

48. Zelfrealisatie en het voorkeursrecht

MR. R.J. (ROBERT) LUCASSEN EN MR. A.P. (ARJAN) VAN DELDEN

Hoe verhoudt het zelfrealisatierecht van de grondeigenaar zich tot het voorkeursrecht van de overheid?
Is onder de werking van een voorkeursrecht zelfrealisatie (nog steeds) toegestaan,
en zo ja, wat houdt dat dan precies in?

Inleiding

In ons feuilleton over het zelfrealisatierecht hebben wij eerder een aantal algemene aspecten van het zelfrealisatierecht belicht, en hebben wij in twee achtereenvolgende afleveringen het spanningsveld tussen het zelfrealisatierecht van de grondeigenaar en het onteigeningsrecht van de overheid onder de loep genomen. In deze vierde aflevering behandelen wij de verhouding tussen het zelfrealisatierecht en het voorkeursrecht van de overheid, zoals thans geregeld in de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg), en vanaf 1 januari 2024 vrijwel ongewijzigd gecontinueerd onder de Omgevingswet (Ow). Het zelfrealisatierecht is ingekleurd in het kader van de beoordeling door de Kroon van een zelfrealisatieverweer dat wordt opgeworpen in de administratieve fase van een onteigeningsprocedure. Vastgesteld kan worden dat die invulling 'van kleur verschiet' zodra op de grond van de betrokken eigenaar een voorkeursrecht komt te rusten. Dat wordt kort gezegd verklaard doordat voorkeursrecht en onteigening twee van elkaar gescheiden sporen vormen. Maar we zullen zien dat er in de laatste pakweg 25 jaar verschillende momenten zijn geweest, waarop dat ogenschijnlijk strikte onderscheid dreigde te wankelen.

Werking van het voorkeursrecht

De verreweg meest voorkomende situatie waarin het grondbeleidsinstrument van het voorkeursrecht wordt ingezet, is die waarin een gemeente het toepast (daarnaast kunnen ook de provincies en het Rijk de desbetreffende bevoegdheid uitoefenen). Daarom zal in dit artikel verder worden uitgegaan van die situatie. Vestiging van een voorkeursrecht heeft tot doel om de positie van de gemeente op de grondmarkt te versterken door haar een voorrangpositie te verlenen bij de verwerving van aangewezen gronden¹, haar in staat te stellen de regie over de beoogde gebiedsontwikkeling te voeren en te behouden,

en prijsopdrijving en grondspeculatie tegen te gaan. Zodra een voorkeursrecht in werking is getreden, is de eigenaar van de aangewezen grond (als ook de eventuele beperkt gerechtigde tot die grond, zoals bijvoorbeeld een erfpachter of opstaller) verplicht om bij voorgenomen vervreemding van die grond of dat beperkte recht, deze (dat) eerst aan de gemeente te koop aan te bieden (de zogeheten 'aanbiedingsplicht'). Overdracht aan een ander dan de gemeente, zonder dat deze laatste in de gelegenheid is gesteld een beslissing te nemen over aankoop, is geblokkeerd aangezien het voorkeursrecht een wettelijke uitzondering vormt op het in art. 3:83 lid 1 BW opgenomen beginsel dat eigendom en zakelijke rechten vrij overdraagbaar zijn.²

Ontwikningsconstructies

Als een eigenaar van grond wordt geconfronteerd met een voorkeursrecht, kan hij – als hij dat van plan was – die grond dus niet meer vrijelijk verkopen en in eigendom overdragen aan een ander dan de gemeente (bijvoorbeeld: aan een projectontwikkelaar die daarop een bepaald bouwplan wenst te realiseren). Dat is voor de grondeigenaar om begrijpelijke redenen frustrerend, zeker wanneer die derde hem een lucratief aanbod voorhoudt. Daarom zal die grondeigenaar naar wegen zoeken om het er toch toe te leiden dat hij zaken kan doen met zo'n derde, zij het dan niet onder de vlag van koop/verkoop. Degenen die al wat langer meelopen op dit gebied, zullen zich ongetwijfeld de zogeheten 'ontwikningsconstructies'³ herinneren die aan het eind van de vorige eeuw met name op toekomstige woningbouwlocaties (Vinexgebieden!) wijd en zijd werden beproefd. Daarbij werden bijvoorbeeld onder de titel van samenwerkingsovereenkomst of zelfrealisatieovereenkomst allerlei afspraken gemaakt tussen grondeigenaren (veelal agrariërs) en professionele marktpartijen, die gemeen hadden dat de grondeigenaar een aanzienlijke grondopbrengst kon cashen in ruil voor een hypothecaire zekerheidstelling en het grotendeels uit handen geven van de

zegenschap over de toekomstige ontwikkeling en bebouwing van de grond. Langs die weg verkreeg de ontwikkelaar zowel feitelijk als juridisch de regie en daarmee een (exclusieve) onderhandelingspositie jegens de gemeente, en dat was iets waar de meeste gemeenten van gruwden.

Een paar woorden meer of minder – maar een wereld van verschil

De gemeenten legden zich dan ook niet bij die ontwikkelingsconstructies neer, maar vochten deze bij de rechter aan. Zij deden dat op grond van art. 26 lid 1 Wvg. Tegenwoordig luidt die bepaling aldus dat de gemeente de nietigheid kan invoeren van rechtshandelingen⁴ die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in deze wet geregelde voorkeurspositie. Tot 1 september 2002 luidde deze bepaling iets anders doordat het criterium was of de rechtshandeling was verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan *het belang van de gemeente* bij haar in deze wet geregelde voorkeurspositie.

Slechts een paar woordjes extra, maar ondertussen wél een wereld van verschil. Dat bleek toen de Hoge Raad voor het eerst in november 2000 moest oordelen over een aantal van die ontwikkelingsconstructies. De Hoge Raad zag zich daarbij namelijk gesteld voor de vraag, of die constructies afbreuk deden aan het hier bedoelde belang van de gemeente. De Hoge Raad achtte het mogelijk dat een private partij een positie verkreeg met betrekking tot gronden waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rustte. Wanneer deze partij zich zou beroepen op zelfrealisatie in het kader van het verweer tegen een (dreigende) nietigheidssanctie ex art. 26 Wvg, zou dat als zodanig nog niet direct tot een voor die partij gunstige rechterlijke beslissing moeten leiden. Echter, als de private partij bereid zou zijn zich op zodanige wijze jegens de gemeente te verbinden dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente bij verwezenlijking van de nieuwe bestemming afdoende zouden zijn gewaarborgd, zou er volgens de Hoge Raad geen reden zijn waarom die private partij daartoe niet in staat zou moeten worden gesteld. In dat geval namelijk zou de gemeentelijke regiefunctie bij de verwezenlijking van het ruimtelijke orderingsbeleid tot haar recht kunnen komen en zou er geen reden zijn om de nietigheid uit te spreken.⁵

Einde gemeentelijk belang – kennelijke strekking scherp omlind

Het liet zich raden dat de gemeenten in het algemeen zeer ongelukkig waren met dit oordeel van de Hoge Raad. Zij zouden immers op die manier gedwongen worden tot een mogelijk langdurig overleg met de betrokken grondeigenaar en diens samenwerkingspartner, waardoor er voor langere tijd rechtsonzekerheid zou ontstaan. Bovendien zou niet duidelijk zijn afgebakend wat de Hoge Raad precies had bedoeld met 'de gerechtvaardigde belangen van de gemeente'. Het protest van de gemeenten heeft destijds

geleid tot een initiatiefwet tot wijziging van de Wvg.⁶ Daarbij werden de hiervóór gemarkeerde woorden – 'het belang van de gemeente' – uit art. 26 Wvg geschrapt, zodat de vraag of en in hoeverre het gemeentelijk belang door de aangevochten rechtshandeling zou zijn geschaad, niet langer van belang zou zijn voor de rechterlijke oordeelsvorming. Het criterium van de 'kennelijke strekking' werd aangescherpt door de toelichting dat daaraan is voldaan indien het gaat om een rechtshandeling waarbij weliswaar geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, maar waarbij de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond *in enigerlei mate* zou worden overgedragen aan een of meer (rechts-) personen. Is daarvan sprake, dan volgt nietigverklaring.

Deze wetswijziging maakte niet direct een eind aan de praktijk van contracteren over gronden waarop een voorkeursrecht rustte. Onder het motto 'het staat mij toch vrij om voor te sorteren op zelfrealisatie ingeval van een (eventuele) onteigening?' werden de afspraken tussen grondeigenaar en samenwerkingspartner zo mogelijk nog nadrukkelijker dan voorheen gepresenteerd als op (eventuele) zelfrealisatie gerichte overeenkomsten. Maar vanaf 2008⁷ bleek de Hoge Raad in navolging van lagere rechters een streng standpunt in te nemen. Als door middel van de desbetreffende rechtshandeling(en) ook maar in enigerlei mate beschikkingsmacht over en economisch belang bij de grond door de eigenaar werd overgedragen – hetgeen in feite onvermijdelijk is – ging en gaat zo'n constructie (conform de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever) onderuit.

Tast het voorkeursrecht het zelfrealisatierecht van de grondeigenaar aan?

Dat roept uiteraard de vraag op, of er onder de werking van een voorkeursrecht nog wel sprake kan zijn van zelfrealisatie. Volgens de parlementaire geschiedenis zou dat wel het geval zijn.⁸ Maar daarbij moet worden opgemerkt dat het begrip zelfrealisatie uitdrukkelijk beperkt werd tot (enkel) de situatie dat de grondeigenaar alle risico's verbonden aan de ontwikkeling en realisatie van de aan zijn grond toegekende bestemming, zelf draagt en ook de volledige beschikkingsmacht over de grond behoudt.⁹ Het bezwaar van een grondeigenaar tegen de vestiging van een voorkeursrecht, inhoudend dat hij zijn recht op zelfrealisatie wil uitoefenen (wat door het voorkeursrecht zou worden verhinderd), is bij de rechter dan ook kansloos. In de eerste plaats omdat zelfrealisatie in de hiervóór door de wetgever aangeduide zin strikt genomen mogelijk blijft. In de tweede plaats omdat, mocht de grondeigenaar onder het mom van zelfrealisatie afspraken maken die overdracht in enigerlei mate van beschikkingsmacht en economisch belang impliceren, dergelijke afspraken door de gemeente niet hoeven te worden gerespecteerd wegens strijd met art. 26 Wvg.

Zelfrealisatie onder het voorkeursrecht wijkt dus wezenlijk af van de betekenis die dit begrip in de 'onteigeningsjuris-

prudentie' in de loop der tijd heeft gekregen.¹⁰ Daar maakt het immers voor de kans van slagen van een zelfrealisatieverweer niet uit, in welke mate een eventuele samenwerkingspartner van de grondeigenaar participeert in de risico's verbonden aan ontwikkeling en realisatie van een grondpositie. Dit verschil is te verklaren doordat de Wvg en de onteigeningswet verschillende doelstellingen hebben (en dat wordt straks onder de Omgevingswet niet anders).¹¹ Bondig samengevat gaat het er bij het voorkeursrecht eerst en vooral om ruimte te bieden voor gemeentelijke grondpolitiek en prijsopdrijving van gronden in ontwikkelingsgebieden te voorkomen. Dat in voorkomend geval door middel van zelfrealisatie een adequate realisatie van de bestemming niet ondenkbaar zou zijn, doet daarbij niet (zozeer) ter zake. Bij onteigening daarentegen is dat laatste in feite het enige waarom het gaat.¹² Onteigening is, met andere woorden, niet noodzakelijk indien een eigenaar op basis van de in de Kroonjurisprudentie ontwikkelde strenge criteria bereid en in staat moet worden geacht een bestemming zelf te realiseren, ook indien de eigenaar dat doet met een derde partij, bijvoorbeeld met een professionele ontwikkelaar. Dat wordt niet anders wanneer een voorkeursrecht is gevestigd. De in het kopje van deze paragraaf opgeworpen vraag kan dus zowel met een 'ja' als een 'nee' beantwoord worden, afhankelijk van de invalshoek die men kiest.

Zelfrealisatievrijstelling als oprisping in de aanloop naar de Omgevingswet

In zowel de Wvg als in de regeling over het voorkeursrecht in de Omgevingswet komt een aantal vrijstellingen van de aanbiedingsplicht voor. De eigenaar van grond waarop een voorkeursrecht is gevestigd hoeft die grond bij voorgenomen vervreemding bijvoorbeeld niet aan de gemeente te koop aan te bieden als het gaat om een vervreemding in de directe familiekring of een vervreemding ingevolge een executoriale verkoop.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet kwam een bepaling voor, die men als 'zelfrealisatievrijstelling' zou kunnen betitelen. Er zou geen aanbiedingsplicht gelden voor de eigenaar/aspirant-vervreemder die aannemelijk kon maken:

- dat de derde/de verkrijger bereid en in staat was om de aan de grond toegedeelde functie te verwezenlijken;
- dat die verkrijger daarvoor concrete plannen had; en
- dat hij daarbij de door het omgevingsplan voorziene vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving in acht zou nemen.

Tegenstanders van de vrijstelling kwalificeerden haar als het spreekwoordelijke Paard van Troje¹³, voorstanders als een welkome nuancering van de toch tamelijk rigide uitleg die de wetgever in 2002 aan het begrip 'zelfrealisatie' had gegeven. De gedachtewisseling tussen regering en Tweede Kamer over het hoe en waarom van deze bepa-

ling is destijds nogal rommelig verlopen. Uiteindelijk is de voorgestelde vrijstelling gesneuveld door aanvaarding van het amendement-Smeulders¹⁴. Dit amendement steunde op weinig steekhoudende argumenten.¹⁵ Hoe men daarover ook moge denken, het feit dat deze zelfrealisatievrijstelling in het oorspronkelijk wetsvoorstel was opgenomen, kan geduid worden als blijk van besef dat het voorkeursrecht als passief grondbeleidinstrument per saldo ten dienste staat van de verwezenlijking van het ruimtelijk beleid.

- 1 Het voorkeursrecht heeft dus niet als (primaire) doel om onroerende zaken te verwerven (daarvoor is onteigening een meer geschikt instrument). Dit is in de aanloop naar de voorkeursregeling in de Omgevingswet nog eens benadrukt, zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35133, nr. 3, p. 81.
- 2 Het voorkeursrecht tast dus niet de beschikingsbevoegdheid van de grondeigenaar aan, maar de vrije (goederenrechtelijke) overdraagbaarheid. Zie hierover uitvoerig R.J. Lucassen, *Vraagbaak Wet voorkeursrecht gemeenten*, 2011 Kluwer, Alphen aan den Rijn, p. 67-70. Dit was overigens al door de Hoge Raad uitgemakkt in zijn arrest van 9 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2891 (voorkeursrecht Weert). De Wet van 18 maart 2010 tot wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten (vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure), *Stb.* 2010, 155, bevatte de bepaling: 'De aanwijzing heeft tot gevolg dat de aangewezen onroerende zaak niet vatbaar is voor vervreemding in strijd met het bepaalde in deze wet.' Deze bepaling (art. 2 lid 2 Wvg) is echter nimmer in werking getreden. Hoewel de consultatieversie van de Aanvullingswet grondeigendom Omgevingswet nog wel uitdrukkelijk bepaalde dat de vestiging van een voorkeursrecht tot gevolg heeft dat de grond niet vatbaar is voor vervreemding, werd zo'n bepaling in het wetsvoorstel voor de Aanvullingswet niet meer nodig geacht, omdat deze beperking reeds zou voortvloeien uit de combinatie van art. 9.7 Omgevingswet en art. 3:83 lid 1 BW (*Kamerstukken II*, 2018/19, 35133, nr. 3, p. 68).
- 3 'Constructies' genoemd omdat het in de regel ging om een samenstel van rechtshandelingen (zoals samenwerkingsovereenkomst, hypotheekstelling, volmachten etc.).
- 4 Lees voor het gemak: overeenkomsten.
- 5 Zie o.m. HR 10 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8257; HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8353 en HR 18 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1697.
- 6 Wet van 14 juni 2002 tot wijziging van onder anderen de art. 10 en 26 van de Wet voorkeursrecht gemeenten in verband met het tegengaan van de ontwijking van het voorkeursrecht van gemeenten bij de verwerving van onroerende zaken, *Stb.* 2002, 326 (in werking getreden per 1 september 2002). Voor de parlementaire geschiedenis, zie *Kamerstukken II* 2001/02, 27750.
- 7 Voor het eerst in de zaak Etten-Leur, HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1381.
- 8 *Kamerstukken II* 2001/02, 27750, nr. 5, p. 5 en nr. 7, p. 4 en 5.
- 9 *Kamerstukken I* 2001/02, 27750, nr. 227b, p. 7.
- 10 Zie voor een nadere toelichting A.P. van Delden en R.J. Lucassen, 'Zelfrealisatie – het zelfrealisatierecht van de eigenaar versus het onteigeningsrecht van de overheid', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* mei 2023, nr. 3, p. 16 e.v.
- 11 Zie in deze zin: KB 6 februari 2001, *Stcrt.* 2001, 45, p. 13 e.v. (onteigening Duiven) en HR 13 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6259 (voorkeursrecht Nunspeet).
- 12 Aldus, enigszins geparafraseerd, de conclusie van advocaat-generaal Keus voor het arrest van de Hoge Raad in de zaak Etten-Leur, zie voetnoot 6.
- 13 A. de Snoo, 'Voorkeursrechten in de Omgevingswet: zet het Paard van Troje hier maar neer', *TBR* 2016/168.
- 14 *Kamerstukken II* 2018/19, 351333, nr. 11.
- 15 Zie hierover uitvoerig R.J. Lucassen, 'Het voorkeursrecht en zelfrealisatie', *Grondzaken en gebiedsontwikkeling* februari 2020, p. 24 e.v.



Over de auteurs

Mr. R.J. (Robert) Lucassen en mr. A.P. (Arjan) van Delden, juristen grondzaken en gebiedsontwikkeling, Overwater Grondbeleid Adviesbureau B.V. te Strijen.