

Kroniek Wet voorkeursrecht gemeenten 2016-2023: adieu Wvg!

mr. W.J.E. Van der Werf

1. Introductie

Na vele uitstellen treedt op 1 januari 2024 de langverwachte Omgevingswet in werking. Daarmee zal afscheid worden genomen van een groot aantal wettelijke regelingen op het terrein van de fysieke leefomgeving. Onder meer zal de Wet voorkeursrecht gemeenten (“Wvg”) geheel worden ingetrokken.¹ De wettelijke regeling van het publiekrechtelijke voorkeursrecht treedt – als onderdeel van de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet – in gewijzigde vorm terug in de Omgevingswet.² In 2019 heb ik het wetsvoorstel voor de regeling van het voorkeursrecht in dit tijdschrift aan een kritische beschouwing onderworpen.³ Recent heb ik voorts een preadvies voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie geschreven, waarin ik de definitieve wettelijke regeling van het voorkeursrecht heb geanalyseerd.⁴ Wie kennis wil nemen van de nieuwe regeling, verwijs ik daarom graag naar beide publicaties. Nu het afscheid van de Wvg finaal en aanstaande is, is het tijd om terug te blikken op de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak na het verschijnen van mijn laatste kroniek, die de periode 2011-2016 besloeg.⁵ Omdat de nieuwe wettelijke regeling niet fundamenteel wijzigt, zal de jurisprudentie ook na inwerkingtreding van de Omgevingswet van belang blijven. In deze bijdrage bespreek ik de meest interessante uitspraken uit de periode 2016 tot en met heden ten aanzien van de vestiging van het voorkeursrecht en de nietigheidsactie ex art. 26 Wvg.⁶ De Wvg zelf blijft ook na 1 januari 2024 nog gelden voor situaties die

vallen onder het overgangsrecht. Dat zal ik daarom eveneens beschrijven. Ik begin met een korte typing van de Wvg en ik besluit met een conclusie.

2. Het voorkeursrecht is en blijft een conjunctuurgevoelig instrument

In mijn vorige kroniek uit 2016 beschreef ik dat de Wvg een conjunctuurgevoelig onderdeel van het wettelijke grondbeleidsinstrumentarium is gebleken. Met name in de periode vanaf de aanvang van de grote financiële en daaropvolgende economische crisis eind 2008 tot en met medio 2016 is het aantal aanwijzingsbesluiten bijzonder klein geweest. Het na-ijleffect was zichtbaar doordat aanzienlijk minder (gepubliceerde) rechtspraak verscheen. Wel probeerden eigenaren in de vorige kroniekperiode vaker via de Wvg van hun incurante onroerend goed af te geraken. Na het dieptepunt van de vastgoedmarkt in 2013 te hebben bereikt, is vanaf 2015 een sterk herstel ingetreden. Vervolgens is ook de gemeentelijke planvorming voor woningbouw en bedrijventerreinen weer op gang gekomen. Wat de inzet van het voorkeursrecht betreft, valt dit af te lezen aan het sterk gestegen aantal aanwijzingsbesluiten en de genomen uitspraken van rechtbanken, met name uit de periode 2020-2023. Een deel van deze zaken zal nog in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (“Afdeling”) voorliggen, die kampt met flinke werkvoorraden.

1 Art. 3.3 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet (*Stb.* 2020, 112) bepaalt dat de Wet voorkeursrecht gemeenten wordt ingetrokken.

2 Geheel hoofdstuk 9 en delen van de hoofdstukken 15 en 16 Omgevingswet.

3 W.J.E. Van der Werf, ‘De nieuwe regeling van het voorkeursrecht in de Aanvullingswet grondeigendom: een kritisch beschouwing’, *TvAR* 2019/7/8, p. 479 e.v.

4 W.J.E. Van der Werf, ‘De Omgevingswet; het voorkeursrecht. De positie van de notaris onder de regeling van het voorkeursrecht in de Omgevingswet: oude wijn in nieuwe zakken?’, *WPNR* 2023, afl. 7406.

5 W.J.E. Van der Werf, ‘Kroniek Wet voorkeursrecht gemeenten 2011-2016’, *TvAR* 2016/4, p. 193 e.v.

6 Anders dan bij de vorige kroniek trof ik geen interessante uitspraken over de aanbestedings- en prijsbepalingsprocedure, de koopplicht ex art. 15 Wvg en de schadevergoedingsactie ex art. 25 Wvg aan.

De geconstateerde positieve ontwikkelingen in de bouw zijn vanaf begin 2021 gestokt vanwege logistieke problemen, de stikstofproblematiek en een grote vraag naar respectievelijk een gering aanbod van bouwmaterialen die grote kostenstijgingen tot gevolg hebben gehad. Ook de gestegen rente en energieprijzen, die met name na de Russische inval in Oekraïne in 2023 tot grote hoogten stegen, hebben hun negatieve weerslag gehad op de ontwikkelingen. In de aanloop naar de inwerkingtreding van de Omgevingswet is merkbaar dat gemeenten plannen naar voren hebben gehaald, zodat nieuwe bestemmingsplan- en onteigeningsprocedures nog onder oud recht kunnen worden afgewikkeld. Naar verwachting zal de complexiteit van de Omgevingswet en de onzekerheid over het adequate functioneren van het digitale stelsel na inwerkingtreding leiden tot een verdere vertraging van planvorming, en dus ook een vermindering van het aantal nieuwe aanwijzingsbesluiten, die onder de Omgevingswet voorkeursrechtbeschikkingen gaan heten.

3. Geschillen in de vestigingsfase

Traditioneel komen met name de grondeigenaren⁷ met enige regelmaat in bezwaar (bij het bestuursorgaan), beroep (bij de rechtbanken) en hoger beroep (bij de Afdeling) op tegen het aanwijzingsbesluit, waarbij het voorkeursrecht wordt gevestigd. Voor het vestigen van een gemeentelijk voorkeursrecht door de gemeenteraad is een grondslag vereist, de vestigingsgrondslag. Dit kan bijvoorbeeld een vastgesteld bestemmingsplan of inpassingsplan (art. 3 lid 1 Wvg) of een vastgestelde structuurvisie (art. 4 lid 1 sub a Wvg) zijn. Ook kan een zgn. vervroegd voorkeursrecht (art. 5 lid 1 Wvg) worden gevestigd in geval gronden nog niet zijn opgenomen in een bestemmingsplan of in een structuurvisie, maar waarbij in het besluit tot aanwijzing aan de betrokken gronden een niet-agrarische bestemming wordt toegedacht en waarvan het gebruik afwijkt van die bestemming. Voor gronden die zijn aangewezen in een moderniseringsgebied geldt de eis van afwijkend gebruik niet.⁸ Vooruitlopend op de vestiging van de voornoemde voorkeursrechten door de raad kan door het college van burgemeester en wethouders (“col-

lege”) in het kader van de zgn. voorbescherming een voorlopig voorkeursrecht worden gevestigd voor de duur van drie maanden (art. 6 lid 1 Wvg). In de ‘standaarduitspraak’ van 22 oktober 2014 heeft de Afdeling de hoofdregels rondom de vestiging van het gemeentelijke voorkeursrecht neergelegd.⁹ Ik verwijs daar graag naar. Na deze uitspraak heeft de Afdeling nog vier interessante uitspraken gedaan over de vestigingsfase, die ik hierna de revue laat passeren.

3.1 De betekenis van de bestemmingsplanprocedure, de bevoordeling van de derde en de status van de koopoptie

In de zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 11 juli 2018 inzake Purmerend¹⁰ werd door de eigenaar betoogd dat het college op 22 september 2015 geen voorlopig voorkeursrecht als bedoeld in art. 6 lid 1 Wvg had mogen vestigen en de raad vervolgens binnen drie maanden geen aanwijzingsbesluit op basis van de structuurvisie “Purmerend 2005-2020” (art. 4 lid 1 sub a Wvg) had mogen nemen. De structuurvisie was – tijdig – binnen drie jaar opgevolgd door het planologische vervolgdokument, namelijk het bestemmingsplan “Klein Where 2016”, dat werd vastgesteld op 26 mei 2016. Het voorkeursrecht bleef aldus doorlopen op de grondslag van een bestemmingsplan (art. 3 lid 1 Wvg). De eigenaar stelde dat de bevoegdheid tot het vestigen van een voorkeursrecht door het college en de raad was gebruikt met een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid was gegeven. De eigenaar voerde aan dat een derde – die niet met een voorkeursrecht wordt geconfronteerd – door de vestiging wordt bevoordeeld. Bovendien was niet duidelijk waarom het perceel nodig was voor de uitvoering van het voornoemde bestemmingsplan. Verder beklagde de eigenaar zich erover dat de gemeente had afgezien van de verwerving van het perceel van de vorige eigenaar. Verder was het door de gemeente aan de huidige eigenaar aangeboden bedrag lager dan de WOZ-waarde. Tot slot stelde de eigenaar dat hij ernstig was benadeeld, omdat één van zijn huurders een huurovereenkomst met een koopoptie had gesloten. Die huurder had de huurovereenkomst wegens de vestiging van het voorkeursrecht opgezegd en met

⁷ Ook beperkt gerechtigden zijn belanghebbenden. O.a. erfpachters en opstallers dienen zich aan de aanbiedingsplicht houden. Zie de definities van ‘vervreemder’ en ‘vervreemding’ in art. 1 leden e en f Wvg.

⁸ Art. 3.5 Wabo bepaalt dat zolang de beoogde modernisering niet is verwezenlijkt, het gebruik van de bouwwerken wordt aangemerkt als afwijkend van het plan. Zie tevens art. 4.1 lid 1 sub b Wvg voor de moderniseringsgebieden in de structuurvisie.

⁹ ABRvS 22 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3786.

¹⁰ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2332.

een beroep op de koopoptie de levering van het perceel gevorderd. Dat laatste was vanwege de vestiging van het voorkeursrecht niet mogelijk.

De Afdeling overweegt met verwijzing naar haar eerdere uitspraak van 8 april 2015¹¹ dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wvg blijkt dat de wetgever met de invoering van de Wvg heeft beoogd om de positie van gemeenten bij de grondverwerving ten behoeve van de verwezenlijking van het ruimtelijke beleid te versterken door de raad een middel te geven waarmee speculatie kan worden tegengegaan en de regie bij de verwezenlijking van de voorgestane ruimtelijke ontwikkelingen kan worden behouden. Volgens de Afdeling is er geen grond voor het oordeel dat het voorkeursrecht was gevestigd om andere redenen dan het tegengaan van speculatie en het behouden van regie ten aanzien van de transformatie van het voormalig bedrijventerrein “De Where” tot woonwijk.

De Afdeling wijst erop dat uit de structuurvisie blijkt dat sprake is van een te herontwikkelen bedrijventerrein met een toekomstige woonfunctie. Verder is volgens de Afdeling van belang dat de raad al in februari 2015 een voorbereidingsbesluit had genomen om ontwikkelingen te voorkomen die niet in de toekomstige woonfunctie van het terrein passen. In het bestemmingsplan zijn vervolgens aan het terrein bij een woonfunctie passende bestemmingen toegekend. Het door de eigenaar ingestelde beroep tegen dat bestemmingsplan was door de Afdeling ongegrond verklaard. Interessant is dat de Afdeling uitdrukkelijk ingaat op die bestemmingsplanuitspraak¹² en overweegt dat daarin is geoordeeld dat inpassing van het bedrijf van de eigenaar, gelet op de ligging van het perceel midden in het plangebied en de ruimtelijke uitstraling hiervan op de woningen, uit een oogpunt van een goede ruimtelijke ordening niet is te verenigen met de in het plan voorziene woonwijk. De Afdeling gaat voorts voorbij aan de stelling dat het voorkeursrecht is gevestigd ter bevoordeling van een specifiek aangeduide derde. Het ging hier om een op het bedrijventerrein gelegen perceel dat de gemeente minnelijk heeft verworven. Wat er precies is gebeurd, wordt niet duidelijk, maar in elk geval concludeert de Afdeling dat – daargelaten de vraag of de Wvg daartoe wel de mogelijkheid biedt – geen sprake is van

vestiging van een voorkeursrecht ten behoeve van dan wel ten voordele van een derde. Ook verwijst de Afdeling naar haar vaste rechtspraak, waaruit blijkt dat de wetgever bij de totstandkoming van de Wvg het met het vestigen van een voorkeursrecht te dienen algemene belang heeft afgewogen tegen het individuele financiële belang van de betrokken grondeigenaren. Het enkele financiële belang hoeft niet meer afzonderlijk in de afweging te worden betrokken.

Tot slot wijst de Afdeling op het feit dat in art. 10 lid 3 Wvg is geregeld in welke gevallen een optierecht voorrang heeft boven een voorkeursrecht. Als het optierecht aan de wettelijke voorwaarden voldoet, dan kan de huurder zijn optierecht vrij uitoefenen en wordt hij daarin door het voorkeursrecht niet beperkt. Indien het optierecht niet aan deze voorwaarden voldoet, komt het optierecht ingevolge de Wvg niet voor bescherming in aanmerking. Om die reden, zo overweegt de Afdeling, behoefde het optierecht voor de raad geen aanleiding te zijn van de vestiging van het voorkeursrecht af te zien. Naar het zich laat aanzien, voldeed de eigenaar in dit geval niet aan deze voorwaarden.

3.2 De structuurvisie en het vereiste van afwijkend gebruik

In de uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019 inzake Amsterdam¹³ stond de vraag centraal of een voorkeursrecht kon worden gevestigd op basis van de “Structuurvisie Amsterdam 2040”, die de raad op 17 februari 2011 had vastgesteld. Het betrof een perceel gelegen op het bedrijventerrein Metaalbewerkerweg te Amsterdam. Opmerkelijk is dat de Afdeling bij het procesverloop vermeldt dat het college bij besluit van 20 april 2016 een voorlopig voorkeursrecht had gevestigd en dat dit voorkeursrecht door de raad pas op 15 maart 2017, dus bijna een jaar later, was “bekrachtigd”. Dit is echter feitelijk onjuist. Het collegebesluit dateert van 20 december 2016, zo blijkt uit de bekendmaking in de Staatscourant.¹⁴ Dat betekent dat de raad tijdig binnen de wettelijke driemaanden-termijn van art. 6 lid 1 Wvg een voorkeursrecht op de grondslag van een structuurvisie had gevestigd.¹⁵

Volgens de eigenaar had de rechtbank Amsterdam ten onrechte overwogen dat uit de voornoemde

11 ABRvS 8 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1089.

12 ABRvS 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:54.

13 ABRvS 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1638, *Gst.* 2019/130 m.nt. R.J. Lucassen.

14 *Stet.* 16 maart 2017, Nr. 14281.

15 Het woord “bekrachtigd” lijkt hier niet op zijn plaats. De raad bekrachtigt niet het voorlopig voorkeursrecht van het college, maar neemt tijdig een zelfstandig aanwijzingsbesluit op één van de juiste wettelijke grondslagen.

structuurvisie blijkt dat de bestemming van het perceel verandert. Deze voerde daartoe aan dat ingevolge het vigerende bestemmingsplan op het perceel een bedrijfspand met woning was toegestaan. Dat zou passen binnen de door de structuurvisie beoogde woon-werkbestemming, zodat de structuurvisie niet als grondslag voor het gevestigde voorkeursrecht zou mogen dienen.

De Afdeling verwijst in de uitspraak naar vaste rechtspraak¹⁶ waaruit blijkt dat in geval van vestiging van een voorkeursrecht op basis van een structuurplan – de voorganger van de structuurvisie onder de oude Wet op de Ruimtelijke Ordening – inherent is dat op perceelsniveau nog niet vaststaat hoe het uiteindelijke grondgebruik eruit zal zien. Er hoeft dan nog geen zekerheid te bestaan over de verwezenlijking van de beoogde uitwerking, waarvoor het voorkeursrecht is gevestigd. De systematiek van de Wvg brengt mee dat veelal nog niet zeker zal zijn of de beoogde uitwerking feitelijk zal kunnen worden gerealiseerd, aldus de Afdeling.

In dit geval had de rechtbank overwogen dat de structuurvisie aanwijzingen moest bevatten voor de bestemming. Daarvan was inderdaad sprake: in de structuurvisie was aan de locatie de bestemming werken-wonen toegedacht. Uit een nauwgezette bestudering van de structuurvisie volgt dat verkenningen zijn uitgevoerd in het kader van de binnen de ring gelegen westelijke IJoevers als onderdeel van het project Haven-Stad, waarbij de gemeenteraad ervoor heeft gekozen om door te gaan met twee scenario's die leiden tot een toename van woningaantallen met 13.000 en 19.000. Volgens de Afdeling heeft de rechtbank daarom terecht overwogen dat door toevoeging van een woonfunctie zoals in de structuurvisie omschreven, aan een gebied met een bedrijfsbestemming, het planologische gebruik van dat terrein wijzigt. De Afdeling legt uit het dat geen verschil maakt, dat wonen bij het bedrijfspand reeds was toegestaan:

‘De onderhavige bedrijfswoning behoort immers bij het ter plaatse aanwezige bedrijf en valt binnen de vigerende bedrijfsbestemming, terwijl de in de structuurvisie toegedachte transformatie van het gebied naar een bestemming werken-wonen van een andere orde is. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 18 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3222) is bij

de parlementaire behandeling van de Wvg tot uitdrukking gebracht dat de voorkeursregeling niet zo beperkt behoeft te worden opgevat dat deze alleen zou kunnen worden toegepast wanneer sprake is van een bestemming voor wezenlijk andere gebruiksvormen. Ook wanneer de nieuwe bestemming voorziet in een vergelijkbaar, maar intensiever gebruik dan het bestaande, zal van een afwijkend gebruik kunnen worden gesproken. De toevoeging van het hiervoor genoemde aantal woningen zal leiden tot een intensievere woonfunctie en derhalve een afwijkend gebruik, zoals de Wvg vereist.’

Het feit dat de in de structuurvisie opgenomen twee voorkeursscenario's voorzagen in de toevoeging van verschillende aantallen nieuwe woningen in het plangebied, was dus volgens de Afdeling voldoende om aan te nemen dat sprake was van een zodanig intensiever gebruik, dat aan de eis van afwijkend gebruik kon worden voldaan. Daarmee kon de raad dus overgaan tot vestiging van het voorkeursrecht.

Opmerkelijk aan deze uitspraak is dat de structuurvisie, die aan het aanwijzingsbesluit ten grondslag werd gelegde, dateerde van 17 februari 2011, terwijl het aanwijzingsbesluit zelf pas ruim 6 jaar later op 15 maart 2017 werd genomen. In de tussentijd werd door de voormalige deelraad van het stadsdeel Noord echter nog wel een nieuw bestemmingsplan “Metaalbewerkerweg en omgeving” vastgesteld. Uit de uitspraak blijkt dat het college heeft toegelicht dat dit een conserverend bestemmingsplan is: “Het bestemmingsplan legt de huidige situatie vast, maar is geen concretisering van de structuurvisie.” De vraag is of zowel deze gang van zaken als deze uitleg wel zijn toegestaan in het licht van de regel die uit oudere rechtspraak kan worden afgeleid. Die houdt in dat voor het vestigen van een voorkeursrecht altijd de meest recente planologische grondslag als uitgangspunt moet worden gekozen. Als er bijvoorbeeld een plan is dat een concrete vestigingsgrondslag biedt, zoals een structuurvisie of het bestemmingsplan, kan geen gebruik meer worden gemaakt van de bevoegdheid om een vervroegd voorkeursrecht te vestigen. De meest concrete en beschikbare planologische grondslag moet worden gebruikt.¹⁷ Die regel geldt naar mijn mening onverkort indien na vaststelling van de structuurvisie een bestemmingsplan is vastgesteld, waarin een bestemming aan de betreffende gronden is toegekend. Als dat bestemmingsplan in afwijking van de structuurvisie voorziet in onver-

16 ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1355.

17 ABRvS 18 november 1999, *Gst.* 2000, 7114, 8 en ABRvS 26 september 2001, *Gst.* 2002, 7161, 7.

korte handhaving van de bestemming, dan kan die structuurvisie niet meer dienen als grondslag voor de vestiging van het voorkeursrecht. De Afdeling heeft dat naar mijn mening in onderhavige zaak miskend.

3.3 Het vervroegde voorkeursrecht en de onzekere uitwerking

In de uitspraak van de Afdeling van 19 augustus 2020¹⁸ bracht een grondeigenaar naar voren dat de gemeente Nunspeet geen legitieme grondslag had gehanteerd voor de vestiging van het voorkeursrecht. Het college had ter onderbouwing van het voorlopige voorkeursrecht aangegeven dat de gronden nodig waren voor een nieuwe uitleglocatie voor woningbouw, waaraan in Nunspeet grote behoefte zou bestaan. Vervolgens had de raad op 3 juli 2018 een vervroegd voorkeursrecht gevestigd.

De eigenaar verwees naar een rapport van adviseur Atrivé van 1 maart 2018, waaruit zou blijken dat voor een grootschalige ontwikkeling van woningen geen rechtvaardiging bestond. Volgens de appellant was de raad van mening dat er gelet op dat rapport ook geen woningbehoefte meer bestond, omdat de vaststelling van de structuurvisie was stopgezet. De raad had het college opgedragen om de structuurvisie terug te trekken vanwege onduidelijkheid over de cijfers uit het rapport. Verder zou het rapport de raad geen aanleiding geven om zich zorgen te maken over een tekort aan ruimte voor woningbouw. De eigenaar stelde dat het raadsbesluit te zeer was gebaseerd op de activiteiten van projectontwikkelaars en agrariërs in het gebied. Ook waren er volgens de eigenaar voldoende andere locaties om aan de woningbehoefte te voldoen. Tot slot zou de raad onvoldoende rekening gehouden met zijn belangen.

De Afdeling ziet dit anders. Zij oordeelt dat de raad van Nunspeet wel degelijk voldoende had onderbouwd dat er behoefte aan voldoende woningen in de gemeente bestaat, ook naast de bestaande uitbreidingsplannen. In die behoefte kon niet worden voorzien binnen het bestaande stedelijk gebied van Nunspeet. De raad beriep zich daarbij op cijfers van bureau Primos uit 2019, die de raad ter onderbouwing van de woningbehoefte had gebruikt, en waaruit volgde dat er behoefte is aan 11.570 woningen in 2030. Uit de cijfers van het Centraal Bureau voor de

Statistiek bleek dat er op 1 januari 2019 10.929 woningen waren in Nunspeet. Als de woningbouwplannen van dat verschil worden afgetrokken, bestond nog behoefte aan ongeveer 360 woningen waar nog geen invulling voor is, zo had de raad betoogd. Hiermee had de raad volgens de Afdeling voldoende toegelicht dat er behoefte bestaat aan woningen in de gemeente.

Zoals in de hiervoor besproken uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019 aan de orde is gekomen, hoeft bij de vestiging van een voorkeursrecht op de grondslag van een structuurvisie nog geen zekerheid te bestaan over de verwezenlijking van de beoogde uitwerking, waarvoor het voorkeursrecht is gevestigd. De systematiek van de Wvg brengt mee dat veelal nog niet zeker zal zijn of de beoogde uitwerking feitelijk zal kunnen worden gerealiseerd. Naar deze uitspraak verwijst de Afdeling ook in deze zaak waarbij de vestiging van een vervroegd voorkeursrecht centraal staat. Daarbij betreft de Afdeling voorts dat de vaststelling van de structuurvisie, anders dan de eigenaar had betoogd, helemaal niet was stopgezet. De raad had het college juist opdracht gegeven om bewoners en belanghebbenden te betrekken bij de opstelling van een concept structuurvisie.

Voorts overweegt de Afdeling dat de raad had toegelicht dat het voorkeursrecht was gevestigd om te voldoen aan de woningbehoefte. Daarbij wilde de raad de regie houden bij het realiseren van nieuwe woningen. Bovendien moest prijsopdrijving worden tegengegaan. Deze motieven zijn in overeenstemming met het doel en de strekking van de Wvg, aldus de Afdeling, en er is daarom geen sprake van misbruik van bevoegdheid.

Volgens de Afdeling is ook voldoende gebleken dat er rekening was gehouden met de specifieke belangen van de eigenaar. Er was namelijk geen voorkeursrecht gevestigd op het gedeelte van het perceel waarop de woning van de eigenaar stond. Tot slot verwijst de Afdeling naar de voornoemde uitspraak van 11 juli 2018,¹⁹ waaruit blijkt dat het enkele financiële belang van de grondeigenaar niet afzonderlijk in de afweging hoeft te worden betrokken, omdat de wetgever die belangen al heeft afgewogen tegen het algemene belang.

Uit het voorgaande blijkt dus dat de mate van onzekerheid rondom de toekomstige uitwerking van een

¹⁸ ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1989, *TvAR* 2020, 8040, m.nt. C.F. van Helvoirt.

¹⁹ ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2332.

woningbouwplan voor de vestiging van het voorkeursrecht op de grondslag van een structuurvisie niet anders is dan bij een vervroegd voorkeursrecht. Volgende kan zijn dat met rapporten wordt onderbouwd dat er in de toekomstig meer woningen nodig zijn dan de optelsom van de bestaande woningvoorraad plus de aantallen woningen in bestaande uitbreidingslocaties.

3.4 De gemeente als mede-eigenaar van de grond

In een vrij bijzondere zaak die leidde tot de uitspraak van de Afdeling van 29 april 2020²⁰ had de raad van de gemeente Wijk bij Duurstede een voorkeursrecht gevestigd op grond die zij reeds voor 50% zelf in eigendom had. Woningcorporatie Viveste was eveneens voor 50% eigenaar van het perceel. Beide partijen waren al geruime tijd met elkaar in overleg tot herontwikkeling daarvan. Viveste was oorspronkelijk de volledige eigenaar en had al in 2008 50% van de eigendom van het perceel aan de gemeente overgedragen, teneinde daarop in samenspraak met de gemeente sociale huisvesting te realiseren. Niettemin had de raad van Wijk bij Duurstede in 2018 tot vestiging van een voorkeursrecht op basis van de structuurvisie 'Postkantoorlocatie e.o. Wijk bij Duurstede' besloten nadat de gemeente bekend was geworden dat Viveste in samenspraak met projectontwikkelaar BPD Ontwikkeling een totaalplan voor het plangebied had laten uitwerken. BPD beschikte al over gronden in het ontwikkelgebied. De raad wilde voorkomen dat Viveste haar aandeel in de eigendom van het perceel zou verkopen aan partijen als BPD Ontwikkeling of een gelieerde grondeigenaar en dat de gemeente te maken krijgt met een partij met mogelijk een grotere grondpositie. Daarmee wilde de raad regie behouden bij de voorgenomen herontwikkeling zoals deze was voorzien in de structuurvisie. Volgens Viveste was echter ook zonder het voorkeursrecht gewaarborgd dat zij niet met haar aandeel speculeert. Er zou geen enkele partij bereid zijn het aandeel van 50% te kopen zolang met de gemeente geen afspraken over de herontwikkeling van het perceel waren gemaakt. Volgens de Afdeling laat dit echter onverlet dat de raad het voorkeursrecht mocht vestigen met het oog op de aan de gemeente toekomende regiefunctie. Zij verwijst daarbij naar de hiervoor besproken uitspraak van 11 juli 2018. Hierin overwoog de Afdeling dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wvg blijkt dat de wetgever met de invoering van deze wet heeft beoogd de

positie van gemeenten bij de grondverwerving ten behoeve van de verwezenlijking van het ruimtelijke beleid te versterken door de raad een middel te geven waarmee speculatie kan worden tegengegaan en de regie bij de verwezenlijking van de voorgestane ruimtelijke ontwikkelingen kan worden behouden.

Viveste had er nog over beklagd dat sinds de vestiging van het voorkeursrecht de herontwikkeling van de locatie volledig was stilgevallen, en dat de raad niet had uiteengezet hoe de regiefunctie van de gemeente zou worden ingevuld. Het vestigen van het voorkeursrecht zou alleen tot doel hebben gehad om een onderhandelingsituatie te forceren waarin Viveste feitelijk het mes op de keel werd gezet. De raad zou volgens Viveste haar publiekrechtelijke bevoegdheid in het kader van de realisatie van een woonvisie en de ruimtelijke ordening, oneigenlijk hebben gebruikt ter versterking van haar positie als privaatrechtelijke mede-eigenaar en -ontwikkelaar. Volgens de Afdeling was er echter geen grond om aan te nemen dat het voorkeursrecht met een ander doel op het perceel was gevestigd dan het behoud en de versterking van de regierol van de gemeente bij de verwezenlijking van het in de structuurvisie vastgelegde ruimtelijke beleid. Dat met de herontwikkeling van het perceel geen voortgang is geboekt, betekent volgens de Afdeling niet dat het besluit met een ander of oneigenlijk oogmerk is genomen. Daarbij overweegt de Afdeling dan nog dat Viveste ook helemaal niet verplicht is om haar aandeel in de eigendom aan de gemeente te koop aan te bieden. Er geldt slechts een aanbiedingsplicht indien zij het aandeel wil vervreemden. Dit is inherent aan het voorkeursrecht, zodat daarin volgens de Afdeling geen aanleiding ligt voor het oordeel dat de raad misbruik heeft gemaakt van de Wvg.

Kortom, zelfs indien de gemeente mede-eigenaar is van een perceel, kan de raad in voorkomend geval op dat gehele perceel een voorkeursrecht vestigen teneinde haar regiefunctie te versterken en speculatie te voorkomen.

4. Nietigheidsactie ex art. 26 Wvg

Art. 26 Wvg bepaalt dat de gemeente de nietigheid kan invoeren van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in de Wvg geregelde voorkeurspositie. Daarbij gaat het om rechtshandelingen die de kennelijke strekking

²⁰ ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1156, *TnAR* 2020, 8039.

hebben om aan de aanbiedingsplicht van art. 10 Wvg te ontkomen. Die rechtshandelingen moeten daartoe zodanig zijn opgezet dat geen juridische levering zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, maar wel de beschikkingsmacht over en/of het economische belang bij de aan het voorkeursrecht onderworpen grond in enigerlei mate worden overgedragen aan één of meer (rechts)personen.²¹ Het verzoek moet met een verzoekschrift worden gedaan bij de rechtbank in het arrondissement waarin het onroerend goed ligt, en wel binnen acht weken nadat de gemeente een afschrift heeft ontvangen van de akte waarin de rechtshandeling is vervat. Ik bespreek hierna de naar mijn mening twee meest interessante beschikkingen van hoven en Hoge Raad uit de afgelopen ‘verslagperiode’.²²

4.1 Verzoek om nietigverklaring van een huurovereenkomst

In de zaak die leidde tot arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 9 februari 2017²³ had de voormalige gemeente Haaren een verzoekschrift ex art. 26 Wvg ingediend tegen de eigenaar van een landgoed in Haaren, een stichting, die met ABS Montage B.V. en haar indirect bestuurder een koopovereenkomst hadden gesloten. De koopovereenkomst werd gesloten op 23 mei 2013 en werd niet ingeschreven in de openbare registers. Het landgoed was in gebruik geweest als woonwerklocatie en vervolgens vanaf januari 2012 tijdelijk bewoond in afwachting van nadere ontwikkelingen. De koopsom bedroeg EUR 3.250.000,-. De raad van de gemeente Haaren vestigde vervolgens op 3 juni 2013 een voorkeursrecht als bedoeld in art. 4 Wvg op de grondslag van de structuurvisie, die al op 7 juni 2012 was vastgesteld. De koopovereenkomst is na het vestigen van het voorkeursrecht ontbonden. De stichting had vergeefs rechtsmiddelen aangewend tegen de vestiging van het voorkeursrecht. De prijsvaststellingsprocedure van art. 13 Wvg leidde tot een door de rechtbank vastgestelde prijs van EUR 3.200.000,-. De gemeente verklaarde zich vervolgens alsnog bereid om tegen EUR 3.250.000,- aan te kopen, maar de stichting stemde daar niet mee in. Op 11 febru-

ari 2016 werd tegen de zin van de eigenaar een ontwerpbestemmingsplan ter visie gelegd, waarin aan de gronden een maatschappelijke bestemming in de vorm van een onderwijscampus werd toegekend. Het plan werd op 26 mei 2016 gewijzigd vastgesteld. Op 18 maart 2016 werd een huurovereenkomst als bedoeld in art. 7:230a BW tussen de stichting en ABS Montage B.V. en haar indirect bestuurder gesloten. Deze huurovereenkomst was aangegaan voor de duur van vijftien jaar, ingaan de 1 juli 2016, tegen een huurprijs van EUR 100.000,- per jaar. Onder meer in het geval de gemeente met succes een verzoek ex art. 26 Wvg zou indienen, zou de huurovereenkomst buitengerechtelijk door de stichting kunnen worden ontbonden. Nadat de gemeente via de civiele rechter had getracht de stichting te dwingen om tot levering van het landgoed tegen een koopsom van EUR 3.250.000,- over te gaan, startte de gemeente – eveneens tevergeefs – een nietigheidsactie ex art. 26 Wvg bij de Rechtbank Oost-Brabant.

Tegen de afwijzende beschikking kwam de gemeente Haaren op bij het Hof 's-Hertogenbosch. Daar stond in de eerste plaats de ontvankelijkheid van de gemeente ter discussie. Het Hof had de vraag opgeworpen of art. 3:51 lid 2 BW – dat bepaalt dat een rechtsvordering tot vernietiging van een rechtshandeling wordt ingesteld tegen hen die partij bij de rechtshandeling zijn – naast de stichting ook ABS Montage B.V. en haar indirect bestuurder in de procedure hadden moeten worden betrokken. Ingevolge art. 3:59 BW vinden de bepalingen in de betreffende titel – inclusief art. 3:51 lid 2 BW – overeenkomstige toepassing buiten het vermogensrecht, voor zover de aard van de rechtshandeling of van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Volgens het Hof volgt hieruit dat in procedures ex art. 26 Wvg de gemeente alle bij de rechtshandeling betrokken partijen in de procedure had moeten betrekken.²⁴ Het Hof verklaart de gemeente alsnog niet-ontvankelijk in het in eerste aanleg ingediende verzoek.

Ten overvloede overweegt het Hof nog dat het verzoek ook op inhoudelijke gronden had moeten worden afgewezen. Volgens het Hof vormt de huur-

21 HR 13 november 2009, NJ 2010, 240 en 241 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

22 Verder zijn twee vrij recente beschikkingen van rechtbanken lezenswaardig. Allereerst Rechtbank Midden-Nederland 23 maart 2022, waarin een koopovereenkomst werd vernietigd die de notaris daags vóór inwerkingtreding van het voorkeursrecht om 23.40 uur ter inschrijving had aangeboden en door het Kadaster de dag erna om 9.00 uur werd ingeschreven, derhalve na inwerkingtreding van het voorkeursrecht om 0.00 uur. Voorts Rechtbank Gelderland 24 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6854, waarin het achterhouden van delen van de samenwerkingsovereenkomst aan de rechter werd gesanctioneerd met vernietiging van de gehele overeenkomst. Het is mij niet bekend of cassatieberoep tegen de beschikkingen is ingesteld.

23 ECLI:NL:GHSHE:2017:445.

24 Het Hof verwijst naar HR 12 juni 1987, NJ 1988, 252.

overeenkomst geen beperking van het voorkeursrecht, ook niet in enigerlei mate. Het bestaan van een voorkeursrecht van een gemeente staat volgens het Hof in beginsel niet in de weg aan verhuur aan derden van het met dat voorkeursrecht ‘belaste’ zaak. Dat het aangaan van de huurovereenkomst is ingegeven uit economische motieven en dat de onroerende zaak niet meer vrij van huur of gebruik (aan de gemeente) zal kunnen worden geleverd, betekent niet dat sprake is van overdracht van de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij die onroerende zaak:

‘De mogelijkheden van [de stichting] met betrekking tot het verhuurde voor zover relevant in het kader van het voorkeursrecht van de gemeente zijn nog onverkort aanwezig en in zoverre is de beschikkingsmacht van [de stichting] over de onroerende zaak niet aangetast. Van overdracht van economisch belang is ook geen sprake.’

Volgens het Hof geldt dit ook voor de contractuele verplichting voor de eigenaar tot overleg met de huurder bij het instellen van rechtsmiddelen tegen de gemeente. De huurovereenkomst bevat voorts geen bepalingen waaruit blijkt dat de huurder de toekomstige ontwikkelingen van het landgoed mede kan bepalen. Ook het feit dat de financiële risico’s van (met het bestemmingsplan) strijdig gebruik van het landgoed bij de huurder liggen, maakt dit niet anders. Het Hof heeft in de huurovereenkomst zelf geen aanwijzingen/constructies aangetroffen waarbij de beschikkingsmacht over en/of het economisch belang bij het landgoed in enigerlei mate worden/wordt overgedragen aan ABS. Dat geldt ook voor de duur van de huurovereenkomst. Het Hof overweegt dan nog dat een aankoop in verhuurde staat voor de gemeente aantrekkelijker kan zijn dan een aankoop vrij van huur, zodat ook geen afbreuk wordt gedaan aan het economisch belang van de gemeente. Ook neemt het Hof genoeg met de uitleg dat de huur van EUR 100.000,- voor de stichting een beter alternatief vormt dan het hebben van een koopsom van EUR 3.250.000,- op de bank.

Al met al concludeert het Hof dat met het aangaan van de huurovereenkomst geen sprake is van een rechtshandeling die de kennelijke strekking heeft om

afbreuk te doen aan de in de Wvg geregelde voorkeurspositie van de gemeente. Kern van de zaak is dat een huurovereenkomst niet heeft te gelden als een vervreemding in de zin van art. 1 Wvg en dat deze specifieke huurovereenkomst geen contra-indicaties bevatte waardoor deze in de zin van art. 26 Wvg als gehele of gedeeltelijke overdracht van beschikkingsmacht en/of economisch belang kan worden aangemerkt. Het oordeel van het Hof lijkt mij dan ook juist.

4.2 De achttwekentermijn en het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP

In een zaak die leidde tot de beschikking van de Hoge Raad 20 november 2020²⁵ – verworpen met toepassing van art. 81 lid 1 RO – was cassatieberoep ingesteld tegen een beschikking van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 28 juni 2019.²⁶ De beoordeling van deze kwestie in appel en door de A-G in cassatie is interessant genoeg om iets uitgebreider bij stil te staan.

De raad van de gemeente Borne had bij besluit van 28 oktober 2004 op grond van het destijds geldende art. 2 Wvg op de grondslag van het bestemmingsplan ‘Bornsche Maten’ een voorkeursrecht gevestigd op gronden met een totale grootte van circa 7,5 hectare. Aan de gronden was de bestemming ‘wonen – uit te werken’ toegekend. De gronden waren ten tijde van de beschikking van het Hof in 2019, ruim vijftien jaar later, nog steeds niet ontwikkeld. Het bestemmingsplan was op 15 december 2006 in werking getreden. Volgens de beschikking van het hof was het voorkeursrecht op 12 december 2016 vervallen.²⁷ Op 24 oktober 2007 had de toenmalige eigenares een koopovereenkomst gesloten met MEGA projecten B.V. voor een koopsom van EUR 3.373.040,-, omgerekend een vrij fors bedrag van EUR 48,- per vierkante meter met een aftrek van een geringe korting wegens asbestverontreiniging. De koopovereenkomst bevatte onder meer de bepaling dat de levering zou plaatsvinden nadat de gemeente Borne schriftelijk toestemming zou hebben verleend voor de levering of nadat het gemeentelijk voorkeursrecht wegens termijnoverschrijding zou zijn vervallen. Vervolgens werden op 14 april

25 HR 20 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1857, *RvdW* 2020, 1244.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden, 28 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5361.

27 Het betreft een klein detail, maar ik kan deze datum niet goed plaatsen. Ingevolge art. 9.4.2 lid 2 Invoeringswet Wro is de geldigheidsduur van tien jaar zoals vermeld in het huidige art. 9 lid 1 Wvg onverkort van toepassing op aanwijzingsbesluiten die op 1 juli 2008 jonger waren dan vijf jaar. Dat betekent dat het voorkeursrecht op basis van het bestemmingsplan (uiterlijk) vervalt van rechtswege tien jaar na de inwerkingtreding van het bestemmingsplan. Uitgaande van de juistheid van de datum van inwerkingtreding van het bestemmingsplan zou dat dus op 15 (en niet op 12) december 2016 moeten zijn.

2008 twee hypotheekrechten gevestigd ten gunste van MEGA, voor het geval de eigenares tekort zou schieten in de leveringsplicht. De koopprijs werd vervolgens voldaan, maar op welk moment dat gebeurde, wordt uit het dossier niet duidelijk. Tevens werd een aanvullende overeenkomst gesloten, strekkende tot geheimhouding van de koopovereenkomst en de daaruit voortvloeiende overeenkomsten. Indien de gemeente Borne zou verzoeken om openbaarmaking, zou geen sprake zijn van schending van de geheimhoudingsplicht. In 2009 fuseerde MEGA en de gefuseerde vennootschap werd op 20 juli 2016 failliet verklaard. Het eind 2016 of begin 2017²⁸ door de gemeente bij de Rechtbank Overijssel ingediende verzoek ex art. 26 Wvg bevatte tevens een verzoek ex art. 22 Rv tot overlegging van de onderliggende overeenkomsten. De Rechtbank wees bij beschikking van 7 februari 2018²⁹ het verzoek af omdat de gemeente haar belang daarbij onvoldoende had aangetoond. Volgens de Rechtbank ontbrak het aan concreet zicht op de daadwerkelijke realisering van woningbouw. Mede gelet op de door de erven van de eigenares aangevoerde financiële belangen achtte de Rechtbank het verzoek onder de gebleken omstandigheden disproportioneel.

In hoger beroep betoogden de erven onder meer dat de gemeente geen procesbelang had, omdat het voorkeursrecht was komen te ‘ontvallen’. Het Hof verwerpt dit verweer tegen het verzoek onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2012. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het bij de beoordeling van de nietigheid aankomt op de stand van zaken – waaronder de voorkeurspositie van de gemeente – ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling. De rechtshandelingen kunnen ook nog worden aangetast op een moment dat het voorkeursrecht niet meer geldt, omdat de dreiging van een zodanige aantasting kan bijdragen tot effectieve werking van het voorkeursrecht.³⁰ Volgens het Hof hoefde de gemeente niet ook nog een nader materieel belang bij de nietigverklaring te hebben. Ten overvloede overweegt het Hof dat de gemeente wel degelijk over materieel belang beschikt, omdat een volgende fase van het bestemmingsplan Bornsche Maten ‘aan snee’ is. De gemeente zou bij nietigverklaring de gronden alsnog moeten verwerven, zo nodig onder druk van een nieuw voorkeursrecht op

de grondslag van wederom een bestemmingsplan. Vestiging daarvan was inmiddels mogelijk geworden omdat de ingevolge het herhalingsverbod van art. 9c Wvg geldende ‘wachttermijn’ van twee jaar was verstreken. De erven trachtten voorts de verbindendheid van de achttwekentermijn van art. 26 lid 2 Wvg ter discussie te stellen met een beroep op schending van art. 6 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (“EP”). Zij meenden dat na het eindigen van de geldigheidsduur van het voorkeursrecht door de gemeente geen beroep meer op art. 26 Wvg kon worden gedaan. Het Hof verwierp dit betoog en overwoog, kort gezegd, dat een eigenaar die de kaarten doelbewust tegen de borst houdt, niet beschermd zou mogen worden door een verjaringstermijn die gelijk wordt gesteld met maximaal de termijn waarbinnen het voorkeursrecht van kracht is:

‘Artikel 26 Wvg bevat een korte verjaringstermijn van 8 weken die begint op het moment dat de gemeente een afschrift heeft ontvangen van de akte in kwestie. Dat ook een partij die alle moeite doet om een rechtshandeling uit het zicht van de gemeente te houden beschermd zou moeten worden door een verjaringstermijn, die niet langer zou mogen zijn dan de duur waarvoor een voorkeursrecht is gevestigd, kan het hof niet inzien, zodat er ook geen reden is om artikel 26 Wvg wegens strijd met genoemde verdragen, met toepassing van artikel 94 GW buiten toepassing te laten. Het hof deelt ook niet de vrees dat gemeenten ‘50 tot zelfs 100 jaar na het verrichten van gewraakte rechtshandelingen’ deze nog met artikel 26 Wvg kunnen vernietigen, nu het optreden van de gemeente ook beperkt wordt door het bepaalde in de artikelen 3:11 tot en met 3:15 BW.’

Met een beroep op art. 1 EP werd door de erven ook nog een aanvullend processueel en inhoudelijk verweer gevoerd. Hoewel zij niet ter discussie stelden dat de Wvg ‘op regelgeving niveau’ (in abstracto) de toets aan artikel 1 EP kan doorstaan, meenden zij wel dat op basis van rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”)³¹ ‘clearly and convincingly’ een concreet en gerechtvaardigd doel moest worden aangetoond met de vernietiging van de aangevochten overeenkomsten. Nu dat doel ontbrak, zou de gemeente niet-ontvankelijk in haar verzoek moeten worden verklaard. Het Hof verwerpt dit betoog allereerst op formele gronden met een beroep op een arrest van de Hoge Raad van 9 juli

28 De exacte datum kan niet worden herleid uit de uitspraken.

29 Rechtbank Overijssel 7 februari 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:524.

30 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0609, NJ 2012, 628 m.nt. P.C.E. van Wijmen.

31 EHRM 14 februari 2012, nr. 35430/05 (*Tkachery / Russische Federatie*).

2010.³² In dit arrest kwam de Hoge Raad terug op eerdere rechtspraak, waarin in bepaalde gevallen het beroep bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk werd verklaard, zoals wanneer vernietiging van de bestreden beslissing geen effect meer kan sorteren omdat de periode waarvoor de beslissing geldt inmiddels is verstreken. Voortaan had te gelden wanneer een verweer in cassatie dat bij het beroep geen belang bestaat, slaagt, dit niet langer leidt tot niet-ontvankelijkheid maar tot verwerping van het beroep. Het Hof trok deze lijn door in de appelprocedure en oordeelde dat de niet-ontvankelijkverklaring alleen maar is bedoeld voor die gevallen waarin de rechter op processuele gronden aan een behandeling van de zaak ten principale niet toekomt.

Ook inhoudelijk strandde het betoog bij het Hof. Het Hof stelde voorop dat de centrale vraag in de appelprocedure betreft of uit artikel 1 EP volgt dat de gemeente méér dient aan te tonen dan de enkele schending van het voorkeursrecht. Het meest vergaande standpunt van de gemeente was dat de rechtbank in het geheel niet aan een proportionaliteitsvereiste had mogen toetsen. Zo ver wilde het Hof niet gaan:

‘Het hof verwijst ernaar dat uit de artikelen 3:11 tot en met 3:14 BW volgt dat de rechter, indien daartoe aanleiding is, het invoeren van de gemeente van haar bevoegdheid gebaseerd op artikel 26 Wvg moet toetsen aan de uit de hiervoor genoemde wetsartikelen voortvloeiende beperkingen op de uitoefeningen van een bevoegdheid. Het enkele feit dat een overeenkomst naar de letter onder het bereik van artikel 26 Wvg valt, brengt niet automatisch mee dat de vordering van een gemeente moet worden toegewezen. Schending van het proportionaliteitsbeginsel, als een van de beginselen van behoorlijk bestuur, kan meebrengen dat de vordering tot vernietiging van de gemeente van een rechtshandeling die onder het bereik van artikel 26 Wvg valt, toch strandt.’

Het proportionaliteitsvereiste kon dus volgens het Hof niet worden geëcarteerd met louter een beroep op de toepasselijkheid van de materiële toetsingscriteria van art. 26 Wvg.

Vervolgens ging het Hof over tot de inhoudelijke herbeoordeling van de afweging die de Rechtbank had gemaakt. Het Hof verwierp het betoog dat de erven een buitensporige last hadden ondervonden van-

wege het feit dat zij gedurende 18 jaar niet vrij over de gronden hadden kunnen beschikken. Daarbij was van belang dat de erven (bedoeld zal zijn: de oorspronkelijke eigenares) vanaf de datum van sluiting van de koopovereenkomst alleen nog juridisch eigenaar was en dat de beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de verdere ontwikkelingen van de percelen bij MEGA en haar rechtsopvolgsters berustte. Evenmin kon het verwijt dat de gemeente de mogelijkheden tot zelfrealisatie zou hebben gefrustreerd, doel treffen, omdat het in wezen bij de erven erom ging dat de door MEGA betaalde koopprijs moest worden veiliggesteld. Dat over de geldigheid van de betaling van deze koopprijs meer dan een decennium nadien nog gedebatteerd werd, kwam door de geheimhouding die de erven zelf over de transactie hadden afgesproken en hun weigerachtigheid om de gemeente desgevraagd van nadere informatie te voorzien:

‘[Geïntimeerden] c.s. hadden het zelf in hun macht gehad om in een veel eerder stadium duidelijkheid te verkrijgen over de geldigheid van de thans aangevochten transactie en hebben met hun getalm om de overeenkomsten in afschrift aan de gemeente te verstrekken ook bewerkstelligd dat inmiddels ook de ‘wachtermijn’ van twee jaar op grond van artikel 9c van de Wvg is verstreken zodat het de gemeente vrijstaat een nieuw voorkeursrecht op de betrokken percelen te vestigen. De financiële belangen van [geïntimeerden] c.s. en de door hen gestelde complicaties van het nietig verklaren van de koopovereenkomst en de daarmee samenhangende rechtshandelingen zijn naar ’s hofs oordeel onder deze omstandigheden niet zodanig dat de gemeente in strijd handelt met het proportionaliteitsbeginsel met haar verzoek tot nietigverklaring.’

Deze overwegingen leidden vervolgens alsnog tot nietigverklaring van het samenstel van rechtshandelingen, bestaande uit de koopovereenkomst, de aanvullende overeenkomst en de hypotheekverleningen.

Zoals hiervoor is aangegeven, is het bij de Hoge Raad ingestelde cassatieberoep van de erven gestrand met toepassing van art. 81 lid 1 RO. In de conclusie van de A-G zijn niettemin nog enkele relevante observaties neergelegd, waarvan ik enkele kort de revue laat passeren.³³ Na een bespreking van de criteria van art. 1 EP en de relevante rechtspraak van het EHRM inzake de toetsing aan het daarin vervatte proportionaliteitsvereiste, wijst de A-G erop dat in de rechtspraak van de Afdeling sinds 2002 stevast is geoordeeld dat de vestiging van een voorkeursrecht

³² ECLI:NL:HR:2010:BM2337.

³³ ECLI:NL:PHR:2020:660.

krachtens de Wvg niet in strijd is met art. 1 EP.³⁴ Verder benadrukt de A-G dat de Hoge Raad – vóór en na de wetwijziging per 1 september 2002 – heeft geoordeeld dat art. 26 Wvg niet strijdig is met art. 1 EP.³⁵ In de onderhavige zaak ging het echter om de vraag of in de omstandigheden van het geval sprake is van strijd met het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP. De A-G onderzoekt ook nog het nieuwe recht en constateert dat in de memorie van toelichting bij de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet, waarin de nieuwe regeling van het voorkeursrecht is opgenomen, is opgemerkt dat het bestuursorgaan bij het vestigen van een voorkeursrecht een evenredige belangenafweging moet maken en dat deze afweging in de motivering van de voorkeursbeschikking (thans: aanwijzingsbesluit) moet worden opgenomen. Het bestuursorgaan zal gemotiveerd moeten uiteenzetten dat *‘de toegedeelde of toegedachte functie en het daarvan afwijkende gebruik ook daadwerkelijk rechtvaardigt dat wordt ingegrepen in de vrije overdraagbaarheid van de onroerende zaak of het beperkt recht’*.³⁶

De A-G constateert naar mijn mening terecht dat het Hof twee verschillende proportionaliteitseisen door elkaar heeft gehaald, namelijk het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP en het proportionaliteitsvereiste dat onderdeel is van het in art. 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. De A-G gaat er dan vanuit dat in deze zaak alleen een beroep is gedaan op het eerstgenoemde proportionaliteitsvereiste, omdat het verweer is ingekleed in een klacht over schending van art. 1 EP. Gelet op de voornoemde rechtspraak van de Afdeling en de Hoge Raad kan volgens de A-G het verweer dat een art. 26 Wvg-actie in strijd is met art. 1 EP, omdat sprake is van disproportionaliteit, slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kans van slagen hebben. De A-G vraagt zich af of het hof dit toetsingskader wel helder voor ogen heeft gehad. Uitsluitend geldt dat de rechtshandelingen afbreuk moeten doen aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie, en niet meer dan dat. Of de gemeente aannemelijk heeft gemaakt dat zij toe is aan de ontwikkeling van de woningbouw, dat een bestemmingsplan binnenkort in procedure zou gaan en of op redelijke termijn woningbouw zal plaatsvinden, is volgens de A-G niet relevant.

Daarmee blijft helaas de vraag onbeantwoord, onder welke bijzondere omstandigheden een beroep op schending van het proportionaliteitsvereiste van art. 1 EP mogelijk wél zou kunnen slagen.

5. Overgangsrecht

Zoals hiervoor is aangegeven, wordt met de inwerkingtreding van de Omgevingswet en de intrekking van de Wvg geen afscheid genomen van de regeling van het (publiekrechtelijke) voorkeursrecht. De regeling keert per 1 januari 2024 in gewijzigde vorm terug in de Omgevingswet. Gelet hierop sta ik kort stil bij het overgangsrecht, dat vrij overzichtelijk is. Als vóór de inwerkingtreding van de Omgevingswet op basis van de Wvg een voorlopig aanwijzingsbesluit door het college dan wel een aanwijzingsbesluit door de raad is genomen, blijft het oude recht daarop van toepassing totdat het besluit onherroepelijk wordt.³⁷ Dit betekent dat de vóór 1 januari 2024 aangevallen bezwaar-, beroeps- en hoger beroepsprocedures geheel onder oud recht moeten worden afgewikkeld. Na het onherroepelijk worden van de voorkeursrechten, gevestigd onder de Wvg, worden zij gelijkgesteld met de nieuwe pendants onder de Omgevingswet.³⁸

Naast een regeling voor de vóór 1 januari 2024 genomen aanwijzingsbesluiten is er ook voorzien in overgangsrecht voor de aanbiedings- en prijsvaststellingsprocedures. Het oude recht blijft ook van toepassing op een besluit tot ‘onthefing’ van het college wegens gewichtige redenen, totdat dit onherroepelijk wordt. Hetzelfde geldt voor het te nemen beginselbesluit nadat de grond formeel te koop is aangeboden.³⁹ Indien er vóór inwerkingtreding van de nieuwe wettelijke regeling een ‘rechtsgeding’ met betrekking tot een op basis van de Wvg onherroepelijk gevestigd voorkeursrecht aanhangig is, blijft het oude recht van toepassing tot het rechtsgeding onherroepelijk is afgerond.⁴⁰ Dat betekent dus dat prijsvaststellingsprocedures en art. 26 Wvg-acties, die zijn gestart vóór 1 januari 2024, geheel naar oud recht dienen te worden afgewikkeld. Voor schadevergoedingsacties ex art. 25 Wvg geldt hetzelfde

34 Nr. 3.39.

35 Nr. 3.40.

36 Nr. 3.48.

37 Art. 4.1 lid 1 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.

38 Art. 4.2 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.

39 Art. 4.1 lid 2 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet. Ik vermoed dat deze bepaling in de praktijk niet snel van betekenis zal zijn.

40 Art. 4.1 lid 3 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.

vanaf het moment dat een vordering is ingediend *bij de gemeente, provincie of Staat* (dus niet pas: bij de rechter). Oud recht blijft van toepassing totdat bij eventuele toewijzing de schade volledig is vergoed.⁴¹

6. Conclusie

Met de intrekking van de Wvg en de komst van de Omgevingswet moet de praktijk zich gaan voorbereiden op de nieuwe regeling van het (publiekrechtelijke) voorkeursrecht. Toch zal de Wvg nog geruime tijd van belang blijven, niet alleen vanwege de toepasselijkheid van overgangsrecht, maar ook omdat de regeling van het voorkeursrecht in grote lijnen gehandhaafd blijft. De beperkte hoeveelheid jurisprudentie van de Afdeling, de hoven en de Hoge Raad laat geen grote wijzigingen van of aanvullingen op het vrij bestendige beeld van de rechtspraak zien. De recente, vrij forse hoeveelheid lagere rechtspraak zal ongetwijfeld nog gaan leiden tot nieuwe rechtspraak

van Afdeling en Hoge Raad, die ook na inwerking-treding van de Omgevingswet van belang zal blijven. Het is niet de vraag óf het voorkeursrecht in de toekomst zal worden ingezet, maar wel hoe vaak. Het antwoord op die vraag zal afhangen van de vraag in hoeverre bouwprojecten in de komende jaren van de grond komen gegeven alle onzekerheden zoals de bouwkostenstijgingen, de renteontwikkeling, de stikstofproblematiek en de complexiteit en onzekerheid die gepaard gaan met de invoering van de Omgevingswet. Na vele jaren de ontwikkelingen rondom de Wvg in dit tijdschrift te hebben beschreven, wil ik deze kroniek graag besluiten met een welgemeend: “Adieu Wvg!”

Over de auteur

Mr. W.J.E. Van der Werf is partner bij Van der Feltz advocaten te Den Haag. Deze bijdrage is afgesloten op 14 november 2023.

41 Art. 4.1 lid 4 Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet.