van toepassing zijn.

Anders dan het college betoogt, kan aan het op 31 januari 2006 vastgestelde bestemmingsplan 'Bangert en Oosterpolder, herziening ex art. 30 WRO' geen grond worden ontleend voor het oordeel dat de aanwijzing aan de in art. 2, tweede lid, van de Wvg gestelde eis dat het huidige gebruik van de gegeven bestemming afwijkt blijft voldoen. Dit bestemmingsplan dateert van na het in beroep bestreden besluit, zodat de rechtbank daarmee bij de beoordeling van dat besluit terecht geen rekening heeft gehouden.'

Als tegen het nieuwe voorkeursrecht bezwaar of beroep is ingesteld, maar geen voorlopige voorziening is aangevraagd, dan zal de Afdeling voor de vraag naar de betekenis van het nieuwe besluit voor het verzoek om vervallenverklaring van het oude besluit, geen acht slaan op de hoofdregel van art. 6:16 Awb (dat in geval van bezwaar of beroep de werking van het besluit niet wordt geschorst), indien volgens de Afdeling dat nieuwe voorkeursrecht mogelijk geen stand zal kunnen houden. De toets van de Afdeling beperkt zich dus uitdrukkelijk niet louter tot het aanwijzingsbesluit waarvoor vervallenverklaring is gevraagd. De Afdeling zal nagaan of ook het nieuwe besluit wel aan de vereisten voldoet. Als dat niet het geval is, dan is het verzoek om vervallenverklaring van het oude besluit dus opportuun. Hoewel ons deze benadering van de Afdeling praktisch voorkomt, is zij wat ons betreft alleen geschikt voor die gevallen waarin evident duidelijk is dat het nieuwe voorkeursrecht zal stranden. Bij twijfel zal de rechter zich ons inziens terughoudend moeten opstellen, omdat het eventuele gevolg (de mogelijkheid van een grondtransactie) voor de gemeente onomkeerbaar zal zijn.

### 2.3. Herhalingsverbod

Op grond van art. 9 Wvg mag het gemeentebestuur gedurende een periode van twee jaar na het verstrijken van de termijn van een in de tijd beperkt voorkeursrecht niet opnieuw een 'zodanig besluit' nemen. De wetgever heeft daar-

3. ABRvS 25 augustus 2004, LJN AQ7468.

mee een sanctie gezet op schending van de verplichting om die voorkeursrechten tijdig te laten opvolgen door voorkeursrechten die zijn gebaseerd op planologische vervolgsluitvorming. Bij de totstandkoming van dit – op grond van een amendement van het kamerlid De Beer – vastgestelde artikel bestond nog twijfel over de exacte reikwijdte van de woorden ‘zodanig besluit’, maar algemeen wordt aanvaard dat het verbod alleen betrekking heeft op het hernieuwd vestigen van een voorkeursrecht op dezelfde grondslag en niet op alle voorkeursrechten. Achtergrond daarvan is volgens de wetsgeschiedenis dat de Wvg erop is gericht dat een voorkeursrecht de betrokken grond niet langer bezwaart dan nodig is en slechts zolang is voldaan aan de doelstelling daarvan.<sup>4</sup>

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 6 september 2006<sup>5</sup> hadden B&W van Helmond op 20 juli 2004 in het kader van de voorbescherming een voorkeursrecht gevestigd op basis van een ontwerpstructuurplan (art. 6 Wvg), te weten het ontwerp voor het ‘Regionaal Structuurplan voor de Regio Eindhoven’. Vervolgens hadden B&W bij besluit van 16 december 2004 andermaal een voorkeursrecht gevestigd in de zin van art. 6 Wvg, zij het dat ditmaal de planologische grondslag werd gevormd door het ontwerp van het gemeentelijk ‘Structuurplan Centrum’. Obragas B.V. was tegen het laatste besluit opgekomen omdat dit strijdig zou zijn met het herhalingsverbod van art. 9 Wvg. Omdat de raad inmiddels tijdig een bestendingsbesluit had genomen op grond van art. 2 lid 2 Wvg, werd het beroep van Obragas ingevolge art. 9a Wvg geacht te zijn gericht tegen dat bestendingsbesluit. Aldus waren niet langer B&W aan zet, maar trad de raad op als verweerder. De raad stelde zich op het standpunt dat het ontwerp van het gemeentelijk structuurplan van een andere planologische orde was dan het ontwerp van het regionaal structuurplan, op basis waarvan het voorkeursrecht van 20 juli 2004 was gevestigd. Om die reden kon geen sprake zijn van strijd met het herhalingsverbod. De Afdeling gaat daar echter niet in mee:

‘Zowel het besluit van 20 juli 2004 als het besluit van 16 december 2004 is gebaseerd op art. 6, eerste lid, van de Wvg. Voorts is aan beide besluiten een ontwerp voor een structuurplan ten grondslag gelegd. Gelet hierop is het oordeel van de rechtbank dat het besluit van 16 december 2004 in strijd is met art. 9 van de Wvg omdat het moet worden aangemerkt als ‘zodanig besluit’ als bedoeld in die bepaling, juist. Dat het ontwerp voor het ‘Structuurplan Centrum’, waarop het besluit van 16 december 2004 is gebaseerd, gedetailleerder is dan het ontwerp voor het ‘Regionaal Structuurplan voor de Regio Eindhoven’, waarop het besluit van 20 juli 2004 is gebaseerd vormt, gelet op de tekst van art. 7, eerste lid, aanhef en onder b, en art. 9 van de Wvg en op doel en strekking van de wet zoals hierboven weergegeven, geen grond voor een ander oordeel.’

Als een ‘zodanig besluit’ wordt derhalve steeds aangemerkt een besluit dat op dezelfde planologische grondslag is genomen; een structuurplan is een structuurplan. Niet terzake doet of sprake is van een gemeentelijk structuurplan

(art. 7 lid 1 WRO), een intergemeentelijk structuurplan (art. 7 lid 2 WRO) of een regionaal structuurplan (art. 36c lid 1 WRO). In een recente uitspraak laat de Afdeling zich dan ook niet voor niets in algemene termen uit over de vereisten die in alle gevallen gelden voor voorkeursrechten gevestigd op basis van een (regionaal) structuurplan.<sup>6</sup>

#### 2.4. Verzoek om nadeelcompensatie, beroep op het egalitébeginsel

In het verleden hebben wij regelmatig aandacht besteed aan de argumenten ontleend aan het eigendomsrecht en financieel-economische belangen, die weliswaar regelmatig doch zonder succes door de grondeigenaar in stelling worden gebracht tegen de vestiging van het voorkeursrecht. Zowel de Hoge Raad als de Afdeling hebben geoordeeld dat gebruikmaking van de Wvg niet in strijd is met het in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM neergelegde recht op ongestoord genot van de eigendom.<sup>7</sup> Bovendien zijn de financieel-economische belangen van de eigenaar al op voorhand door de wetgever afgewogen, zodat deze niet afzonderlijk bij de besluitvorming hoeven te worden betrokken.<sup>8</sup> In een zaak die leidde tot de uitspraak van de bestuursrechter te Zwolle van 4 januari 2007 trachtten de grondeigenaren hun financiële belangen veilig te stellen door een verzoek om nadeelcompensatie in te dienen.<sup>9</sup> Zij hadden vlak na inwerkingtreding van het voorkeursrecht het huis aan de gemeente Deventer verkocht voor een bedrag van € 225.000 (inclusief vergoeding voor verhuis- en wederinrichtingskosten en aankoopkosten vervangende woning). Nadat niet tijdig de planologische vervolgsluitvorming was vastgesteld, hebben B&W het voorkeursrecht niet meer bestendigd.

De grondeigenaren klagen erover dat de gemeente voor en na vestiging van het voorkeursrecht een actief aankoopbeleid in gang had gezet, dat leidde tot verwerving en leegstand van vele panden. Het voorkeursrecht is vervolgens, vanwege het ontbreken van een nader planologisch kader, niet bestendigd. De grondeigenaren voeren aan dat zij ten tijde van de verkoop hebben gedwaald omtrent de feiten, waardoor zij hun woning, onder druk van de omstandigheden, voor een te laag bedrag zouden hebben verkocht. B&W van Deventer wijzen het verzoek om vergoeding van schade echter af.

De rechtbank overweegt dat de bevoegdheid tot het nemen van een beslissing op een verzoek om schadevergoeding, voorzover het schade betreft die is ontstaan door de rechtmatige uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende

4. Kamerstukken II 1995/96, 24 235, nr. 5, p. 28.

5. ABRvS 6 september 2006, L/JN AY7581.

6. ABRvS 29 augustus 2007, L/JN BB2530.

7. HR 17 november 2000, NJ 2001, 289, m.nt. Van Wijmen en ABRvS 20 juni 2000, AB 2002, 23, m.nt. Mus.

8. ABRvS 24 januari 2000, AB 2000, 179, ABRvS 2 juni 2004, L/JN AP0321 en ABRvS 29 september 2004, L/JN AR2997.

9. Rechtbank Zwolle-Lelystad, 4 januari 2007, L/JN AZ8827.

bevoegdheid, berust op het – mede aan art. 3:4 lid 2 Awb ten grondslag liggende – rechtsbeginsel van 'égalité devant les charges publiques' (gelijkheid voor openbare lasten). Op grond van dit beginsel zijn bestuursorganen gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het normale maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding. Het rechtsgevolg waarop een beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade, veroorzaakt binnen het kader van de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid, is gericht, is dat naar publiekrecht al dan niet een aanspraak op betaling van schadevergoeding wordt gevestigd. Tot vergoeding van de schade komt het in deze zaak echter niet:

'De rechtbank is van oordeel dat de omstandigheid dat een voorkeursrecht gevestigd is op de woning van eisers, onverlet laat dat de beweerdelijk ontstane schade veroorzaakt is door de verkoop van de woning voor een volgens eisers te laag bedrag. De koop van de woning en het bepalen van het (ver)koopbedrag kan niet worden aangemerkt als een uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid maar als een privaatrechtelijke rechtshandeling tussen eisers en gemeente, te weten die van koop/verkoop van een onroerend goed. Gelet hierop is geen sprake van schade die is ontstaan in een door de uitoefening van een aan het publiekrecht ontleende bevoegdheid ontstane rechtsverhouding.'

De rechtbank is van oordeel dat het besluit niet kan worden aangemerkt als een publiekrechtelijke rechtshandeling, zodat B&W de grondeigenaren niet-ontvankelijk mochten verklaren. Met deze lezing kunnen wij ons verenigen. De Wvg voorziet zelf reeds in een adequate schadeloosstellingsregeling. Maakt de grondeigenaar daarvan geen gebruik, dan dient dat voor zijn rekening te komen. Mocht evenwel blijken dat hij heeft gedwaald bij de totstandkoming van een koopovereenkomst, dan zal hij zich tot de civiele rechter hebben te wenden.

### 3. Onderhandelingen

Als de eigenaar zijn gronden vrijwillig aan de gemeente te koop aanbiedt – en B&W tijdig een beginselbesluit als bedoeld in art. 12 lid 1 Wvg hebben genomen – komen partijen terecht in de onderhandelingsfase. De duur van die fase staat ter beoordeling van de grondeigenaar. Art. 16 lid 1 Wvg bepaalt namelijk dat die grondeigenaar – indien B&W en hij in onderhandeling zijn getreden over de verkoop – aan B&W de wens te kennen geven, dat over de prijs advies zal worden uitgebracht door deskundigen, te benoemen door de rechter. Binnen twee weken na de ontvangst van het desbetreffende schriftelijke verzoek daartoe moeten B&W de rechtbank van het arrondissement waarin de gemeente is gelegen een of meer deskundigen te benoemen ten einde het bedoelde advies uit te brengen. Kort gezegd kan de grondeigenaar dus de gemeente verzoeken een prijsvaststellingsprocedure in te leiden 'indien burgemeester

en wethouders en de verkoper (...) in onderhandeling zijn getreden over de verkoop'. Hoewel de wettekst lijkt te suggereren dat er daadwerkelijke onderhandelingen (gesprekken, correspondentie) moeten hebben plaatsgevonden alvorens een verzoek om een prijsvaststellingsprocedure kan worden gedaan, is dat toch niet het geval, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.<sup>10</sup>

Er zijn geen concrete onderhandelingsactiviteiten noodzakelijk alvorens de verkoper een verzoek kan richten tot B&W tot opstarten van de prijsvaststellingsprocedure. Voldoende is dat partijen in de onderhandelingsfase terecht zijn gekomen en dat is automatisch het geval indien B&W een beginselbesluit hebben genomen. Het strookt dan met de leidende positie van de verkoper – het voorkeursrecht is slechts een passief verwervingsinstrument – dat hem het recht toekomt op elk gewenst moment te vragen om een prijsvaststellingsprocedure. Aldus oordeelde ook de Haagse rechtbank in een uitspraak van 29 maart 2007<sup>11</sup>:

'3.2 Het verzoek om deskundigen te benoemen om over de prijs van de op de voet van het bepaalde in art. 10 Wvg aan verzoekers aangeboden percelen te adviseren, kan ingevolge het bepaalde in art. 16 lid 1 Wvg worden gedaan 'indien burgemeester en wethouders en de verkoper, nadat gehandeld is overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 12-15, in onderhandeling zijn getreden over de verkoop'. Daaronder is volgens de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II 1976/77*, 13 713, nr. 9, blz. 35) te verstaan dat partijen na de toepassing van de artikelen 12 tot en met 15 Wvg verkeren in het stadium van onderhandelen, en niet dat al brieven zijn gewisseld of gesprekken zijn gevoerd. Het moet blijkens de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 1975/76*, 13 713, nr. 3) aan de verkoper, die uit eigener beweging tot vervreemding heeft besloten, worden overgelaten de voortgang van de onderhandelingen te bepalen. De verkoper staat het daarom vrij gedurende heel de onderhandelingsprocedure zijn wensen kenbaar te maken dat een deskundigenadvies over de prijs tot stand komt. De stelling van verzoekers dat het verzoek prematuur is, kan derhalve niet worden gevolgd.'

Het verzoek tot het opstarten van een prijsvaststellingsprocedure moet wel duidelijk zijn. In de zaak die leidde tot de beschikking van het Hof Den Haag van 11 oktober 2007<sup>12</sup>, had de grondeigenaar de gemeente bij brief laten weten voornemens te zijn zijn percelen te vervreemden ingevolge een reeds gesloten koopovereenkomst. De gemeente reageerde tijdig met de mededeling dat zij deze percelen in beginsel wenste aan te kopen tegen een nader overeen te komen prijs. Bij aangetekende brief schreef vervolgens de

10. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 713, nr. 8, p. 23.

11. Rekestnummer HA RK 07-50 (Moordrecht).

12. *LJN BB5877* (Katwijk).

advocaat van de grondeigenaar aan de gemeente dat de grondeigenaar de wens heeft 'dat over de prijs van bovengenoemde percelen advies wordt uitgebracht door bij voorkeur drie deskundigen. Uw berichten wacht ik met belangstelling af.' Vier weken later schrijft diezelfde advocaat dat niet binnen de voorgeschreven termijn een verzoekschrift is ingediend bij de rechtbank, zodat de grondeigenaar zich op grond van art. 12 lid 2 en 3 Wvgr vrij acht tot vervreemding aan derden over te gaan. De gemeente heeft beslag gelegd op de percelen, alsnog de rechtbank verzocht om de benoeming van drie deskundigen en de grondeigenaar gedagvaard en gevorderd een verklaring voor recht dat het de grondeigenaar niet vrij staat de percelen te vervreemden aan een derde. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen op de grond dat de voornoemde brief niet kan worden aangemerkt als een verzoek om deskundigen te benoemen in de zin van art. 16, eerste lid, Wvgr. Het Hof onderschrijft dit oordeel van de rechtbank:

'Terecht heeft de rechtbank overwogen dat niet kan worden gezegd dat de namens geschreven brief van 20 december 2004 niets aan duidelijkheid te wensen overlaat. Daarin is immers noch een aanduiding opgenomen dat [appellant] benoeming van deskundigen door de rechter wenst, noch een verwijzing naar art. 16 Wvgr, terwijl in de eerdere brieven zijdens [appellant] telkens wel een verwijzing naar de Wvgr voorkomt. Van de schrijfster van de brief, een professionele rechtshulpverleenster, mag worden verlangd dat zij in een geval waarin zou zijn beoogd de geadresseerde aan een korte fatale wettelijke termijn te binden, de bedoeling van het verzoek duidelijk weergeeft, ook als de geadresseerde een professionele partij is. Nu zij dat niet heeft gedaan, mocht de Gemeente uit de brief begrijpen dat [appellant] een advies van deskundigen wilde en dat deze in onderling overleg zouden worden benoemd.'

Wij menen dat rechtbank en Hof hier wel heel mild zijn voor de betrokken gemeente. Het lijkt ons in elk geval verstandig dat een gemeente in toekomstige gevallen haar gedragingen niet afstemt op voornoemde uitspraak.

Voor de verzending van het verzoek van de verkoper om deskundigen te benoemen geldt overigens dezelfde verplichting als voor alle andere correspondentie tussen gemeente en verkoper: zij moet op grond van art. 7 Bvg door beide partijen altijd bij aangetekende brief of tegen bericht van ontvangst worden gedaan. Daarmee worden de gevolgen benadrukt van het verzoek om prijsadvies, zo oordeelde de Haagse Voorzieningenrechter in een zaak van de gemeente Boskoop.<sup>13</sup> Indien de benoeming van deskundigen niet binnen twee weken aan de rechtbank wordt verzocht door burgemeester en wethouders, heeft de verkoper immers gedurende drie jaar de vrijheid tot vervreemding aan derden. Met de naleving van art. 7 Bvg wordt voorts de onzekerheid over de aanvang van wettelijke termijnen voorkomen. Toch wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend: als het verzoek niet aangetekend of tegen bericht van ontvangst is verzonden, maar de gemeente de ontvangst wel heeft bevestigd, dan is aan het voorschrift volgens de Voorzieningenrechter wel voldaan.

#### 4. Artikel 26 Wvgr – inroeping nietigheid

Een interessante vraag die aan de orde kwam in een uitspraak van de rechtbank Haarlem van 24 april 2007<sup>14</sup> is de vraag naar de reikwijdte van art. 26 Wvgr. Wij roepen in herinnering dat art. 10 lid 1 Wvgr bepaalt dat de eigenaar van een met een gemeentelijk voorkeursrecht belast perceel die grond – behoudens de in lid 2 van dat artikel genoemde omstandigheden – niet mag vervreemden zonder de grond eerst aan de gemeente te hebben aangeboden en dat volgens art. 24 Wvgr de notaris belast is met het toezicht op de naleving van deze regel. De notaris moet een eventuele leveringsakte namelijk voorzien van een zogenaamde 'voetverklaring', waarin hij aangeeft dat de betrokken onroerende zaak niet is opgenomen in een (in werking getreden zijnde) aanwijzingsbesluit, hetzij dat de vervreemding niet in strijd is met het bepaalde in de art. 10 tot en met 23 Wvgr. Schiet de notaris in dat toezicht tekort – geeft hij ten onrechte een voetverklaring af, vindt er een vervreemding plaats in strijd met een voorkeursrecht – dan zal de gemeente in beginsel met lege handen staan. Naast het indienen van een klacht<sup>15</sup> kan een actie uit hoofde van onrechtmatige daad jegens notaris en/of de bij de vervreemding betrokken partijen (zowel koper als verkoper) tot de mogelijkheden behoren<sup>16</sup>, maar art. 26 Wvgr beoogt ons inziens geen instrument te bieden tot reparatie van de notariële fout.<sup>17</sup> Steun voor deze opvatting kan worden gevonden in de parlementaire geschiedenis<sup>18</sup>, alsmede in de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>19</sup> Verwijzend naar die wetsgeschiedenis en die rechtspraak komt de Haarlemse rechtbank dan ook tot het oordeel:

'5.7. De rechtbank is van oordeel dat uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis en jurisprudentie volgt dat de strekking van art. 26 Wvgr uitsluit dat deze bepaling aan de gemeente de bevoegdheid verschafft om de nietigheid in te roepen van een door de notaris gepasseerde akte van levering. Indien de gemeente van mening is dat door de notaris ten onrechte een verklaring als bedoeld in art. 24 Wvgr is afgegeven, dan zal de gemeente de notaris in een civiele dan wel tuchtrechtelijke procedure dienen aan te spreken.'

13. Vzgr. Rechtbank 's-Gravenhage, KG 07/101 (Boskoop/Boer).

14. Rekestnummer 129929/HA RK 06-124.

15. In een lezenswaardige beslissing van de Notariskamer het Amsterdamse Hof is nog eens gewezen op de omvangrijke onderzoeksplicht van de notaris: bij twijfel over de vraag of een voetverklaring kan worden geplaatst moet de notaris zich omstandig hebben verdiept in literatuur en jurisprudentie. Zie Hof Amsterdam, 16 november 2006, LJV AZ2635.

16. Vergelijk HR 26 januari 2007, LJV AZ1084.

17. Zie in deze zin J. Hoekstra, *Handhaving van het gemeentelijk voorkeursrecht, preadvies VBR (Gemeentelijke grondverwerving)*, Kluwer 2000, p. 79-83 en J.B. Mus, noot onder Hof Arnhem 9 maart 2004, BR 2005/49.

18. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 713, nr. 9, p. 37.

19. HR 9 april 1999, NJ 2000/688 m.nt. WMK.

Gaat het om een rechtshandeling anders dan een vervreemding, dan moet de daarop gerichte nietigheidsactie (via een verzoekschrift) binnen acht weken nadat de gemeente kennis heeft verkregen van de desbetreffende rechtshandeling bij de rechtbank worden ingesteld. Het gaat daarbij meestal om overeenkomsten tussen een grondeigenaar en ontwikkelaar waarin de afspraak is neergelegd dat beide partijen samen zullen overgaan tot een ontwikkeling van de grond conform de daaraan toebedeachte bestemming. Dergelijke overeenkomsten worden samenwerkings- of ontwikkelingsovereenkomsten genoemd. Bij de toetsing van die samenwerking tussen grondeigenaar en ontwikkelaar geldt als criterium of een rechtshandeling de kennelijke strekking heeft om de feitelijke en economische macht over de grond over te dragen. De vraag of de gemeente belang heeft bij een dergelijke nietigheidsactie is bij de wetwijziging van 2002 uit de wet verdwenen, maar regelmatig stellen verweerders dat belang via de gemeenrechtelijke band van art. 3:303 BW ('geen belang, geen actie') tóch aan de orde, zij het zonder succes. Zo bijvoorbeeld de rechtbank Den Haag in één van de Nieuwerkerkse zaken:

'Verweerders hebben voorts met een beroep op art. 3:303 B.W. als verweer gevoerd dat de gemeente in haar verzoek niet-ontvankelijk moet worden verklaard, omdat de gemeente geen enkel belang heeft bij de nietigverklaring. Daartoe hebben verweerders zich op het standpunt gesteld dat Bora steeds heeft aangegeven bereid te zijn tot overdracht van de verworven gronden aan de gemeente indien Bora bij de gewenste woningproductie kan worden betrokken. In die voorwaardelijke bereidheid van Bora ligt mede het belang van de gemeente bij het verzoek om nietigverklaring ter handhaving van haar eigen regiefunctie. Daarbij kan in het midden worden gelaten of verweerders overigens al dan niet voldoende openheid van zaken hebben geboden jegens de gemeente. Ook dit verweer wordt verworpen.'

Het is wel goed om voor ogen te houden dat, niettegenstaande het schrappen van het voorheen in art. 26 Wvg opgenomen vereiste dat afbreuk wordt gedaan aan 'het belang van de gemeente bij' haar in de Wvg geregelde voorkeurspositie, wel nog sprake dient te zijn van een rechtshandeling die is verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan deze voorkeurspositie. Een ander oordeel zou immers ertoe leiden dat de gemeente met vestiging van voorkeursrechten reeds nagenoeg de economische eigendom van de aangewezen grond zou verwerven. In dit verband is ten slotte niet zonder belang dat de bewijslast dat de rechtshandeling is gepleegd met de kennelijke strekking het voorkeursrecht te ontgaan volgens de wetgever bij de gemeente ligt.<sup>20</sup>

In drie min of meer gelijklopende uitspraken van de Haagse rechtbank uit mei 2007<sup>21</sup> vormden gronden binnen de Zuidplaspolder de inzet van een procedure tussen de gemeenten Zevenhuizen-Moerkapelle en Moordrecht tegen diverse grondeigenaren/ontwikkelaars. De opzet van laatstgenoemde was klassiek: een koopovereenkomst met uitgestelde levering, versterkt met een geldlening en hypotheek.

De rechtbank prikt hier zonder genade doorheen. Geen betekenis wordt toegekend aan de opschortende voorwaarden waaronder de koopovereenkomst is aangegaan. Die opschortende voorwaarden bestaan met name daarin hetzij dat de koper of diens rechtsopvolger een (samenwerkings)overeenkomst met de gemeente heeft gesloten over de ontwikkeling en realisatie van de door de gemeente aan het verkochte toegedachte/ gegeven bestemming hetzij dat er op het voorgenomen tijdstip van levering geen belemmeringen krachtens de Wvg zijn om het verkochte aan Bouwfonds te leveren. Zolang eerstgenoemde opschortende voorwaarde niet is vervuld, is de eigenaar toch al wel verplicht om er van af te zien de percelen aan de gemeente te verkopen. De koopovereenkomst tussen de eigenaar en Bouwfonds komt er op neer dat de juridische levering is uitgesteld en dus geen vervreemding plaatsvindt, maar dat de beschikkingsmacht over de percelen in enigerlei mate reeds is overgedragen, zodat de eigenaar contractueel niet meer vrij is de percelen aan te bieden aan de gemeente. Schending van die contractuele verplichting leidt tot onmiddellijke opeisbaarheid van de geldlening en de uitwinning van het hypotheekrecht, waardoor Bouwfonds gerechtigd is tot het beheer van de percelen en/ of tot het openbaar (doen) verkopen van de percelen. Deze omstandigheden leiden volgens de rechtbank tot het oordeel dat de eigenaar althans in enigerlei mate de beschikkingsmacht over de percelen heeft overgedragen aan Bouwfonds. Wat betreft het economisch belang moet worden vastgesteld dat de eigenaar – kennelijk – vooruitlopend op de betaling van de koopsom aanstonds een geldsom ontvangt, weliswaar bij wijze van geldlening, ten bedrage € 7.067.480,00. Naar het oordeel van de rechtbank blijkt daaruit dat de eigenaar door die verkoop niet langer een eigen economisch belang heeft bij de percelen althans dat in enigerlei mate sprake is van een overdracht van economisch belang. De koopovereenkomst met Bouwfonds heeft een zodanige inhoud dat de eigenaar niet langer aanleiding heeft om de percelen op enig moment nog aan een derde, laat staan aan de gemeente, ten verkoop aan te bieden en aldus heeft die koopovereenkomst de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het voorkeursrecht van de gemeente. Ten aanzien van de overeenkomst van geldlening en hypotheek hebben eigenaar en ontwikkelaar betoogd dat deze niet de kennelijke strekking hebben afbreuk te doen aan het voorkeursrecht van de gemeente, omdat de wetgever met het instrument van het voorkeursrecht niet heeft beoogd de eigenaar een voet dwars te zetten bij de verwerving van financiering door middel van hypotheek en dat elke andere conclusie zou leiden tot een ernstige en ongewenste verstoring van het reguliere economische verkeer. De rechtbank overweegt evenwel dat in de overeenkomst van geldlening is bepaald dat vervroegde aflossing niet mo-

20. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 235, nr. 3, p. 13.

21. Rechtbank Den Haag 2 mei 2007, *LJN* BA8564 en 9 mei 2007, *LJN* BB1816 (beide Zevenhuizen-Moerkapelle) alsmede 9 mei 2007, *NJF* 2007, 430 (Moordrecht).

gelijk is. Voorts is daarin bepaald dat hoofdsom alsmede verschuldigde rente (5% op jaarbasis en te voldoen op het einde van de looptijd) onverwijld opeisbaar zijn onder meer indien de eigenaar enige verplichting, uit welke hoofde ook, niet nakomt jegens de schuldeiser. Tot zekerheid van de nakoming van zijn verplichtingen heeft de eigenaar een hypotheek op de percelen moeten vestigen ten gunste van Bouwfonds.

In de hypotheekovereenkomst is onder meer bepaald dat die hypotheekstelling strekt tot zekerheid van betaling van de geldlening maar ook van al hetgeen de grondeigenaar uit welke anderen hoofde ook jegens Bouwfonds is verschuldigd of te eniger tijd verschuldigd mocht worden. Voorts is daarin bepaald dat Bouwfonds, zodra de geldlening is opgeëist - en dus situaties waarin de eigenaar enige verplichting uit welke hoofde dan ook jegens Bouwfonds niet is nagekomen - gerechtigd is tot het beheer van de percelen en/ of tot het openbaar (doen) verkopen van de percelen. Een en ander leidt er in de ogen van de rechtbank toe dat de overeenkomsten van geldlening en hypotheek deel uitmaken van een verkoopconstructie waarin de feitelijke beschikkingsmacht over de percelen en het economisch belang daarbij aan Bouwfonds zijn overgedragen. In het onderhavige geval is geen sprake van een gewone geldlening met hypothecaire zekerheid, maar zowel de overeenkomst van geldlening als die van hypotheek zijn instrumenteel aan het sluiten en naleven van de koopovereenkomst. Van hetzelfde laken een pak in drie uitspraken van de Rechtbank Zutphen van juni 2007 in geschillen tussen de gemeente Nunspeet en grondeigenaren/ontwikkelaars<sup>22</sup>:

'4.4. De rechtbank is met de gemeente van oordeel dat de Overeenkomst de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de voorkeurspositie van de gemeente. Zo is in de Overeenkomst bepaald dat de eigenaar een gegarandeerde vergoeding wegens de juridische en feitelijke levering ontvangt, zijn de kans op voordeel en het risico op nadeel volledig op de ontwikkelaars overgegaan en heeft de eigenaar aan twee van de drie ontwikkelaars alle rechten en aanspraken op een eventuele ontegeningsvergoeding overgedragen. Daar komt bij dat de notaris die de transactie heeft verzorgd in zijn onder 2.4 aangehaalde brief expliciet spreekt over (aan-)koop van de gronden van de eigenaar door verweerders 5 en 6. Met een en ander is het economische belang feitelijk bij de ontwikkelaars komen te liggen.

Ook blijkt uit de Overeenkomst dat de eigenaar voor onbeperkte duur en voor een substantieel deel de beschikkingsmacht over de gronden aan de ontwikkelaars heeft overgedragen. Zo staat het hem niet meer vrij zijn perceel aan anderen dan door de ontwikkelaars aan te wijzen derde(n) te verkopen en te leveren. Uit de Overeenkomst in samenhang met de brief van 13 oktober 2006 van notaris mr. Pieltjes blijkt dat de eigenaar de ontwikkelaars een onvoorwaardelijke en onherroepelijke volmacht heeft verleend om namens hem afspraken te maken die ertoe leiden dat het perceel aan de ontwikkelaars, de gemeente of (een) derde(n) geleverd kunnen worden en om met de gemeente te overleggen en afspraken te maken met betrekking tot bestem-

mingsplanwijziging en/of vrijstelling van de vigerende bestemming en/of infrastructurele voorzieningen en/of bouwvergunningen aan te vragen. Hij heeft zich voorts verbonden om zich te onthouden van het beïnvloeden van de planologische bestemming op zijn gronden en van een zodanige bedrijfsvoering op het perceel dat een milieuzonering zou kunnen ontstaan. Ook mag hij geen hypotheek meer op het perceel vestigen.

4.5. Er is derhalve sprake van een koop met uitgestelde levering, waarbij de ontwikkelaars vooruitlopend op die levering aan de eigenaar al 'een voorschot op de waarde van zijn vastgoed' hebben betaald. De stelling van verweerders dat deze betaling te vergelijken is met het te gelde maken van de overwaarde van een perceel door het afsluiten van een (hypothecaire) lening bij de bank, gaat gelet op de overige feiten en omstandigheden van het geval niet op, al was het maar omdat een hypotheekbank niet dergelijke vérgaande beperkingen in de beschikkingsmacht zal bedingen en in geval van een enkele hypotheekverstrekking het economisch belang van het perceel niet bij die bank in plaats van bij de eigenaar komt te liggen.

4.6. Nu er sprake is van een vervreemding van het perceel zonder dat deze eerst aan de gemeente is aangeboden, moet naar objectieve maatstaven geconcludeerd worden dat de door verweerders gesloten Overeenkomst de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de voorkeurspositie. Dat verweerders in de Overeenkomst en de Verklaring uitdrukkelijk hebben vastgelegd dat die Overeenkomst niet die kennelijke strekking heeft, althans dat zij een dergelijke strekking niet beogen, leidt niet tot een andere conclusie. Doorslaggevend is niet de subjectieve intentie van verweerders, maar de objectieve strekking van de rechtshandeling. Het enkele feit dat met de Overeenkomst afbreuk wordt gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente, verschaft haar al voldoende belang bij haar verzoek tot nietigverklaring.'

In enkele uitspraken van de Haagse rechtbank van april en december 2007 is een zelfde gedachtegang terug te vinden.<sup>23</sup>

Het voorbije jaar leverde ook Hofjurisprudentie op. Wij signaleren in elk geval de beschikkingen van de gerechtshoven Den Bosch<sup>24</sup> en Den Haag<sup>25</sup>, waar eveneens - het

22. Rechtbank Zutphen 6 juni 2007, L/JN BA7291, BA7280 en BA7302 (Nunspeet).

23. Rechtbank Den Haag 25 april 2007, NJF 2007, 271, 9 mei 2007, L/JN BB1414 (Nieuwerkerk), 24 oktober 2007, L/JN BB 8747 (Pijnacker-Nootdorp).

24. Hof Den Bosch 19 juni 2007, rekestnummer R200601180 (Etten-Leur).

25. Hof Den Haag 8 november 2007, L/JN BB7594 (Rijnwoude).

wordt eentonig – door de hoven ontwikkelingsconstructies werden ontwaard en nietig verklaard. Nu deze beschikkingen nog onderwerp zijn van cassatieberoep – alsmede vanwege persoonlijke betrokkenheid bij deze procedures – onthouden wij ons hier van verder commentaar.

Wel wijzen wij nog op een beschikking van het Bossche Hof<sup>26</sup> in een geschil tussen Nova c.s. en de gemeente Venlo. De gemeente heeft bij besluit van 30 mei 2000 een aantal gronden binnen het plangebied Trade Port Noord belast met een gemeentelijk voorkeursrecht. Een aantal van die gronden behoort (deels) toe aan Maasbilt B.V., onderdeel van het concern van Grontmij N.V. Grontmij wil een deel van haar vastgoedontwikkelingsactiviteiten in Nederland afstoten aan de Holland Ontwikkelgroep B.V., waarvan Nova Vastgoedontwikkeling B.V. en Kompaan Vastgoed B.V. onderdelen zijn. Daartoe is op 15 augustus 2005 een koopovereenkomst gesloten.

Bepaalde in die koopovereenkomst betrokken gronden – waaronder de gronden in het plangebied Trade Port Noord – zijn echter niet vrij overdraagbaar, want belast met een gemeentelijk voorkeursrecht. Grontmij en Nova c.s. hebben de verkoop van het project Trade Port Noord besproken met de Gemeente. De Gemeente heeft aangegeven dat zij de door Grontmij en Nova c.s. beoogde levering beschouwt als zijnde strijdig met het gemeentelijk voorkeursrecht. Grontmij enerzijds en Holland Ontwikkelgroep, Nova en Kompaan anderzijds hebben daarop een zogenaamde alternatieve overeenkomst gesloten ten aanzien van (ondermeer) de gronden in het plangebied Trade Port Noord. In die overeenkomst heeft Grontmij zich (ondermeer) verbonden tot het verstrekken van een volmacht aan Nova c.s. zodat Nova c.s. de projecten voor en namens Grontmij kunnen afronden.

Nova c.s. bepleiten dat bij de invulling van het begrip 'kennelijke strekking' uit art. 26 lid 1 Wvg betekenis toekomt aan de (subjectieve) bedoeling die partijen hebben met hun op het voorkeursrecht inbreukmakende rechtshandeling en dat hun onderlinge afspraken die strekking niet hebben. Het Hof overweegt – kort gezegd – dat niet nodig is dat partijen bij het aangaan van die rechtshandeling de bedoeling hebben of zich er van bewust zijn dat de handeling afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente, maar dat voldoende en bepalend is dat de rechtshandeling zodanig is opgezet dat materieel een met een vervreemding gelijk te stellen resultaat wordt bereikt. Heeft de rechtshandeling op zichzelf beschouwd in enigerlei mate een afbreukdoend effect, dan is voldaan aan het 'kennelijke-strekkingsvereiste' van art. 26 lid 1 Wvg.

Wij menen dat het Hof het hier bij het verkeerde (juridische) eind heeft. In bijvoorbeeld de memorie van toelichting staat te lezen dat het vereiste van de 'kennelijke strekking' impliceert dat de gewraakte rechtshandeling is gepleegd met de aperte bedoeling het voorkeursrecht te ontgaan en dat de bewijslast daarvoor bij de gemeente ligt (*Kamerstukken II 1994/95, 2435, nr. 3, p. 13*). Ook in latere parlementaire stukken is de opmerking terug te vinden dat een gemeente wel moet 'kunnen aantonen dat de 'kennelijke strekking' aanwezig is om de Wvg te ontduiken.' (*Kamerstukken II 2001/02, 27 750, nr. 9, p. 4*). Van een dergelijke kennelijk-strekking behoeft nog geen sprake te zijn

bij elke rechtshandeling waarbij de beschikkingsmacht over of het economisch belang bij met een gemeentelijk voorkeursrecht belaste grond in enigerlei mate worden overgedragen. Het verhuren of in bruikleen geven van onroerende zaken op met voorkeursrecht belaste percelen, het verpachten van de grond, het leggen van beslag op de aangewezen onroerende zaak of het vestigen van een hypotheek hebben deze kennelijke strekking in beginsel niet.

Dat neemt niet weg dat in het onderhavige geval de alternatieve overeenkomst en de volmacht juist zijn toegespitst op de gronden van Grontmij die vanwege een voorkeursrecht niet (zonder meer) overdraagbaar zijn. Het hof heeft die alternatieve overeenkomst en volmacht geanalyseerd om tot de feitelijke en niet onbegrijpelijke conclusie te komen dat zij inderdaad – objectief bezien – de kennelijke strekking hebben om afbreuk te doen aan de voorkeurspositie van de Gemeente. Ten aanzien van deze twee specifieke rechtshandelingen lijkt ons dit een juist en geenszins onbegrijpelijk oordeel.

In het voorbije jaar zijn er aldus vrijwel geen voorbeelden te vinden van succesvolle 'ontwijking' van het gemeentelijk voorkeursrecht.

Er is slechts één recente uitspraak bekend van – het zal niet verbazen – de Haagse rechtbank, waarin een gemeentelijk verzoek om nietigverklaring is gestrand. Opnieuw past ons terughoudendheid vanwege onze betrokkenheid bij deze zaak. De gemeente Waddinxveen had verzocht om nietigverklaring van een overeenkomst, in 1996 gesloten (en nadien verlengd) tussen Roggeveen & Piso architecten met een drietal grondeigenaren (de architect, zijn moeder en de buurman). In die overeenkomst was onder meer bepaald dat het architectenbureau, geheel voor eigen rekening en risico, een bouwplan zou ontwikkelen op de gronden. Voorts was een voorkeursrecht voor het architectenbureau opgenomen. Alle onderhandelingen met derden zouden door het architectenbureau worden gevoerd, waartoe de grondeigenaren een volmacht hadden verstrekt. Aanvullend was bepaald dat het architectenbureau zich ertoe verplichtte geen overeenkomsten met derden te sluiten zonder voorafgaande goedkeuring van de grondeigenaren. Tenslotte zou het architectenbureau alle werkzaamheden verrichten met betrekking tot de planontwikkeling, de verkoop van de gronden en alles wat daarmee samenhangt en de kosten daarvan dragen. De rechtbank is van oordeel dat de overeenkomst de toets van art. 26 Wvg kan doorstaan:

'(...) Bij de volmachtverlening is overeengekomen dat het Architectenbureau namens de eigenaren geen overeenkomsten kan sluiten zonder hun voorafgaande goedkeuring. Hieruit volgt reeds dat de beschikkingsmacht van de eigenaren over de percelen blijft gehandhaafd. Het Architectenbureau blijft immers aangewezen op de volledige medewerking van de eigenaren. De volmacht strekt er enkel toe dat de zakelijke belangen van

26. Hof Den Bosch 14 augustus 2007, *NJF* 2007, 537 (Venlo).



de eigenaren bij de verkoop van de gronden door het Architectenbureau worden behartigd. Een dergelijke volmacht maakt op zichzelf geen inbreuk op het voorkeursrecht van de gemeente. Bovendien kan de volmacht door de eigenaren worden herroepen in welk geval geen afzonderlijke verplichtingen voor de eigenaren ontstaan om de gronden alsdan aan het Architectenbureau te leveren. De eigenaren zijn de zeggenschap over de gronden ook bij het einde van de volmacht derhalve niet kwijt.<sup>27</sup>

De rechtbank neemt voorts in aanmerking, dat tussen het Architectenbureau en de eigenaren nog geen koopprijs is afgesproken en dat er tussen hen evenmin een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Het economisch belang bij (en het economisch risico van) de percelen berust ook op deze grond nog immer bij de eigenaren. Naast de vraag naar overdracht van het economisch belang toetst de rechtbank of de beschikkingsmacht is overgedragen:

‘3.7 Van vestiging van een machtspositie voor het Architectenbureau ten aanzien van de percelen is evenmin sprake. Weliswaar heeft het Architectenbureau op grond van de overeenkomst een privaatrechtelijk voorkeursrecht, echter voor de eigenaren vloeit hieruit geen verplichting voort om aan het Architectenbureau de percelen ter ontwikkeling over te dragen, noch om mee te werken aan feitelijke en/of rechtshandelingen in het kader van mogelijke realisatie van de bestemming. Evenmin heeft het Architectenbureau de contractuele opdracht om de bestemming te verwezenlijken. De overeenkomsten staan er derhalve niet aan in de weg de grond aan de gemeente aan te bieden, hetgeen thans ook blijkt uit de onderhandelingen die met de gemeente gaande zijn.’

Zo komt de rechtbank tot de conclusie dat de feitelijke beschikkingsmacht bij de eigenaren blijft en het economisch belang niet is overgedragen, zodat het verzoek wordt afgewezen. De appèltermijn was bij het afronden van deze bijdrage nog niet verstreken.

Deze ene uitzondering ten spijt mag de betekenis van de vele succesvolle art. 26 Wvg-acties niet worden overschat. Het voorkeursrecht betekent een bevrozing van grondposities, maar via het voorkeursrecht kan geen verwerving worden afgedwongen<sup>27</sup> en kan evenmin kostenverhaal plaatsvinden.<sup>28</sup> Daartoe moet de gemeente gebruik maken van andere instrumenten, waarbij een belangrijke voorvraag is of de gemeente koste wat kost de gronden zelf wil ontwikkelen – in welk geval het onteigeningsinstrument in stelling moet worden gebracht – of bereid is ruimte te laten voor zelfrealisatie en genoeg neemt met kostenverhaal.

## 5. Slotsom

Het afgelopen jaar heeft geleid tot een verdere aanscherping en verfijning van de jurisprudentie op het terrein van de Wvg. Het aantal gepubliceerde uitspraken van de bestuursrechter neemt zienderogen af. Onder de gewijzigde Wvg zal de verplichting tot het tijdig nemen van bestendingsbesluiten komen te vervallen. Wij verwachten dat het aantal

bestuursrechtelijke procedures daarmee nog veel verder zal afnemen. De civiele rechter heeft het daarentegen aanzienlijk drukker gekregen. Ontwikpingsconstructies worden met de regelmaat van de klok door gemeenten bestreden, in de meeste gevallen niet zonder succes. Ontwikkelaars en grondeigenaren zullen hun relatie in de regel willen blijven verankeren door de vestiging van zekerheidsrechten. Komend jaar zal blijken of de Hoge Raad het met de lagere rechtspraak omtrent de veelbesproken hypotheekconstructies eens is. Voor de ontwikkelingspraktijk zal het oordeel van de Hoge Raad – ook na de inwerkingtreding van de aanstaande wetswijzigingen – van groot belang zijn.

27. Het gemeentelijk voorkeursrecht is immers een zogenaamd passief verwervingsinstrument.

28. Zie HR 15 november 2002, BR 2003, 240.