

Gemeentelijk voorkeursrecht: is het spel gespeeld?

Wvg

Overeenkomsten tussen projectontwikkelaars en eigenaren van gronden waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust, worden vrijwel zeker nietig verklaard. Daarbij worden hypothecaire zekerheidstellingen niet gespaard. Dat is de conclusie die getrokken kan worden uit een reeks van uitspraken die de Hoge Raad medio november 2009 heeft gedaan.



mr. R.J.
Lucassen

INLEIDING

Eigenaren van gronden waarop een gemeentelijk voorkeursrecht als bedoeld in de Wet voorkeursrecht gemeenten (hierna: Wvg) is komen te rusten, kunnen die gronden niet vervreemden zonder ze eerst aan de betrokken gemeente te koop aan te bieden. Volgens de wet heeft de grondeigenaar in dat geval aanspraak op een prijs die wordt vastgesteld met inachtneming van de criteria die ook bij onteigening gelden. Grondeigenaren vinden die prijs over het algemeen te laag, en zijn dan ook niet bereid aan de gemeente te verkopen. Ondanks een wetswijziging in 2002 die de praktijk van 'samenwerkingsconstructies' beoogde tegen te gaan, zijn grondeigenaren ook daarna contracten blijven sluiten met projectontwikkelaars. Laatstgenoemden zijn op grond van verwachtingen omtrent de ontwikkelingspotentie van de gronden veelal bereid aanzienlijk méér voor de grond te betalen. Omdat de grondeigenaar meestal betaling verlangt gelijktijdig met het sluiten van de overeenkomst(en), wordt er in de regel ook op dat moment hypotheek verleend aan de ontwikkelaar. Vrijwel elke gemeente ziet in dergelijke afspraken tussen grondeigenaar en ontwikkelaar een poging om het gemeentelijk voorkeursrecht te frustreren.

Een gemeente die gronden heeft aangewezen waarvoor een gemeentelijk voorkeursrecht als bedoeld in de Wvg geldt, kan de rechter op grond van art. 26, lid 1, van die wet verzoeken om rechtshandelingen nietig te verklaren die zijn aangegaan met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie. In 2002 is de Wvg gewijzigd, waardoor de gemeente niet langer hoeft aan te tonen dat zij een (specifiek) belang heeft bij een nietigverklaring. Over dit gewijzigde art. 26, lid 1, Wvg was de afgelopen jaren uiteraard al de nodige jurisprudentie van lagere rechters verschenen, maar nog slechts één beschikking van de Hoge Raad. Daarin is onlangs verandering gekomen. Voor ik daar nader op inga, is het nuttig om eerst nog even terug te blikken om de recente uitspraken in perspectief te kunnen plaatsen.

DE BESCHIKKINGEN VAN NOVEMBER 2000

In november 2000 deed de Hoge Raad enkele, nagenoeg gelijklopende uitspraken op grond van art. 26, lid 1, Wvg.¹

Deze bepaling luidde destijds: 'Een gemeente kan de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het belang van de gemeente bij haar in deze wet geregelde voorkeurspositie.'

Kern van deze zogeheten 'novemberbeschikkingen'² was dat in een procedure ex art. 26 Wvg diende te worden nagegaan of en in welke mate de regiefunctie van de gemeente met betrekking tot de realisatie van de beoogde bestemming daadwerkelijk door de aangevochten rechtshandeling werd aangetast. De eigenaar van grond waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust zou desgewenst in beginsel in de gelegenheid moeten worden gesteld zelf de aan die grond toegekende of toegedachte bestemming te realiseren. Omdat het instrument van het gemeentelijk voorkeursrecht ten dienste heette te staan aan de tijdige realisering van de nieuwe bestemming, maakte het namelijk volgens de Hoge Raad niet uit of de eigenaar die realisatie zelf ter hand zou nemen, of dat dit zou geschieden in samenwerking met, en eventueel zelfs door en voor rekening en risico van een derde. Wél zou met het oog op de gemeentelijke regiefunctie moeten vaststaan dat deze partijen tot zelfrealisatie in staat waren en bereid waren zich tegenover de voorkeursgerechtigde gemeente op een zodanige wijze te verbinden dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente bij verwezenlijking van de nieuwe bestemming in overeenstemming met het door de gemeente gevoerde beleid afdoende zouden zijn gewaarborgd. Als een daartoe strekkend aanbod door de gemeente zonder goede grond van de hand was gewezen, of er geen overeenstemming was bereikt omdat de gemeente onredelijke eisen had gesteld, zou dat moeten leiden tot afwijzing van het verzoek tot nietigverklaring van de bestreden rechtshandeling(en), aldus de Hoge Raad.

WETSWIJZIGING 2002: 'GEMEENTELIJK BELANG' GESCHRAPT

Gemeenten waren destijds enorm geschrokken, want zij zagen als gevolg van deze uitleg van de Hoge Raad hun greep op de grondmarkt verslappen. Hun noodkreten werden in politiek Den Haag gehoord, want dankzij een initiatief vanuit de Tweede Kamer was art. 26 Wvg zo'n anderhalf jaar later ingrijpend gewijzigd.³ Door het schrappen van de woorden 'het belang van de gemeente (bij)' zou voort-

aan niet langer het gemeentelijk belang (de regiefunctie) bij de toetsing een rol spelen. Wat ter toetsing overbleef was de vraag, of de rechtshandeling de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie. Blijkens de parlementaire ontstaansgeschiedenis moet die vraag bevestigend worden beantwoord, indien (door de rechter) wordt vastgesteld dat de rechtshandeling *'zodanig is opgezet dat geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, doch waarbij de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate worden overgedragen aan een of meer (rechts)personen.'*⁴ Met de woorden *'in enigerlei mate'* heeft de initiatiefwetgever bedoeld aan te geven dat de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond geheel bij de eigenaar moeten blijven.⁵

Op de art. 26-procedures die al aanhangig waren bij de inwerkingtreding van de gewijzigde Wvg in 2002, bleef het oude recht – zoals uitgelegd door de Hoge Raad in zijn novemberbeschikkingen van eind 2000 – van toepassing. De indruk bestaat dat de meeste van die procedures destijds aanvankelijk zijn aangehouden en inmiddels zijn ingetrokken nadat tussen de betrokken partijen alsnog een schikking was bereikt.

DE ZAAK ETTEN-LEUR

Vervolgens heeft het een aantal jaren geduurd voordat de Hoge Raad eraan te pas kwam om vast te stellen, hoe de rechter de maatstaf van het gewijzigde art. 26 Wvg moet toepassen. De eerste keer dat de Hoge Raad zijn licht hierover kon laten schijnen, was in de zaak Etten-Leur.⁶ In die zaak ging het om een samenwerkingsovereenkomst en een daarmee verband houdende hypotheekvestiging. Rechtbank en hof waren tot een nietigverklaring van beide rechtshandelingen gekomen. De Hoge Raad verwierp de stelling dat de bestreden overeenkomst slechts het kader vormde op basis waarvan met behulp van nadere overeenkomsten uiteindelijk de toekomstige bestemming gerealiseerd zou worden, zodat de strekking van die overeenkomst op iets heel anders was gericht dan het ontgaan of frustreren van het gemeentelijk voorkeursrecht. Volgens de Hoge Raad kon uit de ontstaansgeschiedenis van de wijzigingswet uit 2002 niet anders worden afgeleid *'dan dat naar de bedoeling van de wetgever alle rechtshandelingen die zodanig zijn opgezet dat geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, doch waarbij de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate worden overgedragen aan een of meer (rechts)personen, blootstaan aan vernietiging op grond van artikel 26 Wvg, zoals dit met ingang van 1 september 2002 is komen te luiden.'* (r.o. 4.2) De Hoge Raad oordeelde dat de overige cassatieklachten evenmin tot cassatie konden leiden.

Met deze uitspraak kwam vast te staan dat de bedoeling van de bij de rechtshandeling betrokken partijen niet ter zake doet. Door de gekozen formulering ('alle rechtshandelingen') werd verder duidelijk dat geen enkele rechtshandeling immuun is voor een nietigverklaring ex art. 26 Wvg. Deze beschikking van de Hoge Raad gaf evenwel nog geen antwoord op enkele andere vragen. Zo was er de vraag, hoe een nietigverklaring van een samenwerkingsovereenkomst op grond van art. 26 Wvg zich verhoudt tot het recht van de grondeigenaar om de aan zijn grond toegekende bestemming zelf te realiseren en daarmee aan onteigening te ontko-

men. Ook was het nog niet zeker of een hypotheekvestiging óók aan nietigverklaring zou blootstaan, indien de onderliggende overeenkomst niet in het geding zou zijn gebracht. Verder was nog onduidelijk, of de gemeente wel aan haar bewijslast ten aanzien van 'de kennelijke strekking' zou kunnen voldoen, indien zij ondanks haar onbekendheid met de inhoud van de onderliggende overeenkomst niettemin de nietigverklaring daarvan zou verzoeken.⁷

NIEUWE 'NOVEMBERBESCHIKKINGEN'

Negen jaar na de destijds geruchtmakende 'novemberbeschikkingen' van 2000, vormde november 2009 een nieuw markceerpunt in de jurisprudentie over art. 26 Wvg. Dit keer bedroeg de oogst maar liefst 13 uitspraken, overigens in grotendeels identieke zaken.⁸ Waren het in 2000 de gemeenten die hevig waren teleurgesteld over de novemberbeschikkingen, dit keer zijn vooral voor de marktpartijen (grondeigenaren en ontwikkelaars) de druiven zuur.

De belangrijkste elementen uit deze beschikkingen worden hierna besproken.

Toetsingscriterium 'kennelijke strekking'

In de Nunspeet-zaken lagen onder meer een 'overeenkomst in kader van zelfrealisatie bestemmingen' en een akte tot vestiging van een hypotheek ter beoordeling voor. De rechtbank had deze rechtshandelingen vernietigd, welk oordeel door het hof werd bekrachtigd.⁹

De Hoge Raad herhaalt zijn in de zaak Etten-Leur gegeven rechtsoverweging inzake de vraag, welke rechtshandelingen in het kader van een procedure op grond van art. 26 Wvg aan vernietiging bloot staan, en voegt daar het volgende aan toe: *'De vaststelling dat de betrokken rechtshandeling(en) zodanig zijn opgezet dat geen vervreemding zal plaatsvinden gedurende het bestaan van het voorkeursrecht, doch daarbij de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in enigerlei mate worden overgedragen aan een of meer (rechts)personen, impliceert derhalve dat voldaan is aan het vereiste van artikel 26 lid 1 dat de rechtshandeling(en) zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de in de Wvg geregelde voorkeurspositie van de gemeente.'* Voor zover daar nog enige twijfel over bestond, werd hiermee volstrekt helder dat aan het (deel)criterium van 'de kennelijke strekking' geen afzonderlijke betekenis toekomt. Is vastgesteld dat beschikkingsmacht en economisch belang niet meer volledig bij de grondeigenaar liggen, dan is daarmee voldaan aan het vernietigingscriterium van art. 26, lid 1, Wvg.

Fair balance

De in cassatie betrokken stelling dat door vestiging van een voorkeursrecht de gemeente reeds nagenoeg de economische eigendom van de aangewezen grond verwerft en dat nog slechts de bloot eigendom bij de eigenaar achterblijft, vindt bij de Hoge Raad geen gehoor. Ook ziet hij – mede onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie¹⁰ – geen grond voor het betoog dat art. 26 Wvg een verstoring zou vormen van de 'fair balance' tussen het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. Deze 'fair balance' wordt door art. 1 van het Eerste protocol bij het EVRM als voorwaarde gesteld aan overheidsinbreuken op het eigendomsrecht.

Nietigheid werkt jegens een ieder

In de procedure voor het hof was in de Nunspeet-zaken door de grondeigenaar c.s. – tevergeefs – naar voren gebracht dat een nietigverklaring ex art. 26 Wvg het aan het eigendomsrecht inherente ontwikkelingsrecht aantast in die zin dat de grondeigenaar klaarblijkelijk niet langer vrij is om met het oog op toekomstige zelfrealisatie van de aan de grond toe te kennen bestemming een samenwerking met een derde aan te gaan waarbij beschikkingsmacht en economisch belang in enigerlei mate op die derde overgaan, zodra er op zijn grond een gemeentelijk voorkeursrecht komt te rusten.

In cassatie werd hierop voortgeborduurd met de klacht dat – gesteld dat een nietigverklaring ex art. 26 Wvg leidt tot nietigheid van de rechtshandeling jegens een ieder – een nietigverklaring van een op toekomstige zelfrealisatie gerichte overeenkomst c.a. wel degelijk tot consequentie heeft dat aan diezelfde rechtshandeling(en) geen enkele werking kan worden toegekend als op een later tijdstip in het kader van een onteigeningsprocedure een beroep op zelfrealisatie wordt gedaan.

Hierover overweegt de Hoge Raad dat een nietigverklaring op grond van art. 26 Wvg inderdaad leidt tot een nietigheid *erga omnes*, en niet slechts in de verhouding tussen de partijen bij de overeenkomst enerzijds en de gemeente anderzijds. (r.o. 3.4)

De Hoge Raad motiveert zijn oordeel op dit punt helaas niet. Dat is opmerkelijk omdat het zich naar mijn mening heel wel laat denken dat aan de vernietiging slechts een zogeheten ‘relatieve werking’ zou toekomen in die zin dat zij slechts zou leiden tot *niet-inroepbaarheid* van de door de nietigverklaring getroffen rechtshandeling jegens de betrokken gemeente, doch waarbij de rechtshandeling haar volle gelding jegens anderen zoals een tweede (aspirant)koper, een tweede hypotheekhouder of een beslaglegger zou behouden. De niet-inroepbaarheid (dat wil zeggen) het niet tegen kunnen werpen) van een bepaalde rechtshandeling jegens een bepaalde derde is in ons rechtssysteem geen onbekend verschijnsel. Men denke aan de rechtshandeling die door de actio Pauliana van art. 3:45, lid 4, BW getroffen wordt, of de in strijd met het huurbeding als bedoeld in art. 3:264, lid 1, BW gesloten huurovereenkomst die niet kan worden tegengeworpen aan onder meer de latere verkrijgers van het bezwaarde goed. Analyse van dergelijke zogenaamde ‘relatieve nietigheden’ bracht Hijma in zijn proefschrift¹¹ destijds tot de conclusie dat er in dat soort situaties sprake is van één gemeenschappelijke karaktertrek, namelijk dat het recht zich niet neerlegt bij een dreigende aantasting van de rechtspositie van een derde. Hij schreef hierover:

‘Het kernpunt (.....) is niet gelegen in een gebrek van de betrokken rechtshandeling, maar in de – door het positieve recht gerealiseerde – kracht van de bedreigde rechtspositie: die blijft, ondanks de (geldigheid der) rechtshandeling, onaangetast. Strikt genomen zouden formuleringen als “X kan zijn recht ... blijven doorvoeren, ook wanneer ...” dogmatisch het meest zuiver zijn. Nu zulk een formuleerwijze op wetgevingstechnische gronden minder voor de hand ligt, kan gevoeglijk op het dichtstbijzijnde alternatief “...kan tegen X niet worden ingeroepen...” worden overgeschakeld. Het is evenwel onjuist te menen dat aldus een relatieve nietigheid worden geïntroduceerd; geldigheid en nietigheid der rechtshandeling zijn begrippen die naar hun aard slechts op partijen zelf kunnen worden betrokken. De zich

aandienende vragen betreffen de wettelijke conservering van bepaalde rechten van derden, en dienen dan ook rechtstreeks in deze zin te worden benaderd, zonder dat men de blik vervormt door juist “de andere zijde” – de door partijen verrichte rechtshandeling – tot het centrale element in de beschouwingen te maken. Wat van bedoelde conservering de consequenties zijn, komt (slechts) aan het licht zodra de betrokken derde de voor hem behouden gebleven mogelijkheden, met voorbijgaan aan de door de handelende partijen verworven rechtsposities, daadwerkelijk benut.’¹²

Gesteld zou kunnen worden dat niet valt in te zien waarom een nietigverklaring ex art. 26, lid 1, Wvg verder zou moeten ingrijpen in de rechtsverhouding dan strikt noodzakelijk is vanuit het belang, ter bescherming waarvan art. 26 Wvg strekt. Dat belang is hierin gelegen dat de gemeente met de vestiging van een voorkeursrecht haar positie op de grondmarkt beoogt te verstevigen. Zij wil bij de uitoefening van haar voorkeursrecht dan ook niet ‘gestoord’ worden door afspraken tussen grondeigenaar en samenwerkingspartner (ontwikkelaar) die ertoe leiden dat de grondeigenaar niet meer vrij is om in te gaan op pogingen van die gemeente om zijn grond te verwerven, en waardoor de gemeente min of meer in een situatie wordt gemanoeuvreerd dat zij de met de grondeigenaar samenwerkende projectontwikkelaar als ‘ongenode gast’ aan de onderhandelingstafel moet accepteren als zij met het oog op de realisatie van haar ruimtelijk beleid de betreffende gronden minnelijk wil verwerven. De wetgever heeft dit ‘ongestoord genot’ van het gemeentelijk voorkeursrecht meermalen genoemd als redengevend motief voor een gemeentelijk verzoek ex art. 26 Wvg.¹³ Terzijde: dat die grondeigenaar na zo’n nietigverklaring in de regel nog steeds niet bereid zal zijn om met de gemeente over aankoop van de grond te onderhandelen, zodat de gemeente dan alsnog bot vangt en zo nodig naar het onteigeningsinstrument moet grijpen, is intussen een feit, maar doet in de optiek van de Wvg-wetgever kennelijk niet af aan nut en noodzaak van een nietigverklaring.

Maar juist omdat de eigenaar van grond waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust, buiten het geval van onteigening er niet toe gedwongen kan worden zijn grond aan de gemeente af te staan, zou het mijns inziens wenselijker – zo niet dogmatisch juister – zijn geweest indien de wetgever voor wat betreft art. 26, lid 1, Wvg gekozen zou hebben voor een formulering waarin tot uitdrukking zou zijn gebracht dat de rechtsverhouding tussen partijen, ontstaan door een op zichzelf geldige rechtshandeling, *niet-inroepbaar* is tegenover de voorkeursgerechtigde gemeente (uiteraard mits is voldaan aan de voorwaarde dat de rechtshandeling is aangegaan met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de gemeentelijk voorkeurspositie).

Aldus had art. 26, lid 1, Wvg als volgt kunnen luiden: ‘Een rechtshandeling kan niet worden ingeroepen tegen de gemeente, indien zij is aangegaan met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in deze wet geregelde voorkeurspositie’. Uit zo’n formulering zou duidelijker dan thans het geval is zijn gebleken waar het naar de bedoeling van de wetgever in essentie om gaat c.q. behoort te gaan, namelijk dat de gemeente haar voorkeursrecht moet kunnen handhaven/effectueren zonder dat daaraan een bepaalde daarmee strijdige rechtspositie in de weg kan worden gesteld. In die visie kan een rechtshandeling die voldoet aan het criterium van art. 26, lid 1, Wvg

geen (nadelig) effect sorteren voor de voorkeursgerechtigde gemeente, maar is er geen enkele reden om aan de rechtshandeling iedere gelding te ontzeggen. Het is nogmaals jammer dat de Hoge Raad ons geen enkel inzicht heeft gegeven in de gronden van zijn oordeel dat een geslaagde actie ex art. 26, lid 1, Wvg uitmondt in een nietigheid jegens een ieder.

Aantasting van het ontwikkelingsrecht van de grondeigenaar?

Terug naar de HR-beschikkingen inzake Nunspeet. Na te hebben vastgesteld dat de nietigheid ex art. 26, lid 1, Wvg jegens een ieder werkt, vervolgt de Hoge Raad: *‘Daarmee beperkt artikel 26 Wvg inderdaad de mogelijkheden van eigenaren van gronden waarop een voorkeursrecht rust, om met derden een opzet tot stand te brengen waarmee onteigening van die gronden kan worden voorkomen met een beroep op zelfrealisatie van de bestemming. Deze beperking is door de wetgever beoogd. Tevens heeft de wetgever vooralsnog ervan afgezien om de Onteigeningswet te wijzigen. Thans kan in het midden blijven, of diensgevolge het stelsel van de wet meebrengt dat artikel 26 Wvg buiten toepassing moet blijven teneinde te voorkomen dat enerzijds onteigening niet wordt toegestaan in verband met mogelijkheden van zelfrealisatie van de bestemming en anderzijds die zelfrealisatie niet voldoende contractueel zeker kan worden gesteld. Een zodanig geval is in deze zaak immers niet aan de orde.’* (r.o. 3.4, slot)

Dit oordeel over het effect van de nietigverklaring betekent onder meer dat de vernietigde rechtshandelingen ook geen rol meer (kunnen) spelen in het kader van een beroep op zelfrealisatie, wanneer later een onteigening wordt ingezet. De vestiging van een gemeentelijk voorkeursrecht stelt daarmee een vergaande beperking aan de contractsvrijheid van de grondeigenaar die te zijner tijd onteigening ten behoeve van de nieuwe bestemming wil verhinderen door die bestemming zelf (in samenwerking met een professionele ontwikkelaar) te realiseren. De Hoge Raad geeft aan dat deze beperking door de wetgever is beoogd, maar is zich er tegelijkertijd van bewust dat er in die situatie een dilemma ontstaat: enerzijds zou de onteigening (moeten) worden tegengehouden gesteld dat het beroep op zelfrealisatie hout snijdt, anderzijds zou de grondeigenaar er in dat geval niet in slagen om de beoogde zelfrealisatie contractueel te waarborgen. De Hoge Raad constateert dat de wetgever er vooralsnog van heeft afgezien de Onteigeningswet te wijzigen. In deze situatie zou door de Wvg-rechter aanleiding kunnen worden gevonden, art. 26 Wvg ‘buiten toepassing’ te laten. Uit de woorden van de Hoge Raad lijkt te mogen worden afgeleid, dat daarvan alleen dan sprake zou kunnen zijn, indien er een concreet voornemen tot onteigening zou voorliggen. Omdat er in de voorliggende situatie geen concrete onteigeningsdreiging was, behoeft de Hoge Raad zich hier niet verder over uit te laten. Of het daadwerkelijk tot een dergelijk ‘rechterlijk activisme’ zal komen, moet vooralsnog worden afgewacht, maar de Hoge Raad lijkt in elk geval de deur wel op een kier te zetten.

Nietigverklaring hypotheek

Naar aanleiding van de cassatieklacht betreffende de nietigverklaring van de hypotheek overweegt de Hoge Raad als volgt:

‘Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt, dat een vestiging van hypotheek op een onroerende zaak waarop een voorkeursrecht rust, niet zonder meer kan worden aangemerkt als een rechtshandeling die is verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan dat voorkeursrecht. Echter, indien de hypotheek strekt tot zekerheid voor de nakoming van schulden uit een overeenkomst die een zodanige strekking heeft, of de vestiging van hypotheek anderszins deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen dat is verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan dat voorkeursrecht, kan de betrokken gemeente ook van die hypotheekvestiging de nietigheid inroepen.’ De vaststelling door het hof dat de hypotheekverlening in nauw verband stond met de onderliggende ‘overeenkomst inzake zelfrealisatie van bestemmingen’ en dat met name een eventuele verplichting tot terugbetaling van de op grond van die overeenkomst aan de grondeigenaar betaalde waarborgsom onder de hypotheek viel, kon in combinatie met het oordeel van het hof dat de overeenkomst de kennelijke strekking had afbreuk te doen aan het voorkeursrecht, het oordeel dat ook het vestigen van de hypotheek eenzelfde ‘kennelijke strekking’ had, zelfstandig dragen, aldus de Hoge Raad.

Vernietiging óók van niet-overgelegde rechtshandelingen

In de zaken die betrekking hadden op de (vermeende) schending van de voorkeursrechten van de gemeenten Katwijk en Oegstgeest hadden de gemeenten de nietigverklaring verzocht van de hypotheek en van de onderliggende overeenkomsten. Deze laatste waren echter niet in het geding gebracht, en hoewel het hof bij tussenbeschikking de betrokken partijen in de gelegenheid had gesteld de bedoelde overeenkomsten alsnog in te brengen, was daarvan geen gebruik gemaakt. Het hof kwam vervolgens tot het oordeel dat de grondeigenaar c.s., door te weigeren de overeenkomsten in het geding te brengen, onvoldoende feitelijke gegevens hadden verstrekt ter motivering van de door hen betwiste stelling van de gemeente, dat die overeenkomsten waren aangegaan met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie. De Hoge Raad oordeelt met toepassing van art. 81 RO dat de cassatieklachten niet tot cassatie kunnen leiden.

Rechterlijke toetsing

Het bijzondere van de beschikking inzake Rijnwoude is dat daarin nader wordt ingegaan op de wijze van toetsing door de Wvg-rechter:

‘Bepalend is welke rechten en verplichtingen uit de betrokken rechtshandeling(en) voortvloeien. Voorzover voor de vaststelling van de rechten en verplichtingen die uit een rechtshandeling voortvloeien, ook andere gegevens van belang zijn dan de tekst van het geschrift waaruit de rechtshandeling blijkt, moeten ook deze gegevens in de beoordeling worden betrokken.’ (r.o. 3.3.3)

Bij zijn toetsing mag de rechter acht slaan op de samenhang tussen de verschillende rechtshandelingen die deel uitmaken van een constructie die er kennelijk op is gericht afbreuk te doen aan het voorkeursrecht: *‘Voorts komt een rechtshandeling ook voor vernietiging in aanmerking, indien zij weliswaar op zichzelf beschouwd niet aan het bedoelde criterium voldoet, maar wel deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen dat is verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het voorkeursrecht.’* (r.o. 3.3.3, vervolg) *‘Een belangrijk deel van de klachten miskent (...) dat het oordeel van het hof berust op een beoordeling van het effect van*

het geheel van de betrokken rechtshandelingen, in hun onderlinge samenhang bezien, en niet inhoudt dat ook ieder van die rechtshandelingen op zichzelf gezien de strekking heeft afbreuk te doen aan de in de Wvg geregelde voorkeurspositie van de gemeente.' (r.o. 3.4.2) Dit oordeel wordt verderop in deze beschikking toegepast op de hypotheekovereenkomst die deel uitmaakt van een dergelijke constructie.

CONCLUSIES

1. De besproken jurisprudentie van de Hoge Raad biedt nauwelijks of geen ruimte meer aan de grondeigenaar die, eenmaal geconfronteerd met een gemeentelijk voorkeursrecht en niet bereid om zijn grond aan de betrokken gemeente te verkopen, met een derde afspraken wil maken die tot een optimalisatie van de grondopbrengst leiden. Die weg lijkt nu definitief afgesloten, althans als die afspraken impliceren dat die derde in enigerlei mate beschikkingsmacht over en economisch belang bij de grond verkrijgt. Als de rechter heeft vastgesteld dat hiervan sprake is, dan is daarmee voldaan aan het wettelijk criterium van 'de kennelijke strekking'.
2. Het blijkt de parlementaire geschiedenis relevante (deel)criterium 'overdracht in enigerlei mate' wordt strikt opgevat in die zin dat ook reeds wanneer slechts enige feitelijke macht en/of enig risico door de grondeigenaar aan een derde wordt overgedragen, de 'kennelijke strekking' aanwezig wordt geacht. De Wvg-rechter houdt zich verre van een nuancering van dit criterium bijvoorbeeld in die zin dat eerst indien de beschikkingsmacht en het economisch belang in substantiële of overwegende mate door de grondeigenaar zijn overgedragen, een voor nietigverklaring vatbare rechtstoestand aanwezig wordt geacht.¹⁴ Deze strikte rechterlijke attitude is ongetwijfeld terug te voeren tot de wetsgeschiedenis, waaruit de bedoeling van de wetgever blijkt om zelfrealisatie op Wvg-gronden toelaatbaar te achten slechts zolang de grondeigenaar de met de ontwikkeling en realisatie van de bestemming verbonden risico's volledig zelf blijft dragen.
3. Hoewel het vestigen van hypotheek op grond waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust op zichzelf is toegestaan, wordt deze rechtshandeling getroffen door een vernietiging ex art. 26 Wvg indien zij instrumenteel is aan een of meer onderliggende rechtshandelingen waarvan is vastgesteld dat deze de kennelijke strekking hebben afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie. Voor een succesvol nietigverklaringsverzoek blijkt het geen onoverkomelijk probleem als de inhoud van de aan de hypotheekvestiging ten grondslag liggende overeenkomst bij aanvang van de procedure niet bekend is en ook niet alsnog in de loop van de procedure bekend wordt. Weliswaar heeft de gemeente de bewijslast dat de gestelde onderliggende overeenkomsten afbreuk doen aan het gemeentelijk voorkeursrecht, maar nu de daarbij betrokken partijen als enigen in staat zijn om door overlegging van de desbetreffende stukken de gemeentelijke stellingen te ontkrachten, rust op hen de verplichting om die stukken in het geding te brengen dan wel anderszins informatie over de inhoud daarvan te verstrekken, zodat de gemeente vervolgens aan de hand van die feitelijke gegevens tot eventuele bewijsoverlevering in staat wordt gesteld.
4. Meer in het algemeen geldt dat een rechtshandeling ook

voor vernietiging in aanmerking komt, indien zij weliswaar op zichzelf beschouwd niet de 'kennelijke strekking' heeft, maar wel deel uitmaakt van een geheel van rechtshandelingen dat is verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het voorkeursrecht. Daarbij mag de Wvg-rechter acht slaan op het effect van het geheel van de betrokken rechtshandelingen, in hun onderlinge samenhang bezien. Tenslotte behoeft de rechter zijn oordeel niet uitsluitend te baseren op de tekst van de beoordeelde rechtshandeling, maar mag hij ook andere gegevens die van belang zijn voor de vaststelling van de rechtsverhouding in zijn overwegingen betrekken.

5. Een nietigverklaring op grond van art. 26 Wvg leidt volgens de Hoge Raad tot een nietigheid jegens een ieder, en dus niet slechts tot een nietigheid in de verhouding tussen de bij de rechtshandeling betrokken partijen enerzijds en de voorkeursgerechtigde gemeente anderzijds. Helaas is dit oordeel niet gemotiveerd, en dat terwijl een andere opvatting – die erop neerkomt dat het inroepen van de nietigheid geen verdergaand effect behoort te hebben dan dat de bestreden rechtshandeling enkel niet tegenover die gemeente kan worden ingeroepen – zeker verdedigbaar lijkt.
6. De nietigheid jegens een ieder heeft onder meer tot gevolg dat de grondeigenaar die in samenwerking met een derde zijn zelfrealisatierecht ingeval van eventuele toekomstige onteigening contractueel veilig wil stellen, daarin wordt gedwarsboord. Immers, zodra een gemeentelijk voorkeursrecht wordt gevestigd, wordt de grondeigenaar beroofd van zijn vrijheid om met een derde op een zelfgekozen tijdstip en volgens een door die partijen bepaalde onderlinge risicoverdeling een samenwerkingsovereenkomst aan te gaan waarmee wordt voorgesorteerd op een (eventuele) toekomstige zelfrealisatie. Het zelfrealisatiebegrip dat bij de wijziging van de Wvg in 2002 in de parlementaire stukken werd opgevoerd ('zelfrealisatie blijft ook onder de Wvg mogelijk, mits de eigenaar alle aan de ontwikkeling en realisatie van de bestemming verbonden risico's zelf blijft dragen') sluit niet aan bij het zelfrealisatiebegrip zoals dat in de onteigeningsjurisprudentie in een lange traditie is ontwikkeld. In dat laatste geval doet het er namelijk volstrekt niet toe, op welke wijze de grondeigenaar en diens samenwerkingspartner bij de beoogde zelfrealisatie de risico's onderling hebben verdeeld. De Hoge Raad is zich van dit alles bewust, en sluit niet op voorhand uit dat het instrument van de nietigverklaring op grond van art. 26, lid 1, Wvg buiten toepassing zou moeten blijven in de situatie dat er een concreet onteigeningsvoornemen voorligt.

HOE NU VERDER?

De nietigverklaring van onderliggende rechtshandelingen die bij de betrokken gemeente noch bij de rechter bekend zijn geraakt, heeft iets fictiefs en plaatst de praktijk weer voor nieuwe vragen. Immers, als de (vernietigde) hypotheekvestiging geen enkele aanwijzing bevat over de aard of de datum van de onderliggende overeenkomst, wie kan dan bepalen welke onderliggende overeenkomst door de nietigverklaring is getroffen? In feite alleen de grondeigenaar en diens contractuele wederpartij, maar juist zij hebben er geen enkel belang bij om wetenschap daarover naar buiten te brengen. De voorkeursgerechtigde gemeente tast hier vol-

ledig in het duister. Stel dat de desbetreffende overeenkomst op enig moment alsnog bij haar bekend wordt, moet zij dan – zekerheidshalve – nogmaals een nietigverklaringsverzoek daartegen indienen?

Overigens belet niets de door een nietigverklaring getroffen partijen om een overeenkomst met dezelfde inhoud en strekking nogmaals aan te gaan en, in verband daarmee, andermaal hypothecaire zekerheid te vestigen. In dat geval zal de gemeente op straffe van rechtsverwerking opnieuw in het geweer moeten komen. Een daarop volgende nietigverklaring zal echter ook dan weer gevolgd kunnen worden door het aangaan van rechtshandelingen van dezelfde aard, inhoud en strekking als de eerder vernietigde. Zo ontstaat een *perpetuum mobile* van nietigverklaringsprocedures, een voortdurend ‘haasje-over-springen’ van de gemeente die haar voorkeursrecht wil verdedigen en marktpartijen die in weerwil van dat voorkeursrecht hun belangen willen behartigen en veiligstellen. Want laat één ding duidelijk zijn: wat de Wvg ook vermag te blokkeren, in elk geval niet de ambitie van de eigenaar om zijn grond voor een zo hoog mogelijk prijs te gelde te maken, waarbij het enkele feit dat op zijn grond een gemeentelijk voorkeursrecht is komen te rusten, een belangrijke indicatie vormt dat die grond als gevolg van een (toekomstige) bestemmingswijziging in waarde zal toenemen.

Vooralsnog lijkt de conclusie gerechtvaardigd, dat met de recente Wvg-jurisprudentie van de Hoge Raad de gemeenten die het gemeentelijk voorkeursrecht hanteren, na de turbulentie die de novemberbeschikkingen van eind 2000 veroorzaakten, (weer) stevig in het zadel zitten. Duidelijk is dat het grondeigenaren knap lastig wordt gemaakt om op het moment waarop zij dat willen met derden afspraken te maken waarmee zij als het ware ‘voorsorteren’ op een eventuele onteigening ten behoeve van een (nog aan de grond toe te kennen) niet-agrarische bestemming. Maar of het instrument van de nietigverklaring zich op termijn zal bewijzen als een probaat middel om projectontwikkelaars ervan te weerhouden grondposities in te nemen daar waar een gemeentelijk voorkeursrecht geldt, zal de tijd moeten leren. Met spanning kan nu worden uitgekeken naar het eerste geval waarin de rechter zich moet buigen over een nietigverklaringsverzoek inzake een (samenstel van) op zelfrealisatie gerichte rechtshandelingen in een situatie waarin diezelfde gemeente onteigening van de desbetreffende gronden heeft aangekondigd.

Robert Lucassen is als advocaat verbonden aan de praktijkgroep Real Estate, cluster bestuursrecht, van CMS Derks Star Busmann NV te Utrecht.

- 1 Zie de Hoge Raad-beschikkingen van 10 november 2000, LJN AA8257 (Bleiswijk), 10 november 2000, LJN AA8258 (Alkmaar), 17 november 2000, LJN AA8353 (Maastricht/Eijsden), en later nog die van 18 mei 2001, LJN AB1697 (Utrecht).
- 2 Aangezien de procedure van art. 26 Wvg wordt ingeleid met een verzoekschrift, is de rechterlijke uitspraak die daarop volgt een beschikking (m.a.w. geen vonnis).
- 3 Wet van 14 juni 2002 tot wijziging van onder andere de art. 10 en 26 Wvg in verband met het tegengaan van de ontwijking van het voorkeursrecht gemeenten bij de verwerving van onroerende zaken, *Stb.* 2002, 326. De inwerkingtreding vond plaats op 1 september 2002.

- 4 Kamerstukken II, 2000-2001, 27 750, nr. 3, p. 5.
- 5 Kamerstukken I, 2001-2002, 27 750, nr. 227b, p. 7.
- 6 HR 27 juni 2008, LJN BD1381 (Etten-Leur), NJ 2009/79 m.nt. P.C.E. van Wijmen.
- 7 Dat de bewijslast ten aanzien van de stelling dat de rechtshandeling de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie bij de gemeente berust, volgt reeds uit de hoofdregel van art. 150 Rv, die op grond van art. 284, lid 1, Rv in een verzoekschriftprocedure van overeenkomstige toepassing is, en voortvloeit uit de parlementaire geschiedenis (zie o.a. Kamerstukken II, 1995-1996, 24 235, nr. 3, p. 13).
- 8 Inzake de gemeente Katwijk ging het om de zaaknummers 08/03191 (LJN BI6289), 08/03192 (LJN BI6294), 08/03193 (LJN BI6272), 08/03194 (LJN BI6240), 08/03195 (LJN BI6244), 08/03196 (LJN BI6275), 08/03197 (LJN BI6246) en 08/04875 (LJN BI6283). Inzake de gemeente Nunspeet ging het om de zaaknummers 08/02890 (LJN BI6269), 08/02893 (LJN BI6264) en 08/02900 (LJN BI6259). Inzake de gemeente Oegstgeest betrof het zaaknummer 08/03198, LJN BI6281, en wat betreft de gemeente Rijnwoude ging het om zaaknummer 08/00497, LJN BI6256.
- 9 Anders dan de rechtbank echter, vond het hof het te ver gaan om ook de door de gemeente verzochte nietigverklaring uit te spreken van de door partijen ‘meer of andere (onderliggende of voortbouwende) verrichte rechtshandelingen (met betrekking tot de grond)’.
- 10 HR 17 november 2000, LJN AA8353 (Maastricht/Eijsden) en ABRvS 21 augustus 2002, LJN AE6739 (Margraten).
- 11 J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, dissertatie, Kluwer 1988.
- 12 J. Hijma, a.w., p. 247.
- 13 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken I, 2001-2002, 27 750, nr. 227b, p. 3: ‘...maar erger nog: gemeenten zijn gedwongen zaken te doen met die ontwikkelaar die grondposities heeft in kunnen nemen.’
- 14 In de zaak Etten-Leur lijkt het hof wel een dergelijke nuancering toe te laten, zie r.o. 4.11, laatste zin, waar het concludeert dat uit de feiten ‘geenszins (is) af te leiden dat de verwezenlijking van die bestemming door Christianen [de grondeigenaar-rjl] zelf (in substantiële mate) voor eigen risico zal geschieden.’