

ZET DE GEMEENTE DE NOTARIS BUITENSPEL?

Een handreiking aan notarieel Nederland om dit te voorkomen!



ZET DE GEMEENTE DE NOTARIS BUITENSPEL?

Een handreiking aan notarieel Nederland om dit te voorkomen!

“Een onderzoek naar de Wet voorkeursrecht gemeenten en
het wel of niet goederenrechtelijk perfect zijn van notariële akten.”

Wierden, 16 december 2009

Auteur:

J.H.L. Gritter (s1517430)

Studiejaar:

2009 / 2010

Opleiding:

Rijksuniversiteit Groningen, Faculteit der Ruimtelijke Wetenschappen

Master Vastgoedkunde

Begeleider en 1^e beoordelaar:

Dr. P.R.A. Terpstra

2^e Beoordelaar:

Drs. H.A. Oosterhoff

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	4
1.1 Aanleiding onderzoek	4
1.2 Onderzoeksopzet	5
1.3 Onderzoeksmethode	6
1.4 Leeswijzer	7
Hoofdstuk 2 Historie, recente en toekomstige ontwikkelingen	8
2.1 Historie	8
2.2 Recente ontwikkelingen	9
2.3 Toekomstige ontwikkelingen	11
2.4 Conclusie	11
Hoofdstuk 3 Doel en werking van de Wvg	13
3.1 Grondbeleidsinstrumenten	13
3.2 Doel	15
3.3 Vestigingsgrondslag en vestigingsduur	15
3.4 Inzet door gemeenten	18
3.5 Rol van de notaris	19
3.5.1 Gevolgen	20
3.6 Conclusie	21
Hoofdstuk 4 Artikel 24 Wvg	23
4.1 Artikel 24 Wvg, de notariële voetverklaring	23
4.2 Hoe moet een notaris hierin te werk gaan?	24
4.3 Laatste dagovereenkomsten	25
4.4 Jurisprudentie ex artikel 24	27
4.5 Conclusie ten aanzien van artikel 24 Wvg	30
Hoofdstuk 5 Artikel 26 Wvg	32
5.1 Artikel 26 Wvg en de nietigheid van rechtshandelingen	32
5.2 Hoe gaat het invoeren van artikel 26 Wvg in zijn werk?	34
5.3 Jurisprudentie ex artikel 26 Wvg	35
5.4 Conclusie ten aanzien van artikel 26 Wvg na de wetwijziging in 2002	39
Hoofdstuk 6 Heeft de toekomstige wetwijziging effect op de probleemstelling?	42
6.1 Wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbestedingsprocedure Wvg	42
6.1.1 Wvg en de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen	45
6.2 Conclusie	45
Hoofdstuk 7 Heeft het voorkeursrecht goederenrechtelijk effect of niet?	47
7.1 Goederenrechtelijk effect	47
7.2 Niet overdraagbaar	48
7.3 Schematische weergave paragraaf 7.2	51
7.4 Niet bevoegd	53
7.5 Derdenbeschermingsbepalingen	54
7.6 Conclusie	56
Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen	58

Literatuurlijst	66
Lijst met gebruikte afkortingen	69
Overzicht gebruikte jurisprudentie	71
Bezochte internetsites	72

Hoofdstuk 1 Inleiding

Ter afronding en afsluiting van mijn studie Vastgoedkunde dient er een onderzoek plaats te vinden om zo de theoretische stof van de afgelopen jaren in de praktijk te kunnen brengen. Alvorens nader in te gaan op de inhoud van deze scriptie wil ik al vast opmerken dat ik deze studie met bijzonder veel plezier heb gevolgd en het dan ook als grote uitdaging zie om een mooi eindwerk te maken. In dit inleidende hoofdstuk wordt in paragraaf 1.1 de aanleiding van het onderzoek beschreven. Nadat duidelijk geworden is wat het onderwerp van dit onderzoek is wordt in paragraaf 1.2 een onderzoeksopzet beschreven. Waarin behandeld worden de probleemstelling, de doelstelling en de onderzoeksvragen die hier uit voort vloeien. In paragraaf 1.3 wordt ingegaan op de onderzoeksmethode en paragraaf 1.4 geeft een leeswijzer weer van deze scriptie.

1.1 Aanleiding onderzoek

Het onderwerp van deze scriptie is de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg). Een instrument dat door gemeenten wordt ingezet voor de grondverwerving en als zodanig dan ook onderdeel uit maakt van het (gemeentelijk) grondbeleidsinstrumentarium. De eerste vraag die nu op kan komen is mogelijk wat onder grondbeleid moet worden verstaan. Een formele definitie van grondbeleid is: *grondbeleid is een doelgerichte overheidsinterventie in de grondmarkt* (Wolff,2002). Door in de grondmarkt te interveniëren kan de overheid – in de meeste gevallen is dat de gemeente – het bereiken van haar eigen (publieke) doelstellingen veiligstellen.

Zodra de gemeente een voorkeursrecht gevestigd heeft op grond van de Wvg staat het een eigenaar niet meer vrij zijn onroerende zaak vrij te vervreemden aan wie hij maar wil. In het onderhavige geval zal hij eerst de betreffende zaak aan moeten bieden aan de gemeente als hij deze vervreemden wil (artikel 10 lid 1 Wvg). Echter, zoals vele regels kent ook deze regel een uitzondering. In art 10 lid 2 Wvg is opgesomd wanneer deze procedure niet op deze wijze doorlopen hoeft te worden. Veelal als zich een van deze uitzonderingsgronden aandient zullen de betreffende partijen naar een notaris gaan om de betreffende eigendom van eigenaar te laten verwisselen. De notaris zal een recherche uitvoeren om te kijken of er een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd en zo ja of zich dan inderdaad zo uitzonderingsgeval voor doet waarbij de eigendom niet eerst aan de gemeente hoeft te worden aangeboden. Indien hij constateert dat dit het geval is zal hij onder aan de akte een notariële voetverklaring opnemen (artikel 24 Wvg). Deze is vereist wil de bewaarder van de dienst voor het Kadaster en de Openbare Registers de akte rechtsgeldig inschrijven in de openbare registers. Dat de notaris nogal eens vergeet de gevraagde voetverklaring op de akte te zetten is een feit, want in de top drie van redenen waarom een akte niet is ingeschreven door de bewaarder in de openbare registers staat het ontbreken van een notariële voetverklaring op de in te schrijven akte. In de praktijk blijkt er bij verschillende partijen onduidelijkheid te bestaan over hoe te handelen in de onderhavige situatie, vooral bij het notariaat. Dit kan tot rare situaties leiden, zoals dat een transactie volgens partijen afgerond is, maar later de gemeente de rechtshandeling toch door de rechtbank laat ontbinden met een beroep op artikel 26 Wvg. Hierdoor kan rechtsonzekerheid ontstaan bij verschillende partijen (burgers, banken, gemeenten, notariaat, enz.). Dat dit onwenselijk is moge duidelijk zijn.

Bij het genoemde vraagstuk komen verschillende vragen naar boven, zoals:

Kan de gemeente een notariële actie ongedaan maken? En kan zij hierbij een beroep doen op artikel 26 Wvg. Is het wel juist dat een gemeente een handeling van een door de kroon benoemde notaris ongedaan kan maken?

En maakt het hierbij nog iets uit of de notaris de gemeente gekend heeft in de recherche? Hoe kan het zo zijn dat een goederenrechtelijke transactie, die door een notaris als wettelijk juist wordt bevonden, door een ander, de gemeente, als niet perfect wordt gezien? In dit onderzoek wordt getracht om op deze en andere vragen een antwoord te geven, met als uiteindelijk doel een definitief antwoord op de vraag of een leveringsakte die is opgemaakt door de notaris en voorzien is van de betreffende voetverklaring rechtens nog aantastbaar is? En als dit het geval is op welke wijze kan dit dan gerealiseerd worden?

Getracht wordt om aan het notariaat enkele handreikingen toe doen, hoe ze het beste kunnen handelen in het onderhavige geval. In een wat breder verband wordt ingegaan op de nut en noodzaak van de Wvg als grondbeleidsinstrument en worden enkele afstemmingsvragen behandeld, zoals wat de toekomst is van de Wvg na 1 juli 2008?

1.2 Onderzoeksopzet

Probleemstelling

In de praktijk blijkt dat er geen eenduidige lijn is met betrekking tot de status van artikel 24 Wvg notariële voetverklaring. In sommige gevallen wordt een gemeente niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek om de akte nietig te verklaren in andere gevallen wordt het verzoek wel toegewezen c.q. gaat de transportakte wel onderuit. Dit komt de vastgoedeconomische praktijk alsmede de (notariële) juridische rechtszekerheid niet ten goede.

Doelstelling

De doelstelling geeft aan waarom het onderzoek wordt uitgevoerd, voor wie het onderzoek gedaan wordt, wat er voor hen uitkomt (kennisproduct) en waarom dat voor hen van belang is (De Leeuw, 1996).

Met het antwoord op de onderzoeksvraag die herleid is uit de probleemstelling wordt geprobeerd te achterhalen wat rechtens de juiste handelswijze is wanneer een notaris een akte transporteert op grond van artikel 24 Wvg en de gemeente naderhand een vernietigingsactie in stelt op grond van artikel 26 Wvg. In de praktijk blijkt er bij verschillende partijen onduidelijkheid te bestaan hoe te handelen in de onderhavige situatie. Daarom wordt met dit onderzoek getracht enkele handreikingen te doen aan het notariaat over hoe te handelen in het voorkomende geval. Het notariaat vervult in deze immers een handhavingsfunctie en heeft door deze en andere bij wet toebedeelde taken mede invloed op het verdere rechtsverloop van de onroerende zaak.

Onderzoeksvraag

Is een leveringsakte, die voorzien is van een notariële voetverklaring op grond van artikel 24 Wvg, goederenrechtelijk perfect? Is deze akte dan rechtens nog aantastbaar en zo ja op welke wijze kan dit dan gerealiseerd worden?

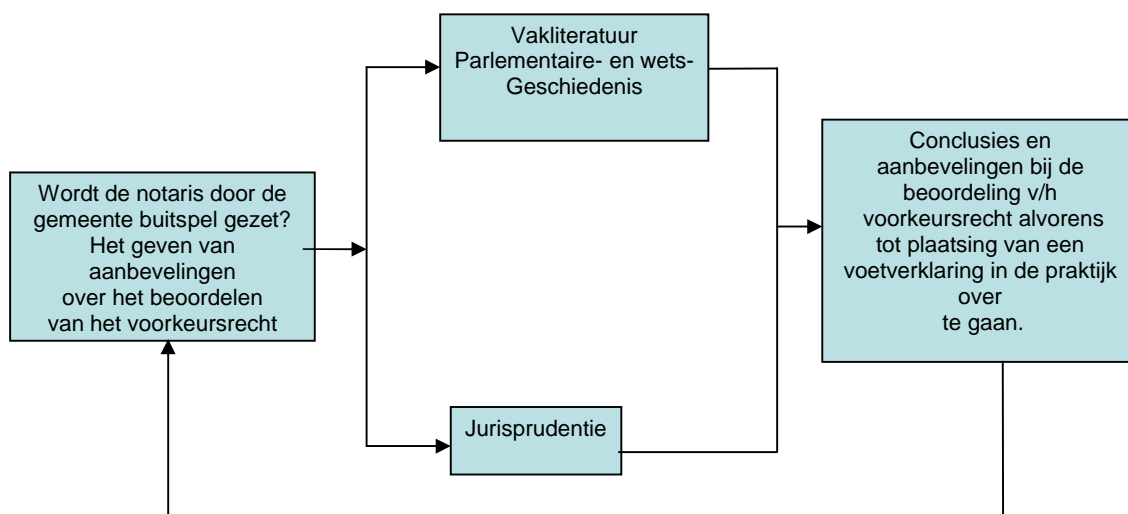
Uit deze centrale vraag zijn een aantal deelvragen af te leiden. Beantwoording van de centrale vraag en de daaruit afgeleide deelvragen leidt tot het bereiken van de doelstelling van dit onderzoek. De afgeleide deelvragen zijn:

- Wat is het doel, de werking, het nut en de noodzaak van de Wvg?
- Wat is de strekking van artikel 24 Wvg?
- Een analyse van de artikel 24 Wvg jurisprudentie?
- Wat is de strekking van artikel 26 Wvg?
- Een analyse van de artikel 26 Wvg jurisprudentie?
- Is artikel 26 een overall- of vangnetbepaling?

- Heeft het voorkeursrecht goederenrechtelijk effect of niet?
- Wat is het gevolg van toekomstige wetswijzigingen?

1.3 Onderzoeksmethode

Conceptueel model



Figuur 1.3: conceptueel model

Uit het schema volgt dat met behulp van de vakliteratuur, de parlementaire- en wetgeschiedenis in combinatie met de relevante jurisprudentie getracht wordt een antwoord te vinden op de onderzoeksvragen. Deze moeten weer leiden tot conclusies en aanbevelingen. Met als eindresultaat bruikbare aanbevelingen aan het notariaat over het beoordelen van het voorkeursrecht alvorens tot plaatsing van de artikel 24 Wvg notariële voetverklaring over te kunnen gaan.

Deskresearch / literatuuronderzoek

Deze vorm van onderzoek maakt het mogelijk om in een kort tijdsbestek een grote hoeveelheid relevante informatie te verzamelen. Het plaatst het te onderzoeken onderwerp in een breder kader, waardoor ook relevante andere problemen of onderwerpen aan bod komen. Daarnaast biedt het een mogelijkheid om de achtergrond van het te onderzoeken probleem te kunnen doorgronden c.q. een mogelijke oplossing er voor te vinden. Er wordt op deze manier een beeld van de problematiek verkregen en zijn ontwikkeling er van door de jaren heen. Daar we ons beperken tot wetenschappelijke c.q. vakliteratuur is de informatie in grote mate ook erg betrouwbaar (en veelal bruikbaar) voor het onderzoek. Het zal duidelijk zijn, nu het hier de behandeling van een wet betreft, dat hetgeen beschreven staat in de parlementaire geschiedenis, van grote waarde is voor dit onderzoek.

Jurisprudentieonderzoek

Los van wat geschreven is in de (vak)literatuur, geldt dat uit de jurisprudentie de praktijk valt waar te nemen. Kortom, welke feitelijke uitleg heeft de rechtelijke macht gegeven aan de wettekst.

Ook zien we in deze jurisprudentie de creativiteit van de adviseurs in de (zakelijke) markt terug. In sommige gevallen kan dit een signaal zijn om de wet aan te passen of wordt door de jurisprudentie zichtbaar waar hem de zwakte van een bepaalde wet (in) zit.

1.4 Leeswijzer

In de inleiding is het onderwerp van dit onderzoek genoemd, te weten de Wet voorkeursrecht gemeenten. De verdere opbouw van dit rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de historie van de Wvg en in paragraaf 2.2 welke recente ontwikkelingen er zijn geweest binnen deze wet. Vervolgens wordt in paragraaf 2.3 ingegaan op de toekomstige ontwikkelingen en wordt dit hoofdstuk met paragraaf 2.4 afgesloten met een conclusie. Hoofdstuk 3 gaat in op het doel en de werking van de Wvg. Allereerst wordt in paragraaf 3.1 ingegaan op de Wvg in een breder verband, te weten de Wvg ten opzichte van de overige grondbeleidsinstrumenten. Als hiervan een beeld verkregen is wordt ingegaan op het doel van de Wvg in paragraaf 3.2 en haar vestigingsgrondslag en vestigingsduur paragraaf 3.3. Nadat duidelijk is geworden wat het doel is van de Wvg, waarop zij gevestigd kan worden en voor hoelang, behandelt paragraaf 3.4 de inzet van het voorkeursrecht door de gemeenten. Paragraaf 3.5 behandelt de rol van de notaris in dit geheel en in paragraaf 3.5.1 worden de gevolgen van het voorgaande weergegeven. Paragraaf 3.6 sluit hoofdstuk 3 af met enkele conclusies uit het voorgaande.

Nadat een beeld is verkregen van de historie, het doel en de werking van de Wvg wordt in hoofdstuk 4 wat dieper op de materie ingegaan. In dit hoofdstuk wordt specifiek artikel 24 Wvg behandeld. In paragraaf 4.1 wordt specifiek ingegaan op de notariële voetverklaring. In paragraaf 4.2 wordt beschreven hoe de notaris hierin te werk moet gaan. Paragraaf 4.3 behandelt een veel voorkomend fenomeen bij de Wvg, de zogenoemde laatste dagovereenkomsten. Paragraaf 4.4 gaat in op de jurisprudentie die gevormd is rond artikel 24 Wvg. Dit jurisprudentieonderzoek helpt mede bij het vinden van een antwoord op de onderzoeksvraag. In paragraaf 4.5 worden de conclusies uit het voorgaande weergegeven. Vervolgens gaat hoofdstuk 5 in op die andere bepaling die belangrijk is in dit onderzoek, te weten artikel 26 Wvg. Paragraaf 5.1 behandelt de nietigheid van rechtshandelingen. Vervolgens gaat paragraaf 5.2 in op hoe artikel 26 ingeroepen kan worden. Paragraaf 5.3 gaat in op de jurisprudentie zoals die gevormd is rond artikel 26 Wvg na 2002, het jaar van de wetswijziging. Hoofdstuk 6 werkt vervolgens de toekomstige wetswijziging nader uit, zoals deze al is genoemd in paragraaf 2.3. Paragraaf 6.1 gaat specifiek in op wetsvoorstel 31.285 vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wvg. Subparagraaf 6.1.1. gaat specifiek in op het verband tussen de Wvg en de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen. Paragraaf 6.2 geeft de conclusies weer. Hoofdstuk 7 gaat in op de vraag of het voorkeursrecht goederenrechtelijk effect heeft of niet. Waarbij in de onderliggende paragrafen ingegaan wordt op de verschillende varianten van het goederenrechtelijk effect. Allereerst in paragraaf 7.1 wat de term goederenrechtelijk effect inhoudt. Vervolgens gaat paragraaf 7.2 in over de niet overdraagbaarheid van de onroerende zaak door dit effect. Paragraaf 7.3 geeft paragraaf 7.2 schematisch weer. Paragraaf 7.4 gaat in op de situatie na de wetswijziging, namelijk dat de vervreemder onbevoegd is ten opzichte van de zaak. Paragraaf 7.5 gaat in op de derdenbeschermingsbepalingen. Paragraaf 7.6 geeft de conclusies weer die uit dit hoofdstuk kunnen worden getrokken. Hoofdstuk 8 sluit dit onderzoek af, met een algehele conclusie alsmede met de aanbevelingen zoals die uit dit onderzoek na voren zijn gekomen en aan het notariaat worden gedaan.

Hoofdstuk 2 Historie, recente en toekomstige ontwikkelingen

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de historie van en de ontwikkelingen binnen de Wet voorkeursrecht gemeenten. Paragraaf 2.1 behandelt de historie van de Wet voorkeursrecht gemeenten. Vervolgens wordt in paragraaf 2.2 ingegaan op de laatste geschiedkundige gebeurtenissen. Dat wil zeggen dat in deze paragraaf de recente ontwikkelingen van de Wvg worden genoemd, voorzover in het kader van dit onderzoek relevant. In paragraaf 2.3 wordt ingegaan op de toekomstige ontwikkelingen die binnen een afzienbare tijd gaan spelen. Paragraaf 2.4 sluit dit hoofdstuk af met een conclusie.

2.1 Historie

In 1966 was er al een eerste initiatief om een nieuw grondbeleidsinstrument voor gemeenten te introduceren, toen werd immers een eerste Voorontwerp Wet Voorkeursrecht Gemeenten ingediend. De achtergrond hiervan was gelegen in het feit dat de overheid zich gehinderd zag in het realiseren van woningbouw door speculanten / derden die grondposities hadden ingenomen. De noodzaak werd dus gevoeld om de positie van de overheid te versterken en hiervoor werd gedacht om dit middels een voorkeursrecht te doen. Tot een wet is het toen nooit gekomen.

De noodzaak om de positie van de overheid in verwervingsacties te verbeteren bleef echter bestaan en in de jaren 70 laaide de discussie en het initiatief voor een voorkeursrecht opnieuw op. In deze jaren van grote woningbouwproductie door de Rijksoverheid kwam het wederom vaak voor dat de overheid hinder ondervond van grondspeculanten in uitleggebieden, maar ook bij stedelijke herstructurering / stadsvernieuwing dat posities van derden de ontwikkelingen vertraagde / verstoorde. In de nota Volkshuisvesting (1972) aanvaardt de overheid bewust de verantwoordelijkheid voor het proces van bouwen en wonen in zijn onderlinge samenhang. Passend hierbij is een passage uit de Regeringsverklaring van het Kabinet Den Uyl (1973) over het voornemen om aan gemeenten een voorkeursrecht toe te kennen om speculatie tegen te gaan (Terpstra, 1995).

Vervolgens heeft het nog een tijdje geduurd voordat het voorkeursrecht wettelijk verankerd was. Op 22 april 1981 verscheen de Wvg in het staatsblad en pas op 1 januari 1985 trad de wet in werking. In de tussenliggende periode ontstond er een discussie over de wenselijkheid en de doelmatigheid van het instrument.

Echter, het voorkeursrecht zoals dat gold in 1985 was een andere zoals we het nu kennen. Het voorkeursrecht kon alleen gebruikt c.q. ingezet worden voor gronden gelegen in stadsvernieuwingsgebieden, maar niet voor gronden gelegen in uitleggebieden. De oorzaak hiervan kan mede worden gevonden in het feit dat er binnen de overheid een verschuiving van haar taak had plaatsgevonden. Daar waar zij in de jaren zeventig nog actief zelf bouwde (voornamelijk in uitleggebieden) was de ruimtelijke opgave in de jaren tachtig vooral gericht op vernieuwing. Hierdoor verminderde de behoefte aan 'grond op voorraad' (Terpstra, 1995).

In 1996 werd door middel van een wetswijziging het voorkeursrecht veranderd. Deze verandering had tot gevolg dat het voorkeursrecht niet alleen voor stadsvernieuwingsgebieden kon worden ingezet, maar ook voor uitleglocaties. Echter, tegelijk met deze wetswijziging werd er ook een beperking ingevoerd. Niet alle gemeenten konden gebruik maken van dit instrument, slechts die gemeenten waaraan zelfstandig of samen met andere gemeenten een uitbreidingscapaciteit was toegedacht konden het voorkeursrecht vestigen. Uit het nationaal of provinciaal ruimtelijk beleid was te herleiden voor welke gemeenten dit gold.

Dit riep in gemeentelijk Nederland nogal veel onduidelijkheid op, hetgeen nogal een aantal rechtzaken tot gevolg heeft gehad. Uiteindelijk is door de rechter het e.e.a. nader ingevuld of en wanneer een gemeente gebruik kon maken van het voorkeursrecht. In het jaar 2003 werd deze beperking opgegeven en had dit tot gevolg dat elke gemeente gebruik kon maken van de Wvg en dus een voorkeursrecht kon vestigen.

2.2 Recente ontwikkelingen

In deze paragraaf wordt ingegaan op twee recente ontwikkelingen. De eerste is de invoering van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening (Wro) de tweede ontwikkeling is de Grexwet, een apart hoofdstuk van kostenverhaal binnen de Wro.

WRO / Wro

De oude Wet op de ruimtelijke ordening (WRO) is op 1 juli 2008 vervangen door de (nieuwe) Wet ruimtelijke ordening (Wro). Als gevolg hiervan moesten verschillende andere wetten worden aangepast die in relatie staan tot de Wro, hieronder valt ook de Wvg. Dit is gebeurd door middel van wetsvoorstel 30 938, Invoeringswet ruimtelijke ordening (Iwro) Stcrt. 2008, 180. Hierin is geregeld dat de Wvg wordt aangepast aan de ruimtelijke planfiguren die de (nieuwe) Wro kent (inpassingsplannen, structuurvisies en projectbesluiten) alsmede de vereenvoudigde grondslagen van vestiging verwerkt. Ook wordt hierin geregeld dat het Rijk en de provincie een voorkeursrecht kunnen vestigen. Zij kunnen dit niet zondermeer, vereist is dat er sprake is van een respectievelijk provinciaal dan wel landsbelang. Om zover te komen moet de desbetreffende overheid een inpassingsplan of een projectbesluit nemen en moet deze overheid dat project zelf uitvoeren. De provincie kan zelf ook een voorlopig voorkeursrecht vestigen.¹ Voornoemde ontwikkeling dat ook andere (centrale) overheden voorkeursrechten kunnen vestigen past binnen de ontwikkeling van horizontalisering van het (openbaar) bestuur. Dat wil zeggen besturen (samenwerken) tussen overheidslagen in plaats van één centrale overheid die sturing geeft aan allerlei uitvoeringsorganisaties. Het laatste heet verticalisering van bestuur, waarbij er sprake is van sterk hiërarchische verhoudingen tussen en binnen overheden (Michels, 2003).

Het aantal aanwijzingsbesluiten wordt beperkt tot de (eventuele) vestiging van een voorlopig voorkeursrecht door B&W en vervolgens de eenmalige vestiging van het voorkeursrecht door de gemeenteraad. Dit laatste voorkeursrecht loopt van rechtswege door als binnen de in de wet gestelde termijn een opvolgend ruimtelijk plan wordt vastgesteld. Een afzonderlijk besluit tot bestendiging van het voorkeursrecht is dus niet meer vereist. Wordt er echter niet tijdig een opvolgend plan vastgesteld dan vervalt het voorkeursrecht van rechtswege (Preller, 2008). Het gevolg hiervan is dat er niet iedere keer een hervestigingsbesluit hoeft worden genomen, waarop vervolgens door belanghebbenden eerst bezwaar kan worden gemaakt en vervolgens beroep tegen ingesteld kan worden. Kortom, er zijn minder besluiten, waardoor er ook minder bezwaar- / beroepsmomenten zijn (maximaal twee). Een ander voordeel van de wijzigingen is dat het risico van het missen van een fatale termijn er ook aanmerkelijk door verkleind wordt (minder procedure fouten). Daarnaast is het positief te noemen dat door deze handelswijze ook de bestuurlijke lasten (aanmerkelijk) kunnen verminderen. Als laatste punt valt nog op te merken dat de wet (Wvg red.) beter leesbaar geworden is door het doorvoeren van verschillende wijzigingen en uniformering van begrippen.

¹ Provincie Zeeland heeft van de mogelijkheid om voorkeursrecht te vestigen al dankbaar gebruik gemaakt bij het inpassingsplan Waterdunen. Dit betrof een gebiedsgericht project in West Zeeuws Vlaanderen (Overwater, 2009).

In meer algemene zin kan nog worden opgemerkt dat binnen de Wro het gemeentelijke structuurplan, het regionaal structuurplan en het stadsvernieuwingsplan uit de Wet stads- en dorpsvernieuwing zijn vervallen en dus logischerwijs ook geen betekenis meer hebben voor de Wvg. Als laatste opmerking t.a.v. het overgangsrecht wordt opgemerkt dat alle lopende besluiten tot aanwijzing van gronden van voor 1 juli 2008, gelijk worden gesteld met aanwijzingsbesluiten na 1 juli 2008. Een lopende aanwijzing valt hiermee onder het nieuwe regime.

Grexwet

Sinds 1 juli 2008 is het grondbeleidsinstrumentarium uitgebreid met een nieuw instrument, de grondexploitatiewet (Grexwet). Formeel is de grondexploitatiewet geen wet, maar een apart hoofdstuk in de nieuwe Wet ruimtelijke ordening (Wro), te weten: hoofdstuk 6, afdeling 6.4 Grondexploitatie. Invoering van dit hoofdstuk in de Wro kan gevolgen hebben voor de inzet van andere grondbeleidsinstrumenten, zoals de Wvg. Het biedt een gemeentelijke overheid namelijk een nieuwe mogelijkheid om (een deel van de) kosten te verhalen die gepaard gaan met de ruimtelijke planontwikkeling, zonder daarbij zelf als gemeente een grondpositie te hebben.

De Grexwet biedt de mogelijkheid om op verschillende manieren kosten te verhalen:

- Exploitatieplan;
- Anterieure overeenkomst (de vervanger van de exploitatieovereenkomst artikel 42 WRO (oud));
- Posterieure overeenkomst (overeenkomst die tot stand komt nadat het exploitatieplan onherroepelijk is geworden);

Eén van de redenen waarom gemeenten het voorkeursrecht vestigen is om een grondpositie te verkrijgen binnen het te ontwikkelen plangebied. Gemeenten hebben hierbij belang omdat dan het kostenverhaal goed (beter) verzekerd is. Met behulp van de Grexwet kan via het vaststellen van een exploitatieplan dan wel door het sluiten van anterieure overeenkomst de kosten voor de aanleg van openbare voorzieningen worden verhaald. Bij anterieure overeenkomsten is het tevens mogelijk om meer kosten c.q. een hogere opbrengst te verhalen dan het wettelijk minimum (begrensd door het exploitatieplan). In alle gevallen geldt dat de gemeente geen grondpositie heeft, maar toch (een deel van) de kosten kan verhalen op de ontwikkelende partijen.

Of een gemeente wel of niet een voorkeursrecht vestigt dan wel de kosten verhaalt volgens de Grexwet zal van meerdere factoren afhangen. Enkele voorbeelden hiervan zijn: Voert de gemeente een actief- of faciliterend grondbeleid, marktomstandigheden, te realiseren bestemmingen, regiefunctie, financiële middelen, enz. Daarnaast hoeven financiële overwegingen niet altijd de doorslag te geven. Los van het feit dat het gemeentelijk grondbedrijf de mogelijkheid biedt om geld binnen te halen voor de realisering van overheidsdoelstellingen, kunnen ook andere beleidsdoelen een reden zijn om actief gronden te verwerven. Zoals de realisatie van sociale en maatschappelijke voorzieningen die de markt niet of niet snel zal willen realiseren, bijvoorbeeld: starterswoningen, speeltuinen, openbaar groen, jeugdsoos, enz. De Grexwet wordt niet verder behandeld, daar dit buiten de doel- en vraagstelling valt. Wel zij, wellicht ten overvloede, opgemerkt dat de wijzigingen in de Wro en de invoering van de Grexwet gevolgen kunnen hebben voor de Wvg. Om hierover iets concreets te kunnen zeggen is nader onderzoek vereist.

2.3 Toekomstige ontwikkelingen

Een toekomstige ontwikkeling voor de Wvg is wetsvoorstel 31.285 vereenvoudiging en bekendmaking aanbiedingsprocedure. Dit betreft het laatste onderdeel van de vereenvoudiging en modernisering van de Wvg, zoals die is aangekondigd in de Nota Grondbeleid en nader is ingevuld in de Herijkingsbrief uit oktober 2003 van het ministerie van VROM. In hoofdlijnen komt het er op neer dat er een stroomlijning van de aanbiedingsprocedure plaats vindt die er toe leidt dat praktische uitvoeringsproblemen, zoals die nu ondervonden worden, verholpen worden. Ook moet dit er toe bijdragen dat procedures eenvoudiger worden en daar waar mogelijk versneld worden. Daarnaast wordt er naar gestreefd dat er een meer eenduidigere terminologie in de wet gebruikt wordt, wat moet bijdragen aan een betere leesbaarheid. Tevens is de wetgever van plan om een wijziging in de Wvg door te voeren met betrekking tot bekendmaking en inwerkingtreding van het voorkeursrecht. In dit wetsvoorstel wordt ook voorgesteld om de ontheffing bij GS te schrappen (MvT 31 285, 2007-2008).

Een belangrijke eerste stap in de vereenvoudiging en modernisering van de Wvg is reeds gemaakt in de Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening (Iwro). Door de Iwro is de Wvg aangepast aan de nieuwe planvormen uit de (nieuwe) Wro en is, zoals reeds was aangekondigd in de Nota Ruimte, het rijks- en provinciaal voorkeursrecht geregeld. De wijzigingen in de Wvg zoals die zijn opgenomen in het onderhavige wetsvoorstel zijn aanvullend op de in de Iwro opgenomen wijzigingen, zie hiervoor paragraaf 2.2. Het wetsvoorstel omvat de volgende aanpassingen:

- Stroomlijning aanbiedingsprocedure;
- Nieuwe regeling bekendmaking en inwerkingtreding voorkeursrecht;
- Schrappen ontheffing Gedeputeerde Staten;
- Mogelijkheid tot vrijstelling van de aanbiedingsplicht bij gewichtige redenen vervreemder;
- Consequenter en duidelijker maken terminologie voorkeursrecht.

Met deze aanpassingen van de Wvg wordt beoogd om de procedures te vereenvoudigen en te versnellen, praktische problemen bij de uitvoering op te lossen, de leesbaarheid van de wet te verbeteren en waar mogelijk de administratieve- en bestuurlijke lasten verder te reduceren (MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008 31.285 nr.3, p.3). De gevolgen van de voorgestelde nieuw regeling over de bekendmaking en inwerkingtreding van het voorkeursrecht zijn verstrekkend voor de probleem- en vraagstelling van dit onderzoek. Kort samengevat komt het er op neer dat de vervreemder door de vestiging van het voorkeursrecht onbevoegd wordt gemaakt in plaats van dat de betreffende onroerende zaak onvervreemdbaar wordt gemaakt. In hoofdstuk 6 wordt dit aspect uit het voorstel en wat de consequenties hiervan zijn nader uitgewerkt.

2.4 Conclusie

Geconstateerd is dat de wetgever in de loop der jaren het voorkeursrecht een steeds ruimere invulling en inzetbaarheid heeft gegeven. Eerst specifiek voor stads- en dorpsvernieuwingslocaties, later ook voor uitleggebieden, zij het in eerste instantie slechts voor enkele aangewezen gemeenten en vervolgens voor alle gemeenten. Als laatste mijlpaal kan worden genoemd dat niet alleen gemeenten, maar ook de provincies en het rijk een voorkeursrecht kunnen vestigen. De oorzaak van deze verruiming is onder andere ingegeven door de marktomstandigheden, maar ook door de trend van horizontalisering van het openbaar bestuur. Bij de laatste wijziging van de Wvg is ook ingevoerd dat er nog maar maximaal twee vestigingsmomenten zijn.

Dit leidt tot minder bezwaar- en beroepsmogelijkheden en heeft ook minder procedurefouten tot gevolg. Uiteindelijk leidt dit ook tot verlaging van de bestuurlijke lasten.

Opgemerkt is dat per 1 juli 2008 door de invoering van de Wro / Grexwet de mogelijkheden tot het verhalen van kosten zijn uitgebreid, daar het grondbeleidsinstrumentarium is uitgebreid met de Grexwet. De Grexwet biedt de mogelijkheden om kosten te verhalen die gepaard gaan met ruimtelijke planontwikkeling(en) zonder daarbij zelf als overheid een grondpositie in te nemen. Daarnaast is opgemerkt dat het effect dat de gewijzigde Wro c.q. de invoering van de Grexwet zal hebben op de inzet van de Wvg nader onderzocht moet worden. De ontwikkelingen binnen de Wvg staan echter niet stil. Los van de recente wijzigingen die veroorzaakt zijn door invoering van de (nieuwe) Wet ruimtelijke ordening staan er ook nog een aantal wijzigingen op stapel voor de toekomst, o.a. wetsvoorstel 31.285 vereenvoudiging en bekendmaking aanbestedingsprocedure. De huidige procedure om tot vestiging te komen, alsmede het verlengen van het voorkeursrecht wordt als omslachtig ervaren, waarbij de kans op procedurefouten groot is en de bestuurlijke lasten hoog zijn. Dit voorstel moet er toe leiden dat het vestigen van voorkeursrecht minder omslachtig wordt en de bestuurlijke lasten lager worden. Het zorgt voor een stroomlijning van de aanbestedingsprocedure met betrekking tot de bekendmaking en inwerkingtreding van het voorkeursrecht. De ontheffing bij Gedeputeerde Staten wordt geschrapt en wordt vervangen door de mogelijkheid tot het verkrijgen van vrijstelling van B&W voor de aanbestedingsplicht bij gewichtige redenen van de vervreemder. Daarnaast zal het wetsvoorstel integraal zorgen voor een consequenter en duidelijker terminologie binnen de wet. Het belangrijkste is wel dat dit wetsvoorstel ook gevolgen zal hebben voor de interpretatie van het probleem of een overdracht wettelijk gezien juist is en in hoeverre een leveringsakte rechtens nog aantastbaar is.

Hoofdstuk 3 Doel en werking van de Wvg

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 3.1 eerst ingegaan op de verschillende grondbeleidsinstrumenten en of het voorkeursrecht van de Wvg een uniek recht is. Na deze paragraaf wordt specifiek gefocust op de Wvg. Waarbij in paragraaf 3.2 eerst het doel van de Wvg wordt behandeld, wat is met instrument beoogd te bereiken. Vervolgens wordt in paragraaf 3.3 ingegaan op de vestigingsgrondslag waarop het voorkeursrecht kan worden gevestigd alsmede de vestigingsduur. Paragraaf 3.4 gaat in op de wijze waarop gemeenten het voorkeursrecht kunnen inzetten. Nadat inzicht is verkregen in het doel en de werking van de Wvg en de wijze waarop het voorkeursrecht door gemeenten zou kunnen worden ingezet, gaat paragraaf 3.5 specifiek in op de rol van de notaris binnen dit geheel. Dit wordt gedaan aan de hand van een casus. In subparagraaf 3.5.1 worden eventuele gevolgen behandeld van het onjuist of niet handelen van een notaris. Het hoofdstuk wordt afgesloten met paragraaf 3.6, waarin de conclusies uit het voorgaande worden weergegeven.

3.1 Grondbeleidsinstrumenten

De Wet voorkeursrecht gemeenten en het daarin vervatte voorkeursrecht is één van de grondbeleidsinstrumenten die overheden ten dienste staan bij het realiseren van hun doelstellingen. Naast het voorkeursrecht zijn er echter nog een aantal andere instrumenten, zoals: de Ontheffingswet, de Wet ruimtelijke ordening, inclusief de Grexwet en de Baatbelasting. Naast de wet is er nog altijd de mogelijkheid tot middellijke verwerving, eventueel met behulp van voornoemde wetten (Ow / Wvg) als achtervang.² Uiteraard is een combinatie van deze instrumenten ook mogelijk om het gewenste doel te bereiken. Goed beschouwd valt er binnen deze instrumenten twee keer een indeling te maken. Allereerst in actieve en faciliterende instrumenten, ten tweede in publieke en private instrumenten, zie tabel 3.1.

Tabel 3.1 Actieve-, faciliterende-, publieke- en private instrumenten

	Publiek	Privaat
Actief	Voorkeursrecht Wvg	Samenwerkingsovereenkomst
	Ontheffingswet	
Faciliterend	Exploitatieplan (Wro)	Anterieure - / posterieure overeenkomst
	Baatbelasting	

Actief / faciliterend

Na het bovenstaande gelezen te hebben kan de vraag opkomen wat het verschil is tussen een actief of een faciliterend grondbeleid. Vooropgesteld iedere gemeente geeft veelal op zijn eigen wijze invulling aan het haar ter beschikking staande grondbedrijf. Daarnaast is het vooral een politieke keuze wat een gemeente doet. Gaat zij actief opereren, als ware het een (commerciële) marktpartij of kiest zij er voor om dit niet te doen en slechts een voorwaarden scheppend kader te realiseren. Deze keuze is een politieke. Het verschil zit hem in de manier waarop de markt benaderd wordt door het gemeentelijk grondbedrijf. Gemeenten die zelf gronden verwerven, ontwikkelen of gezamenlijk ontwikkelen en weer in de markt zetten noemen we gemeenten met een actief grondbeleid. Dit zijn gemeenten die veelal gebruik zullen maken van de actieve grondbeleidinstrumenten, zoals ontheffing, Wvg, samenwerkingsovereenkomsten (pps), enz.

² Een onderscheid kan worden gemaakt in de 'zuiver' middellijke verwerving, waarbij de verwervende partij aankoopt zonder gebruik te maken van een wettelijk regime als achtervang. Tegenover de 'semi zuivere' middellijke verwerving, waarbij wel sprake is van een wettelijk regime dat er als achtervang onderligt. De redeneertrant van de verkopende partij is in zo situatie vaak dat hij of zij toch maar wel verkoopt omdat er een voorkeursrecht is gevestigd dan wel een ontheffingsplan in voorbereiding is door de aankopende partij.

Gemeenten die er bewust voor kiezen niet te interveniëren in de grondmarkt, dat wil zeggen zelf geen gronden verwerven en ontwikkelingen, zullen veelal een faciliterend grondbeleid hebben en indien dat nodig is gebruik maken van faciliterende grondbeleidsinstrumenten, zoals een exploitatieplan en baatbelasting. Een faciliterende gemeente kan haar doelstellingen bereiken door de voorwaarden te creëren die daarvoor benodigd zijn, onder andere met behulp van de planologische grondbeleidsinstrumenten. Bijvoorbeeld door het leggen van gewenste bestemmingen in een bestemmingsplan voor een bepaald plangebied. De kosten die dit met zich meebrengt kunnen verhaald worden middels een anterieure- of posterieure overeenkomst. De kostengrondslag van voornoemde overeenkomsten ligt verankert in een exploitatieplan dat gelijktijdig met het nieuwe bestemmingsplan wordt vastgesteld. De bedoeling is dan dat marktpartijen deze bestemmingen gaan realiseren en dus gebruik maken van het voorwaardenscheppend kader dat de gemeente heeft gerealiseerd.

Vooropgesteld het private spoor verdient volgens de wetgever de voorkeur om te komen tot kostenverhaal. Indien dit niet lukt kan de gemeente tegelijk met het nieuwe bestemmingsplan een exploitatieplan vaststellen. Een gemeente hoeft niet in alle gevallen verplicht een exploitatieplan vast te stellen, tegelijk met het bestemmingsplan. Het gaat om het punt dat een bestemmingsplan voorzien moet zijn van een sluitende grondexploitatie (artikel 6.12 lid 1 Wro). Dit houdt in dat een exploitatieplan niet hoeft als het kostenverhaal anderszins verzekerd is (bijvoorbeeld doordat voor het hele plangebied anterieure overeenkomsten zijn afgesloten met de ontwikkelende partijen) en er geen sprake is van een bouwplan, zoals omschreven in artikel 6.2.1. Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Artikel 6.12. lid 2 Wro noemt verder nog als uitzonderingsgronden op lid 1 dat het bepalen van een tijdvak of fasering (sub b) of het stellen van eisen, regels of een uitwerking niet noodzakelijk is (sub c) (Brand, 2008).

Vorenstaand gelezen te hebben kan de vraag opkomen of het voorkeursrecht ook een uniek recht is. Toen het voorkeursrecht werd geïntroduceerd was dit niet iets wat wetgevend Nederland nog niet kende. De Onteigeningswet (Ow) (1851) en de Wet agrarisch grondverkeer (WAG) (1981) kende ook al een voorkeursrecht. De Ow kent echter niet een voorkeursrecht voor de overheid, maar voor een particulier. Namelijk in het geval wanneer bepaalde gronden zijn ontgrond, moet de voormalige eigenaar in de gelegenheid worden gesteld om deze gronden weer terug te kunnen kopen. Het voorkeursrecht in de WAG is specifiek voor het Bureau Beheer Landbouwgronden (BBL) dat in de gelegenheid moet worden gesteld om bepaalde aangewezen gronden te verwerven voor groene bestemmingen. Echter, deze wet maakt wel een uitzondering voor gronden waarop een voorkeursrecht ligt op grond van de Wvg. Het verschil tussen beide voorkeursrechten zit hem dus in het doel waarvoor een voorkeursrecht wordt gevestigd, alsmede welk overheidsorgaan bevoegd is gebruik te maken van het desbetreffende voorkeursrecht. Is bij de WAG het doel om een voorkeursrecht te vestigen om gronden te verwerven voor de realisatie van groene bestemmingen (natuur en landbouwgronden) geldt bij het Wvg voorkeursrecht bijna het tegenovergestelde, elke bestemming behalve agrarisch (artikel 3 Wvg). Geldt voor de WAG dat de Kroon bevoegd is tot vestiging, met het bureau beheer landbouwgronden als begunstigde, voor de Wvg geldt dat de gemeenteraad hiertoe bevoegd is (en tegenwoordig ook de provincies en het Rijk).³

Over de WAG in het licht van dit onderzoek nog het volgende. Naast een voorkeursrecht voor ‘groene bestemmingen’ heeft deze wet als hoofddoelstelling prijsbeheersing van de grond door eisen te stellen aan kopers van land.

³ Inhoudelijk kennen beide wetstelsels ook een aantal verschillen, daar wordt in het licht van dit onderzoek niet nader op ingegaan daar het buiten het bestek van dit onderzoek valt.

De WAG is opgezet als raamwet: de toetsingscriteria voor kopers van land en de aanwijzing van gronden voor het voorkeursrecht moeten worden uitgewerkt en vastgesteld bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) en Koninklijk Besluit (KB). Tot op heden zijn er nog geen toetsingscriteria voor kopers van land vastgesteld en ook geen gebieden aangewezen waar het WAG voorkeursrecht geldt (Preller, 2001). De redenen hiervoor zijn volgens de Nota Grondbeleid gelegen: ‘ (...) *in de geringe effectiviteit op de mobiliteit, de aanzienlijke uitvoeringslast en de brede politiek-bestuurlijke afspraak in het SGR⁴ om grond op basis van vrijwilligheid te verwerven.*’ (Nota Grondbeleid, 2001, p. 110). In de Nota Grondbeleid wordt toch geadviseerd om de WAG en het daarin vervatte voorkeursrecht zo snel mogelijk te activeren. Niet omdat dit de grondmobiliteit zal vergroten, maar meer om te voorkomen dat gronden die benodigd zijn voor groene doelen verkocht worden aan derden. Door het kabinet wordt de behoefte gevoeld aan een extra instrument om het beleid op de verschillende niveaus te kunnen realiseren, waarbij het kabinet wel het standpunt voorstaat dit instrument heel selectief zal moeten worden ingezet.⁵

3.2 Doel

Het doel van de Wvg is dat de gemeente een voorkeursrecht verkrijgt op die gronden die zij wil verwerven, met als uiteindelijke doel dat gemeente deze gronden in handen krijgt. De gemeente heeft behoefte aan die gronden omdat zij er één of meerdere van haar doelstellingen op wil realiseren. De achterliggende gedachte achter de invoering van een voorkeursrecht is geweest dat de gemeente te vaak achter het net viste bij de verwerving van interessante of noodzakelijke gronden benodigd in het kader van het algemeen belang. Indien zij de betreffende gronden wel kon verkrijgen was dit meestal tegen relatief hoge prijzen doordat er veelal speculanten tussen zaten. In de wet wordt op dit aspect niet nader ingegaan, maar in de parlementaire stukken alsmede in de literatuur valt te lezen dat naast het verkrijgen van een voorkeursrecht tot eerste koop de gedachte ook is geweest dat er van het voorkeursrecht een prijsdempend effect uit zou gaan (Wolff c.s., 2000). Het idee hierachter was dat door een verplichte aanbieding aan de gemeente een deel van de andere vragers (marktpartijen) werd uitgesloten. Op grond van algemene economische principes, waaronder de wet van vraag en aanbod, zou dit logischerwijs moeten leiden tot een prijsdaling. Gesteld kan worden dat getracht is om met de Wvg het grondbeleidsinstrumentarium uit te breiden, zodat er naast een actieve variant (te weten de Onteigeningswet) er een passieve variant ontstond (de Wet voorkeursrecht gemeenten).

3.3 Vestigingsgrondslag en vestigingsduur

De gemeente kan op bepaalde gronden binnen een plangebied een voorkeursrecht vestigen, de wet geeft hiervoor verschillende vestigingsgrondslagen. De huidige vestigingsgrondslagen zijn: een (nieuw) bestemmingsplan, een projectbesluit en een structuurvisie. Naast de verschillende vestigingsgrondslagen kent iedere grondslag ook zijn eigen vestigingsduur. Deze kan 3 maanden zijn (voorlopige aanwijzing), maar ook 10 jaar bedragen (reguliere vestiging).

⁴ SGR is een afkorting die staat voor Structuurschema Groene Ruimte. Één van de voorlopers van de Agenda Vitaal Platteland. Hierin is o.a. de visie van het Rijk over natuur en landelijk gebied in vastgelegd.

⁵ In de Nota Grondbeleid wordt tevens geschreven dat overwogen wordt om nieuwe regeling te maken om zo te komen tot één Wet Voorkeursrecht. Tot op heden is dit nog niet gebeurd en voorzover bekend is hiervoor ook nog geen opzet gemaakt. Daarom blijft dit aspect in dit onderzoek verder buiten beschouwing. Deels is misschien de noodzaak om hiertoe te komen door invoering van de Wro kleiner geworden, gezien de onderbouwing die in de Nota Grondbeleid voor invoering van één zo regeling wordt gegeven.

Van welke grondslag gebruik wordt gemaakt hangt af van welk gemeentelijke orgaan het voorkeursrecht wil vestigen, alsmede in welke fase van het planproces het ruimtelijke besluit dan wel het uit te voeren plan zit c.q. welke werkingsduur gewenst is. Voor een totaal overzicht zie schema 3.1 Vestigingsduur en vestigingsgrondslag Wvg.

Uit de jurisprudentie is gebleken dat er aan het plan niet al te zware eisen worden gesteld, een (globaal) ontwerp is al voldoende (mits het maar ter inzage heeft gelegen). Echter het voorkeursrecht kan niet op alle gronden zomaar worden gevestigd. Voorwaarde is dat de toegedachte bestemming niet agrarisch is en dat het huidige gebruik afwijkt van de toegedachte bestemming. Ook hieraan worden geen zware eisen gesteld, een intensiever gebruik dan het huidige gebruik is al een andere toegedachte bestemming. De grondslag waarop het voorkeursrecht gevestigd wordt kan verschillen omdat er verschillende vestigingsgrondslagen zijn ieder met hun eigen vereisten. Zo worden de vestiging als voorlopige aanwijzing en reguliere vestiging onderkend. Het proces van vestiging is in de kern bijna iedere keer gelijk. Het verschil zit hem veelal in de tijdsduur voor hoe lang het voorkeursrecht wordt gevestigd alsmede welk orgaan bevoegd is om van de grondslag voor vestiging gebruik te maken. Voor de reguliere vestiging geldt dat deze een tijdsduur heeft, net zolang als het bestemmingsplan geldt en daarna van rechtswege vervalt (dit in afwijking van voorheen, toen de reguliere vestiging onbeperkt was in de tijd en er een afzonderlijk vervallenbesluit moest worden genomen en als verklaring moest worden ingeschreven in de openbare registers). Het college van B&W kan op grond van artikel 6 lid 1 Wvg een voorlopige aanwijzing doen van 3 maanden (voorlopige vestiging van het voorkeursrecht). Alleen de gemeenteraad kan besluiten tot een reguliere vestiging (artikel 2 Wvg) en tot bestending van de voorlopige aanwijzing gedaan door B&W (artikel 6 lid 1 Wvg laatste volzin) door deze om te zetten in een definitieve vestiging van het voorkeursrecht. Beide besluiten staan open voor bezwaar en beroep. Indien het bevoegde orgaan tot vestiging heeft besloten, moet dit besluit gepubliceerd worden in de Staatscourant en kan het ingeschreven worden in de openbare registers (kadaster). Dit laatste is niet verplicht, maar wel verstandig om te doen. Het besluit publiceren in de Staatscourant is essentieel, omdat 1 dag na publicatie het besluit rechtskracht verkrijgt en het voorkeursrecht dus 'afdwingbaar' is als partijen hiermee in strijd gehandeld hebben. In het hierna volgende wordt hierop niet verder ingegaan, maar wordt het feit dat er een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd voor kennisgeving aangenomen c.q. als vertrekpunt genomen (Cuypers, 2004).

De wetgever is momenteel wel voornemens om de manier waarop bekend gemaakt moet worden en de aanbieding moet plaatsvinden te wijzigen (lees: vereenvoudigen).⁶ Vooralnog geldt onder de huidige wetgeving het volgende. Indien een grondeigenaar besluit om zijn grond te verkopen, zal hij deze eerst aan de gemeente moeten aanbieden. Artikel 10 lid 1 Wvg omschrijft hoe dit moet: *'Een verkoper kan eerst tot vervreemding overgaan nadat de gemeente in de gelegenheid is gesteld het desbetreffende goed te kopen'*. In lid 2 worden vervolgens een aantal uitzonderingen op die aanbiedingsverplichting genoemd, waar in hoofdstuk 4, paragraaf 4.1 nader op ingegaan wordt. Juridisch gezien betreft het een beperking van de overdraagbaarheid van eigendom en beperkte rechten zoals bedoeld in artikel 3:83 lid 1 BW. Dit artikel stelt met zoveel woorden dat eigendom (in ons geval het bezit van onroerend goed) vrij overdraagbaar is, tenzij de wet zegt dat dit niet het geval is of de aard van het recht zich hier tegen verzet. De aard van het eigendomsrecht m.b.t. onroerend goed verzet zich in beginsel niet tegen overdracht, maar het hierop gevestigde voorkeursrecht wel. Voor de goede orde het voorkeursrecht is een voorbeeld waar de wet de vrije overdracht van een zaak blokkeert. Het voorkeursrecht zorgt er voor dat het goed niet meer vrij overdraagbaar is voor de eigenaar aan een derde anders dan de gemeente.

⁶ Koninklijke boodschap, 31 285 vergaderjaar 2007-2008 nr.1; Voorstel van wet 31 285 vergaderjaar 2007-2008 nr.2.

Schema 3.1 Vestigingsgrondslag en vestigingsduur voorkeursrecht Wvg

Vestigingsgrondslag gemeente	Artikel	Duur vestiging	Automatische bestendinging
Voorgenomen bestemmingswijziging Voorlopige aanwijzing door College van B&W	6 lid 1	3 maanden na inwerkingtreding aanwijzingsbesluit	Structuurvisie Bestemmingsplan Projectbesluit Definitieve vestiging door raad
Voorgenomen bestemmingswijziging Definitieve vestiging door de Gemeenteraad	5 lid 1	3 jaar na dagtekening aanwijzingsbesluit	Structuurvisie Bestemmingsplan Projectbesluit
Structuurvisie	4 lid 1 sub a	3 jaar na vaststelling visie	Bestemmingsplan Projectbesluit
Structuurvisie modernisering	4 lid 1 sub b	3 jaar na vaststelling visie	Bestemmingsplan Projectbesluit
Projectbesluit	3 lid 1	1 jaar na onherroepelijk worden projectbesluit 2 jaar Indien op het tijdstip dat het projectbesluit wordt genomen aannemelijk is dat het project zal worden ingepast in een bestemmingsplan Of 4 jaar Indien op het tijdstip dat het projectbesluit wordt genomen aannemelijk is dat: - het project zal worden ingepast in een bestemmingsplan tezamen met - de inpassing van een ander project op: aangrenzende gronden of betrokken in hetzelfde bestemmingsplan	Bestemmingsplan
Bestemmingsplan	3 lid 1	10 jaar na inwerkingtreding bestemmingsplan	-
Bestemmingsplan modernisering	3 lid 1	10 jaar na inwerkingtreding bestemmingsplan	-

Bron: Overwater Grondbeleid Adviesbureau BV

3.4 Inzet door gemeenten

De Wvg dient bij voorkeur gebruikt te worden door gemeenten die een actief grondbeleid voeren. Voor het verschil tussen een actief- en passief grondbeleid wordt verwezen naar paragraaf 3.1. De Wvg zelf is echter een passief instrument dat soms als actief instrument lijkt te worden ingezet. Immers, de gemeente is afhankelijk van de bereidwilligheid van de eigenaar of hij zijn grond wil verkopen. Een gemeente kan een eigenaar immers niet verplichten of dwingen de betreffende onroerende zaak onmiddellijk aan haar te verkopen op grond van de Wvg. Daarvoor is ander grondbeleidsinstrument ontworpen, te weten de Onteigeningswet. De vraag die nu dan op kan komen is waarom het dan toch instrument voor actieve gemeenten is. Het antwoord hierop is dat het in de rede ligt dat de gemeente als de onroerende zaak (veelal grond) wordt aangeboden, de gemeente die zal afnemen, uitzonderingen daar gelaten. Door dit te doen wordt zij eigenaar van de betreffende gronden, binnen het plangebied waar de Wvg gevestigd is. Los daarvan wordt ook gesignaleerd dat gemeenten eerst een voorkeursrecht vestigen en vervolgens beginnen met de actieve grondverwerving binnen dat gebied (Wolff c.s., 2000). Als de gemeente een passief grondbeleid voert zal zij totaal geen eigendom willen hebben, maar het geheel aan ontwikkelingen aan de marktpartijen overlaten. Indien de gemeente een faciliterend beleid voor ogen staat is het inzetten van de Wvg ook minder gangbaar. Zij zou zich dan moeten beperken tot het scheppen van de voorwaarden die een ontwikkeling mogelijk maken en juist de grondverwerving over moeten laten aan de marktpartijen.

Gemeenten die besluiten gebruik te maken van de Wvg doen er volgens sommige auteurs verstandig aan dit instrument strategisch in te zetten binnen het plangebied. Concreet komt dit er op neer dat het instrument niet gebruikt wordt om het integraal binnen het hele plangebied te vestigen, omdat dan veelal de gronden waar een gemeente minder (het minste) belang bij heeft als eerste krijgt aangeboden. Nog los van andere ongewenste neveneffecten die zoiets kan hebben, als prijsopdrijving en schreefgroei van waarde, waar het aankomt op de vergelijkingsmethode tussen grondstukken c.q. waardebeoordeling door taxateurs. Juist om een goed en evenwichtig beeld van de waarde te krijgen zou het voorkeursrecht selectief gevestigd moeten worden.

Bij voorkeur wel op strategische gronden die een gemeente perse moet hebben voor het realiseren van overheidstaken, zoals infrastructuur (waarbij onteigening kan dienen als achtervang) maar niet op gronden die de gemeente eigenlijk niet wenst, maar toevallig wel binnen het plangebied zijn gelegen en ook niet op die gronden waarvan het grondbedrijf zeker weet dat ontwikkeling daarvan aan de markt kan worden overgelaten. Uiteraard kan er door de gemeente altijd geprobeerd worden om die gebieden middellijk te verwerven. Verkrijgt de gemeente deze incurante percelen niet, dan is dit niet erg, zolang het maar geen probleem veroorzaakt in de regie en evenwichtige planuitvoering en de vooraf beoogde doelstellingen ook zonder deze grondposities kunnen worden gehaald. Het voorkeursrecht zou dus bij voorkeur alleen gevestigd moeten worden op die gronden die een overheid per se nodig heeft voor haar overheidstaken. Voor alle overige gronden geldt dat vestiging van een voorkeursrecht overwogen kan worden voor zover dit uit oogpunt van een goede ruimtelijke ordening gewenst is om deze te verkrijgen. Al was het alleen al om de regie te kunnen voeren of het plan economisch gezien beter verantwoord te kunnen uitvoeren.

Het voordeel van deze wijze van vestigen is dat er een minimale administratieve last optreedt voor het ambtelijk apparaat. De kosten en risico's kunnen zo ook verkleind worden, omdat er minder geld vast zit in incurante (lees: niet essentiële) gronden. Het prijsopdrijvend effect door vestiging van het voorkeursrecht wordt hierdoor verkleind. Immers, de gronden waarop het voorkeursrecht niet gevestigd is zijn vrij verhandelbaar.

De markt zal hiervoor de prijs bepalen. Deze waardes kunnen betrokken worden om de waardes voor de gronden waarop het voorkeursrecht gevestigd is te bepalen, waarbij mede de vergelijkende methode gehanteerd zal worden (Cuypers, 2004). Doordat de Wvg soms (te) royaal wordt toegepast binnen de gemeentegrenzen kan het gevaar ontstaan dat de prijsdemping van de grondprijzen niet goed wordt doorvertaald in de aankoopprijs van de grond. Dit doordat er te weinig (agrarische)grond overblijft die niet onder het voorkeursrecht van de Wvg valt en vrij verhandelbaar is voor derden. Als dit gebeurt, ontstaan er geen of minder referentiegegevens van voorkeursrecht vrije gronden die betrokken kunnen worden in een eventuele vergelijkingswaardemethode voor het bepalen van de grondprijs van gronden waarop een voorkeursrecht rust (Overwater, 2009).

Één kanttekening moet bij het vorenstaande wel geplaatst worden. De beschreven aanpak werkt vooral bijzonder goed als er sprake is van een vergevorderd of zelfs een gedetailleerd plan. Als er alleen nog maar een plan op hoofdlijnen is of slechts sprake is van ambitieus idee (plan) is het verstandiger om het voorkeursrecht integraal te vestigen op de beoogde locatie (d.w.z. het toekomstige plangebied). Vooral ook omdat tijdens het uitwerken van plannen, door verschillende omstandigheden zoals gewijzigde inzichten, de (concept) inrichting van het plangebied nog wel eens veranderen wil. Waar eerst woningen gepland waren komt nu bijvoorbeeld een park en vice versa. Dergelijke wijzigingen kunnen een grote invloed hebben op de financiële haalbaarheid van het plan. Een en ander wordt soms ook ingegeven door de grondpositie die gemeente (al) heeft en welke zij nog verkrijgen kan, ten opzichte van grondposities die de markt al heeft of nog verkrijgen kan.

3.5 De rol van de notaris

In de voorgaande paragrafen is het doel, de werking en de inzet door gemeenten van het voorkeursrecht / Wvg beschreven. Hieronder volgt een casus waarin de rol van de notaris wordt belicht in relatie tot de vraagstelling.

Casus

Gemeente G heeft op een perceel grond van eigenaar E een voorkeursrecht gevestigd. E is een noeste en hardwerkende agrariër, die met passie zijn beroep uitoefent. Het voorkeursrecht is rechtsgeldig gevestigd, en aan alle wettelijke (vorm)vereisten is voldaan. Op een goede dag komt aannemer A bij eigenaar E. Zij komen na een animerend gesprek overeen dat E de grond verkoopt aan A, tegen een nader te bepalen prijs. Feit is wel dat deze koopprijs ver boven de agrarische waarde ligt. Om het een en ander juridisch goed te regelen wordt een notaris N aangezocht en gevraagd om zijn ministerie te verlenen. N gaat nu als volgt te werk. Hij zal, voorzover dat nog niet gebeurd is een koopovereenkomst opstellen tussen partijen. Naast een koopovereenkomst zal N ook een leveringsakte opmaken, waarin met zoveel woorden zal staan dat E aan A verkocht heeft een perceel grond (Y) kadastraal bekend gemeente G, sectie, groot enz. Alvorens tot inschrijving van de akte in openbare registers over te gaan, zal de notaris eerst recherche plegen. Dit is het moment waarbij het voorkeursrecht van de Wvg om de hoek kan komen kijken. De eerste vraag is of er een voorkeursrecht is gevestigd, zo niet dan staat t.a.v. dit punt er niets aan in de weg om de voetverklaring zoals artikel 24 Wvg die eist op te nemen.

Stel de notaris treft op de uittreksels van het kadaster wel een aantekening aan dat op de grond een voorkeursrecht gevestigd is. Betekend dit dan dat er überhaupt geen vervreemding meer mogelijk is? Neen, niet zonder meer. De notaris zal dan eerst moeten nagaan of de aantekening nog vigerend is. Met andere woorden is er nog rechtsgeldig voorkeursrecht van kracht dan wel is het voorkeursrecht van rechtswege vervallen (artikel 9 Wvg). Zo niet, dan kan er vervreemd worden.

Stel er is wel een rechtsgeldig voorkeursrecht van toepassing, dan zal hij moeten kijken of betreffende partijen een beroep kunnen doen op artikel 10 lid 2 en 3 Wvg. Hierin staan een aantal vrijstellingssituaties genoemd waarbij de aanbiedingsplicht jegens de gemeente niet geldt. Volgens het hof Amsterdam moeten deze bepalingen ruim worden uitgelegd in het voordeel van de private partij (Hof Amsterdam 16 november 2006). Indien hierop ook geen beroep kan worden gedaan moet de notaris kijken of de 3 jaarsvrijstelling mogelijk van toepassing is. Hiervan kan sprake zijn als de grond al eens eerder is aangeboden aan de gemeente, maar zij destijds van verwerving heeft afgezien (artikel 12 lid 2 Wvg). Als één van de voorgaande vragen met ja valt te beantwoorden, ceteris paribus, kan de notaris de gevraagde voetverklaring op de akte plaatsen. De voetverklaring is vereist wil de transactie tot stand komen, anders zal de bewaarder van het kadaster de akte niet inschrijven in de openbare registers, hetgeen vereist is om de eigendom juridisch gezien van eigenaar te laten verwisselen.

Kortom uit de casus valt te herleiden dat de notaris bij iedere vastgoedtransactie zichzelf altijd 2 hoofdvragen en 3 subvragen moeten stellen.

1. Is er een voorkeursrecht gevestigd? Ja of nee.
2. Indien ja: Is het een rechtsgeldig voorkeursrecht en is de voorgenomen vervreemding in strijd met de Wvg?
 - 2.1 Kan er een beroep worden gedaan op artikel 10 lid 2 en 3 Wvg vrijstellingsbepaling door de partijen?
 - 2.2 Is de Wvg van rechtswege vervallen ex artikel 9 Wvg?
 - 2.3 Is de 3 jaarsvrijstelling van toepassing?

3.5.1 Gevolgen

Zoals hierboven gesteld heeft het ontbreken van een voetverklaring tot gevolg dat de bewaarder van het kadaster de akte niet in zal schrijven in de openbare registers. Dat het hieraan verbonden gevolg, namelijk een niet rechtsgeldige juridische overdracht, verstrekking is voor onderliggende partijen is evident. De vraag die op kan komen is, wat zijn de gevolgen voor notaris indien hij onterecht wel een voetverklaring plaatst op de akte? Daarnaast kan de vraag opkomen wat de verzoekende partij kan doen tegen een notaris die weigert om de betreffende verklaring op de akte te plaatsen.

Een notaris die de opdracht krijgt om een leveringsakte op te stellen doet er verstandig aan een (uitgebreide) recherche te plegen m.b.t. de rechtstoestand van de onderliggende onroerende zaak. Één van de zaken die daarbij een rol speelt is het voorkeursrecht. De notaris hoeft volgens de parlementaire geschiedenis geen ‘omstandig’ onderzoek te doen, echter dit is ook geen vrijbrief om maar lichtzinnig de gevraagde verklaring op de akte te zetten. Indien een notaris laakbaar heeft gehandeld of zijn ministerie weigert zijn er twee mogelijkheden voor benadeelde partijen om hier iets tegen te doen. De eerste is het aanspannen van een civiele procedure en de betreffende notaris aansprakelijk te stellen op grond van de vermeende onrechtmatige daad die hij volgens de benadeelde partij heeft gepleegd en daarnaast het vorderen van een (aanvullende) schadevergoeding. Deze schadevergoeding hoeft niet uit een geldvordering te bestaan, maar zou ook kunnen bestaan uit de eis dat een bepaalde juridische levering weer ongedaan wordt gemaakt. De rechter zou hierbij de betreffende partijen tot medewerking kunnen veroordelen c.q. het vonnis bij voorraad uitvoerbaar kunnen verklaren. D.w.z. dat het vonnis dienst kan doen om de transactie terug te draaien zonder dat medewerking van partijen vereist is.

De grondslag voor de aansprakelijkheid zou kunnen zijn de onrechtmatige handeling die de betreffende notaris heeft verricht tegen degene die de procedure start (Heijst, 1998). Los van deze civiele mogelijkheid kent de notariële beroepsgroep ook het zogenaamde tuchtrecht⁷⁸. Opmerkelijk is wel dat de Wvg zelf geen sanctie kent indien het voorkeursrecht niet wordt nageleefd c.q. er een onjuiste of onterechte voetverklaring wordt geplaatst, vandaar dat het gemene (burgerlijke) recht van toepassing is.

3.6 Conclusie

Het voorkeursrecht van de Wet voorkeursrecht gemeenten is één van de grondbeleidinstrumenten die gemeenten ter beschikking staan met betrekking tot het realiseren van doelstellingen. De grondbeleidinstrumenten vallen onder te verdelen in actieve en passieve en in publieke en private instrumenten. Welke instrumenten een gemeente gebruikt hangt voornamelijk af van de grondpolitiek die gevoerd wordt. Afhankelijk van de koers die gevaren wordt kan er een keuze worden gemaakt uit (een combinatie van) publieke- en private en uit actieve- en passieve grondbeleidinstrumenten. De Wvg is een passief grondbeleidinstrument.

Het doel van de Wvg is dat de gemeente een voorsprong krijgt op het verwerven van noodzakelijke onroerende zaken (veelal gronden) benodigd bij de uitvoering van haar plannen ten opzichte van de marktpartijen, doordat er bij voorgenomen verkoop van een onroerende zaak eerst verplicht moet worden aangeboden aan de gemeente. Gesteld kan worden dat getracht is om met de Wvg het grondbeleidinstrumentarium uit te breiden, zodat er naast een actieve variant (te weten de Onteigeningswet) er een passieve variant ontstond (de Wet voorkeursrecht gemeenten). De Wvg dient dan ook bij voorkeur gebruikt te worden door de gemeenten die een actief grondbeleid voeren. De Wvg zelf is een passief instrument dat soms in de praktijk als een actief instrument lijkt te worden ingezet (vooral in combinatie met een actief middellijk verwervingsplan waarbij de Wvg als achtervang dient).

Van welke grondslag gebruik wordt gemaakt hangt af van welk gemeentelijke orgaan het voorkeursrecht vestigen wil en in welke fase van het planproces het ruimtelijke besluit dan wel het uit te voeren plan zit c.q. welke werkingsduur gewenst is. In de praktijk blijkt soms dat hetgeen vooraf werd beoogd met de invoering van de Wet voorkeursrecht gemeenten (voor een deel) wel anders heeft uitgewerkt. Een voorbeeld hiervan is het theoretisch beoogde effect dat de verwervingsprijzen voor de gemeente lager zouden zijn terwijl er ook critici zijn die beweren dat deze juist hoger zijn geworden o.a. door het (te) veel vestigen van een voorkeursrecht binnen een gebied waardoor vergelijkingswaarden / transacties wegvallen.

⁷ De klacht kan worden ingediend bij de Kamer van Toezicht. De tuchtrechter kan, indien een klacht gegrond is, de volgende maatregelen nemen. Hij kan een notaris: waarschuwen, berispen, schorsen of uit het ambt zetten. Tegen de uitspraak van de Kamer van Toezicht kan in beroep worden gegaan bij het gerechtshof te Amsterdam.

⁸ Momenteel staat het notariële tuchtrecht nogal in de belangstelling, 'Zonder notaris geen vastgoedfraude.' NRC Handelsblad 23 februari 2008, 'Notaris vaker bestraft door rechter.' 14 maart 2008 ANP en 'Notaris in 30 criminele netwerken.' NRC Handelsblad 15 juli 2008. In voorbereiding zijn wel een aantal maatregelen om het toezicht op het notariaat te kunnen verscherpen om ongewenste praktijken tegen te kunnen gaan. Genoemd worden de aanstaande wijziging van de Wet op het Notarisambt (dossiernummer 30350), waarin o.a. het verschoningsrecht van de notaris wordt ingeperkt en een verruiming van de bevoegdheid Bureau Financieel Toezicht (BFT) alsmede voor de kwaliteitstoetsers van het KNB (www.tuchtrechter.nl).

In de weergegeven casus is de rol van de notaris beschreven, namelijk het juridisch tot stand brengen van de transactie alsmede dat hij handhaver is van het gemeentelijke voorkeursrecht. Uit de casus is naar voren gekomen dat de notaris zichzelf bij iedere vastgoedtransactie altijd 2 hoofdvragen en 3 subvragen moeten stellen:

1. Is er een voorkeursrecht gevestigd? Ja of nee.
2. Indien ja: Is het een rechtsgeldig voorkeursrecht en is de voorgenomen vervreemding in strijd met de Wvg?
 - a. Kan er een beroep worden gedaan op artikel 10 Wvg vrijstellingsbepaling door de partijen?
 - b. Is de Wvg van rechtswege vervallen ex artikel 9 Wvg?
 - c. Is de 3 jaarsvrijstelling van toepassing?

Indien de notaris deze vragen keer op keer exact beantwoord wordt de kans op fouten tot een minimum beperkt. Ook als de notaris op voornoemde wijze handelt, is het nog niet uitgesloten dat er dan ten onrechte een voetverklaring op de akte komt c.q. de betreffende akte alsnog rechtens wordt aangetast.

De gevolgen van het plaatsen van een onjuiste voetverklaring of het weigeren van het plaatsen van voetverklaring kunnen verstrekkend zijn. Indien de voetverklaring ontbreekt zal de betreffende akte niet worden ingeschreven. Als de notaris een onjuiste voetverklaring plaatst, treedt het beoogde rechtsgevolg niet in. Benadeelden kunnen hiervoor de notaris aansprakelijk stellen door een civiele procedure starten. Daarnaast kan er tegen een notaris die onjuist gehandeld heeft ook altijd een tuchtrechtelijke procedure gestart worden. Als de notaris zijn ministerie weigert is het mogelijk om via een civiele procedure zijn medewerking te vorderen. Als een notaris twijfelt, is het van zijn kant raadzaam zijn ministerie te weigeren, gezien de gevolgen die dit voor hem persoonlijk kan hebben voortvloeiend uit een eventuele tuchtrechtelijke dan wel civiele procedure.

Hoofdstuk 4 Artikel 24 Wvg

In dit hoofdstuk wordt specifiek ingegaan op artikel 24 Wvg, de notariële voetverklaring. Af en toe zal er link worden gelegd met artikel 26 Wvg. Het artikel waarmee de nietigheid van een rechtshandeling door de gemeente kan worden ingeroepen. In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 4.1 de notariële voetverklaring behandeld. Nadat hiervan kennis is genomen wordt in paragraaf 4.2 specifiek ingegaan op het aspect hoe de notaris hiermee om moet gaan. Paragraaf 4.3 behandelt de zogenaamde laatste dagovereenkomsten en gaat daarbij in het bijzonder in op de recent in werking getreden Wet elektronische bekendmaking. Paragraaf 4.4 gaat in op de relevante jurisprudentie aangaande artikel 24 Wvg, zoals gewezen door de verschillende rechtelijke instanties. Paragraaf 4.5 sluit dit hoofdstuk af door conclusies te trekken uit het voorgaande.

4.1 Artikel 24 Wvg, de notariële voetverklaring

In deze paragraaf wordt ingegaan op de notariële voetverklaring van artikel 24 Wvg en haar achterliggende strekking. Alvorens daar toe over te gaan wordt eerst kort ingegaan op de overdracht en levering zoals die plaats vindt bij de notaris na aanleiding van een gesloten koopovereenkomst.

Koop, levering en overdracht

De notaris heeft o.g.v. artikel 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt de verplichting om zijn ministerie te verlenen aan de hem bij of krachtens de wet opgedragen taken. Dit houdt in dat de notaris o.g.v. het voorgaande de verplichting heeft om de door een derde partij verlangde werkzaamheden te verrichten indien de notaris hiertoe opdracht heeft gekregen, met in achtneming van de onderliggende wetgeving. Zodra partijen aan de notaris een koopakte overhandigen met het verzoek een akte van levering te maken (transportakte) heeft de notaris dus de plicht om dit te doen. De koopovereenkomst heeft tussen partijen de (leverings)verplichtingen vastgelegd, d.w.z. er is een geldige titel voor de levering in het leven geroepen, maar deze heeft nog niet automatisch een rechtsovergang tot gevolg (Reehuis, 2004). Het gewenste rechtsgevolg wordt bereikt door een overdracht, conform de vereisten die artikel 3:84 BW daar aan stelt. De overdracht houdt een leveringshandeling in, namelijk dat er een akte van levering wordt opgemaakt door een notaris alsmede dat deze wordt ingeschreven in de daarvoor bestemde openbare registers (dit vereist artikel 3:89 lid 1 BW). Wettelijk gezien is dit immers vereist om het eigendom van eigenaar te laten verwisselen. Vorenstaand is het zogenaamde goederenrechtelijke effect, d.w.z. dat de juridische eigenaar (eigendom) nu in overeenstemming is met de feitelijke eigenaar (economisch eigendom). De Wvg eist dat in de betreffende akte van levering een voetverklaring wordt opgenomen waarin met zoveel woorden staat dat vervreemding niet in strijd met de Wet voorkeursrecht gemeenten geschied (artikel 24 Wvg). Het opnemen van deze verklaring is vereist wil er geen strijd met artikel 3:84 BW jo. artikel 3:89 BW ontstaan en de Wet voorkeursrecht gemeenten.

Notariële voetverklaring van artikel 24 Wvg

In artikel 24 Wvg staat het volgende te lezen:

*‘De inschrijving in de afdeling 2 van titel 1 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde openbare registers van een akte behelzende een vervreemding anders dan aan de gemeente vindt alleen plaats indien onder de akte is opgenomen een **notariële verklaring**, houdende, het zij dat de betrokken onroerende zaak niet is opgenomen in een aanwijzing als bedoeld in artikel 2 in samenhang met artikel 3,4, of 5 of artikel 9a eerste of tweede lid in samenhang met artikel 3,4, of 5 dan wel voorlopig aanwijzing als bedoeld in artikel 6 of in de artikel 9a,*

eerste of tweede lid in samenhang met artikel 6 hetzij dat de vervreemding niet in strijd is met het bepaalde in de artikelen 10 tot en met 23 van deze wet.'

Vrij vertaald komt dit artikel op het volgende neer. Indien op een perceel grond geen voorkeursrecht is gevestigd en hiertoe ook nog geen voorbereidingsbesluit voor genomen is, kan de notaris de betreffende akte transporteren. Interessanter is het geval waarin wel een (rechtsgeldig) voorkeursrecht gevestigd is, maar de notaris passeert omdat voldaan is aan één van de uitzonderingsituaties zoals genoemd in artikel 10 lid 2 en 3 Wvg. Dit houdt in dat de notaris recherche doet en zelfstandig beoordeelt of het voorkeursrecht van toepassing is in de onderliggende situatie en of de grond wel of juist niet aangeboden moet worden aan de gemeente c.q. op de juiste wijze aangeboden is. Als de notaris tot de conclusie komt dat er geen strijd is met de Wvg zal hij de gevraagde voetverklaring uit artikel 24 Wvg plaatsen onder aan de akte. De volgende passage is voorbeeld van hoe zo'n voetverklaring eruit ziet:

“De ondergetekende [...] notaris gevestigd te [plaats], verklaart dat het registergoed, bij vorenstaande akte vervreemd, in de zin van de Wet voorkeursrecht gemeenten is opgenomen in een aanwijzing ex artikel [....] van die wet.

Nu die vervreemding echter plaatsvindt [...] kan verkoper tot vervreemding overgaan zonder de gemeente in de gelegenheid te stellen het desbetreffende goed te kopen conform het bepaalde in artikel 10 lid 2 [....] van de Wet voorkeursrecht gemeenten.”

In het navolgende wordt uitgegaan van de situatie dat de notaris van oordeel is (was) dat er zich een uitzonderingssituatie voordeed zoals omschreven in artikel 10 lid 2 en 3 Wvg dan wel dat de vervreemding niet in strijd is met het gestelde in artikel 24 Wvg. Dit houdt in dat de notaris de akte getransporteerd heeft en het eigendom van eigenaar gewisseld is. Als de gemeente zich hierin vinden kan is er niets aan de hand. Het probleem ontstaat pas op het moment dat de gemeente zich hier niet in vinden kan. Indien de gemeente besluit om de ongewenste rechtshandeling nietig te willen laten verklaren komt zij al snel uit bij artikel 26 Wvg. Dit artikel stelt gemeenten in staat om de nietigheid in te roepen van rechtshandelingen die met de kennelijke strekking zijn gedaan om afbreuk te doen aan haar voorkeurspositie, zoals geregeld in de Wvg, hierop wordt in hoofdstuk 5 nader ingegaan.

4.2 Hoe moet een notaris hierin te werk gaan?

Moet hij hierin heel actief zijn of kan hij zich wat passiever opstellen. De notaris moet, zoals artikel 24 Wvg reeds meldt, eerst onderzoeken of er voorkeursrecht is gevestigd en of dit betreffende recht nog van kracht is, dan wel vervallen is op grond van artikel 9 Wvg. Indien het voorkeursrecht nog van kracht is zal de notaris na moeten gaan of de juiste procedure is gevolgd (door de vervreemder) dan wel of er sprake is van een vrijstellingssituatie, de zogenaamde 3 jaarstermijn. Hij zou hiervoor naast partijen ook de betreffende gemeente kunnen benaderen. De vraag die nu op kan komen is hoever de notariële rechercheplicht moet gaan? Of is uitvoering geven aan het vorenstaande voldoende voor de notaris om aan zijn plicht te hebben voldaan? Kan hij bijvoorbeeld afgaan op de verklaring van de vervreemder dat de juiste aanbestedingsprocedure is gevolgd of moet hij ook actief de gemeente benaderen? Volgens de parlementaire geschiedenis wordt van de notaris niet verlangd dat hij een omstandig onderzoek doet aangaande de vraag of aan de bepalingen van de artikelen 10-23 Wvg daadwerkelijk is voldaan. Daarnaast wordt de notaris in zijn recherche mede bemoeilijkt door het feit dat inschrijving van het voorkeursrecht in de openbare registers nog steeds geen constitutief vereiste is voor de totstandkoming van het voorkeursrecht (Storm, 2007).

Dit betekent dat als een voorkeursrecht niet is ingeschreven in de openbare registers bij de dienst voor het Kadaster het wel gewoon geldt voor het betreffende perceel. Een notaris zal hiervoor in het voorkomende geval uit een andere bron kennis van moeten nemen. Hiervoor kan hij de Staatscourant gebruiken, waarin immers elk voorkeursrecht om rechtskracht te verkrijgen gepubliceerd moet worden.

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) reikt de notaris in de Verordening Beroeps en Gedragsregels wat handvatten aan over hoe een notaris te werk dient te gaan. Kort en goed komen die er op neer dat de notaris goed de toestand van het registergoed dient te onderzoeken en er zorg voor dient te dragen dat partijen geleverd krijgen wat in de overeenkomst beoogd is (zie artikel 3 lid 1 Onderzoekspllicht registergoederen van de betreffende verordening). De notaris dient zich te onthouden van handelingen die iemand in zijn belang kunnen schaden. Hieronder valt ook het passeren van akte in strijd met de Wvg, omdat dan de gemeente (derde belanghebbende) door het toedoen van de notaris in hun belangen kunnen worden geschaad.

Kortom als de notaris een leveringsakte opmaakt en daarmee een verandering wil brengen in de juridisch toestand van het betreffende registergoed, is het raadzaam als hij zich zelf de volgende 2 hoofdvragen en 3 subvragen stelt:

1. Is er een voorkeursrecht gevestigd? Ja of nee.
2. Indien ja: Is het een rechtsgeldig voorkeursrecht en is de voorgenomen vervreemding in strijd met de Wvg?
 - a. Kan er een beroep worden gedaan op artikel 10 lid 2 en 3 Wvg vrijstellingsbepaling door de partijen?
 - b. Is de Wvg van rechtswege vervallen ex artikel 9 Wvg?
 - c. Is de 3 jaarsvrijstelling van toepassing?

Indien de twee hoofdvragen met nee, of de drie subvragen met ja kunnen worden beantwoord kan de notaris veilig de artikel 24 Wvg notariële voetverklaring plaatsen op de akte.

4.3 Laatste dagovereenkomsten

In het nu volgende wordt nog even specifiek ingegaan op wat in de vastgoedpraktijk zogenaamde ‘Laatste Dagovereenkomsten’ worden genoemd. Het besluit tot aanwijzing of voorlopige aanwijzing (vestiging voorkeursrecht red.) wordt van kracht de dag na dagtekening van de Staatscourant waarin de ter inzage legging bekend is gemaakt (artikel 7 Wvg). Per 1 juli 2009 is de Wet elektronische bekendmaking (Web) in werking getreden. Invoering van de Web heeft tot gevolg gehad dat de papieren versie van de Staatscourant en het Staatsblad tot het verleden behoren. Een verschil met zijn papieren voorganger is dat de elektronische versie van de Staatscourant op de dag van (elektronische) publicatie al vanaf 9.00 uur raadpleegbaar is, dit in tegenstelling tot de papieren versie die pas één dag later ontvangen werd. Deze wijziging die een gevolg is van het op andere wijze ter beschikking stellen van de Staatscourant heeft gevolgen voor de uitleg van voornoemde passage uit artikel 7 Wvg (Circulaire van het Ministerie BZK, 2009).

Vorenstaande betekent in de praktijk dat er altijd minimaal één dag zit tussen het moment waarop het besluit genomen is (en voor derden al kenbaar is) en het moment waarop dit besluit formeel in werking treedt. Immers, volgens artikel 7 Wvg treedt het besluit pas in werking één dag naar publicatie in de Staatscourant. Dit heeft tot gevolg dat er (klein) tijdsmoment van 1 dag zit tussen bekendmaking en inwerkingtreding van het voorkeursrechtbesluit. Dit moment zou door eigenaren aangegrepen kunnen worden om alsnog de Wvg te doorkruisen. In dit, zei het zeer korte moment, is het mogelijk dat een notaris zijn recherche doet, alvorens een akte ter inschrijving aan te bieden.

Op dat moment treft de notaris, als hij de Staatscourant raadpleegt, wel een aankondiging van het voorkeursrecht aan, maar is deze nog niet van kracht. Puur handelend naar de letter van de wet is er geen beletsel om de akte ter inschrijving aan te bieden. Door invoering van de Web is er dus een gat ontstaan in kenbaarheidsmoment en inwerkingstredingdatum dat voor de praktijk (vooral voor gemeenten) een nadelig gevolg kan hebben. De oplossing wordt gezocht in of het aanpassen van artikel 7 of het aanpassen van de Web (Overwater, 2009)

In de praktijk is er vaak al enige tijd sprake van dat een bepaald gebied voor aanwijzing in aanmerking komt. Het zingt dan rond in de vastgoedmarkt, mogelijk mede veroorzaakt door het ontwerp van het betreffende planfiguur dat in voorbereiding is. Met name ontwikkelaars / aannemers zijn geïnteresseerd in zulke warme gronden. Het verwerven van een zodanig stuk grond is interessant voor hun winkelnering en veelal ook voor de grondeigenaar die vervreemden wil, omdat er interessante (speculatieve) prijzen worden geboden (veelal ver boven de agrarische waarde). De notaris treft in eerste instantie geen blaam, mits hij zijn rechercheplicht goed in acht neemt, door zulke akten gewoon te passeren. Immers, voor hem is wel waarneembaar uit de Staatscourant dat er voorkeursrecht aankomt, maar deze is nog niet van kracht. Beperkt hij zichzelf tot (slechts) een recherche in de openbare registers dan zal hij zelfs van de aankondig geen kennis hebben genomen. Dus doet de notaris slechts wat zijn (wettelijke) plicht is, een ter inschrijving vatbaar stuk aanbieden aan de dienst voor het Kadaster. De gemeente kan deze ongewenste actie mogelijk nog tegengaan door een beroep te doen op artikel 26 Wvg, waarop in hoofdstuk 5 nader wordt ingegaan.

De gemeente had dit ongewenste effect, indien het voortkomt uit een besluit tot aanwijzing waarbij tegelijk een (ontwerp) van een nieuw bestemmingsplan, projectbesluit of structuurvisie ter inzage wordt gelegd, mogelijk kunnen voorkomen door een voorlopige aanwijzing te doen op grond van artikel 6 Wvg, de zogenaamde voorlopige aanwijzing. Als de lokale overheid besluit dit niet toe doen is dit willens en wetens een actieve risicoaanvaarding. Hierbij moet niet vergeten worden dat het laatste dag effect hier net zo goed op kan treden, omdat artikel 7 Wvg, bekendmaking en werking, evenzogoed geldt bij een voorlopige aanwijzing door B&W. De kans op een ongewenst effect is echter mogelijk kleiner, omdat een voorbescherming meer zomaar uit de 'lucht' kan komen vallen. Bij een reguliere vestiging veroorzaken de onderliggende planfiguren vaak meer (publiekelijke) ophef c.q. gesprek van de dag kunnen zijn in de betreffende heg of steg.

Veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval, de transactie die in het geding is en de betreffende partijen die er bij betrokken zijn. Afhankelijk van een combinatie van voornoemde factoren en het gevoel dat de notaris daarbij heeft zal hij een uitgebreider of minder uitgebreid onderzoek moeten doen, wil hij zich van nadelige gevolgen vrijwaren c.q. deze tot minimum beperken. Bovenal zal de notaris altijd een zeer waakzaam en scherp oog moeten hebben bij zijn beantwoording van de vraag of er sprake is van een daadwerkelijke vrijstelling of dat er een actie op touw is gezet die gewoon een doordachte truck is om het voorkeursrecht te omzeilen. In geval van twijfel kan de notaris altijd besluiten de akte niet te passeren. Indien de notaris zeker weet dat de gevraagde actie juridisch niet in de haak is, is hij op grond van artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt verplicht zijn dienst te weigeren. De notaris is dan tot de conclusie gekomen dat volgens zijn redelijke overtuiging de van hem gevraagde werkzaamheid leidt tot strijd met het recht. De belanghebbende partijen die zich in het vorenstaande niet kunnen vinden kunnen dan een uitspraak uitlokken van de rechter door het uitbrengen van een dagvaardig aan het adres van de betreffende notaris. De notaris zou in zijn verweer aan kunnen voeren zich te conformeren aan de uitspraak en dat hij onmiddellijke medewerking zal betrachten na wijziging van het vonnis.

Dat het niet mee willen werken niet rust op onwil, maar op zorgvuldigheid, mede in het licht van mogelijke tuchtrechtelijke- en civiele sancties die tegen hem gericht kunnen worden bij het foutief of onjuist plaatsen van een voetverklaring, zie over het vorenstaande ook hoofdstuk 3, paragraaf 3.5.1. Als hij het zeker weet kan hij een beroep doen op het hiervoor aangehaalde artikel uit de Wet op het notarisambt. Indien het zover komt doet het kennelijk niet ter zake of de notaris een hele uitvoerige of juist een hele passieve recherche heeft gedaan.⁹ Artikel 24 Wvg verplicht hem hier immers niet op voorhand toe.

De Wvg zelf kent geen specifieke sanctie op het foutief of ten onrechte plaatsen van een voetverklaring. Aldus is het gemene recht van toepassing. Hierbij kan gedacht worden aan een vordering uit onrechtmatige daad jegens de notaris, inclusief een eis tot schadevergoeding (Heijst, 1998). De schadevergoeding zou kunnen bestaan uit de eis dat alsnog aan de gemeente geleverd wordt en/of dat voornoemde transactie alsnog door de rechter nietig wordt verklaard. Los van deze civiele mogelijkheid, geldt er voor de notariële beroepsgroep ook nog specifiek het tuchtrecht. Overwogen kan altijd worden door benadeelden of andere belanghebbenden om hiervan gebruik te maken. Hiervoor is steeds gesproken over het foutief of ten onrechte plaatsen van een notariële voetverklaring. Los van deze twee mogelijkheden kan het ook gebeuren dat (bewust of onbewust) er helemaal geen voetverklaring op de notariële akte is opgenomen waarmee de vervreemding wordt geregeld.

Wat is het gevolg als deze notariële voetverklaring, zoals artikel 24 Wvg die voorschrijft, niet op de leveringsakte staat? Dan voldoet het stuk niet aan de inschrijvingsvereisten en is de sanctie dat het betreffende stuk niet wordt ingeschreven in het openbare register voor de dienst van het Kadaster. De voetverklaring is dus het (handhavend) instrument op naleving van het voorkeursrecht/de Wvg en de te volgen procedures door de grondeigenaar/verkoper, waar het aankomt op notariële overdrachten. Immers, als de vervreemder niet de juiste weg gevolgd heeft, zal de notaris de voetverklaring niet op de akte zetten. De sanctie voor de verkoper is dan dat de eigendom niet vervreemd wordt, omdat er een blokkering van de juridische levering plaatsvindt, want de akte zal niet worden ingeschreven in de openbare registers (Preller, 2007).

Dat de notariële praktijk vorenstaande nogal eens over het hoofd ziet is een feit, want in de top drie van redenen waarom de bewaarder van het Kadaster weigert een akte in te schrijven staat het ontbreken van de notariële voetverklaring die vereist is op grond van de Wvg. In het jaar 2006 ging het om maar liefst 900 gevallen (Storm, 2007). Terwijl het ontbreken van een voetverklaring, of sterker nog het gevolg daarvan, namelijk het niet inschrijven van de akte, voor betrokken partijen grote juridisch en financiële consequenties kan hebben.

4.4 Jurisprudentie ex artikel 24 Wvg

Naast de wet, de wetsgeschiedenis en de interpretatie er van door de verschillende partijen (gemeenten, notarissen, particulieren (aannemers, grondeigenaren, adviseurs) wordt er vaak veel duidelijkheid gegeven over wetsuitleg door de rechtsprekende instanties. Hieronder volgt een opsomming van arresten waarin specifiek artikel 24 Wvg aan de orde was.

Rechtbank

*Rb Utrecht (civiel) 30 december 1999 registratienummer 108367/KG ZA 99-1234/BL
Gemeente Veenendaal / Van Stempvoort*

⁹ Zo bleek uit het arrest Gemeente Veenendaal / Van Stempvoort. Rb Utrecht (civiel) 30 december 1999 reg.nr. 108367/KG ZA 99-1234/BL.

In geding is een notaris die zijn medewerking weigert t.a.v. het passeren van een akte tussen een particuliere grondeigenaar en een woningstichting. Op het onderhavige perceel is een voorkeursrecht van toepassing. De betreffende makelaar heeft, conform de Wvg, het perceel aan de gemeente aangeboden, die vervolgens een beginselbesluit tot aankoop heeft genomen, echter dit wordt partijen pas na 8 weken schriftelijk meegedeeld. Van belang zijnde overweging staat in rechtsoverweging (r.o.) 4.4 van het arrest die vrij vertaald op het volgende neerkomt. Gemeente heeft inderdaad te laat gereageerd waardoor het partijen vrij staat om de grond aan een derde (woningstichting in casu) te vervreemden. Er zijn geen feiten of omstandigheden die nu aan de overdracht in de weg staan. Het feit dat de gemeente een artikel 26 Wvg procedure heeft aangekondigd staat hieraan niet in de weg. Vervolgens overweegt de rechtbank: *'Al aangenomen dat die procedure kans van slagen heeft, hetgeen op grond van hetgeen hiervoor aan de orde is geweest niet bij voorbaat het geval lijkt, doet zulks niet af aan het feit dat zolang in die procedure geen (eind)beslissing zal zijn gegeven de transactie tussen Van Stempvoort en de SCW rechtsgeldig moet worden geacht.'*

Kortom, er is sprake van een rechtsgeldige transactie en na het passeren van een dito overdracht totdat in het eindvonnis van de artikel 26 Wvg procedure anders is beslist, waarbij op voorhand niet is gezegd dat de gemeente succes zal behalen in deze procedure.¹⁰ In beginsel is het goed (op voorhand) onvervreemdbaar doordat er tijdig een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd. Echter, ook als er een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd, is er binnen het regime van de Wvg onder bepaalde omstandigheden zeer zeker een rechtsgeldige vervreemding mogelijk. Voor die situaties geldt de blokkering door het voorkeursrecht van de Wvg dan niet. Één van deze omstandigheden is het laten verlopen van een fatale termijn door de gemeente. De zienswijze van de rechter wijkt in deze zaak aanmerkelijk af van het nieuwe wetsvoorstel 31.285 (Vereenvoudiging bekendmaking en aanbestedingsprocedure). In dit voorstel wordt een eigenaar bij een rechtsgeldig voorkeursrecht automatisch onbevoegd, ongeacht de te ondernemen handeling, ook als de akte al verleden is, zie voor verdere behandeling van dit wetsvoorstel hoofdstuk 6.

Rb Den Haag 8 december 2004 nummer 1179/B

In dit arrest overweegt de rechter dat als het notarieel controle mechanisme van artikel 24 Wvg zijn werking heeft kunnen doen, dat dan artikel 26 Wvg niet meer kan worden toegepast.

Rb Haarlem 24 april 2007 rekestnummer 129929 (gemeente Zaanstad)

In deze zaak verzoekt de gemeente Zaanstad om een nietigverklaring van de leveringsakte waarin een perceel grond van eigenaar is gewisseld. Op het betreffende perceel grond rustte ten tijde van het verzoek een voorkeursrecht. De rechtbank overweegt als volgt (r.o. 5.7): *'De rechtbank is van oordeel dat uit de hiervoor aangehaalde wetgeschiedenis en jurisprudentie volgt dat de strekking van artikel 26 Wvg uitsluit dat deze bepaling aan de gemeente de bevoegdheid verschaft om de nietigheid in te roepen van een door de notaris gepasseerde akte van levering. Indien de gemeente van mening is dat door de notaris ten onrechte een verklaring als bedoeld in artikel 24 Wvg is afgegeven, dan zal de gemeente de notaris in een civiele dan wel tuchtrechtelijke procedure dienen aan te spreken.'*

Kortom, artikel 26 Wvg kan niet worden ingezet om een leveringsakte, waar op grond van artikel 24 Wvg een voetverklaring is opgenomen, nietig te laten verklaren.

¹⁰ Niet vergeten moet worden dat het hier een uitspraak betreft van voor 2002, nog gewezen onder de vigeur van het 'oude' artikel 26 Wvg, waarbij nog sprake was van het gemeentelijk belang criterium. Onder het huidige artikel zou de zienswijze van de rechter in deze anders kunnen zijn geweest.

Hof

Hof Den Haag 16 juni 2005 rekestnummer R05/269

Deze uitspraak van het hof is een gevolg van het hoger beroep dat is ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag van 8 december 2004 nr. 1179/B, zoals hierboven behandelt. In het betreffende vonnis overweegt het hof als volgt: *'Uit de tekst van dit artikel noch uit de wetsgeschiedenis of jurisprudentie blijkt dat artikel 26 Wvg geen werking heeft als op grond van artikel 24 Wvg vervreemding voorkomen had kunnen worden'*. Het hof zegt dus met zoveel woorden, in tegenstelling tot de rechtbank, dat ook al is artikel 24 Wvg in beeld geweest en heeft er een (rechtsgeldige) overdracht plaatsgevonden dat zulks er niet aan in de weg staat om door een gemeente alsnog een beroep te doen op artikel 26 Wvg. Volgens Snoep zou een andere uitleg er toe leiden dat de rechter buitenspel gezet zou kunnen worden door een notaris. Volgens Snoep kan dit uiteraard niet het gevolg zijn van artikel 24 Wvg (Snoep, 2007).

Over de mening van het hof Den Haag en Snoep kan verschillend worden gedacht. In de parlementaire geschiedenis is uitdrukkelijk bepaald dat artikel 26 Wvg een vangnetbepaling is. In het amendement dat geleid heeft tot het opnemen van deze bepaling staat het als volgt omschreven: *'Het is mogelijk, de beschikkingsmacht over onroerend goed economisch te vervreemden – of wel in juridisch opzicht of wel in economisch opzicht – zonder dat het onroerend goed zelve wordt overgedragen.'* (Kamerstukken II 1976/77, 13 713, nr. 24).

Uit deze passage valt af te leiden, zoals de rechtbank ook terecht overweegt, dat als artikel 24 Wvg in beeld is, aan artikel 26 Wvg niet meer kan worden toegekomen. Alleen bij overdrachten die voortvloeien uit een verkoop (of een ruiling) komt de notaris verplicht in beeld, willen partijen juridisch gezien een succesvol vervolg geven aan hetgeen beoogd is. De notaris is alleen in deze situatie bij machte om als handhaver van het voorkeursrecht op te treden, bij alle andere vormen van vervreemding is hij dat veelal niet c.q. komt de notaris niet in beeld. Hier wordt dan bedoeld andere vormen van vervreemding waarbij de onroerende zaak zelf niet wordt overgedragen. Gedacht kan worden aan een samenwerkingsovereenkomst tussen partijen waarvan onroerende zaken een onderdeel uitmaken of een aandelenoverdracht van een BV waarin een onroerende zaak zit waarop een voorkeursrecht rust.

Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2002 Deurne KG c 0101076/HE (gemeente Deurne)

In geding is een notaris die zijn medewerking weigert, omdat dit volgens zijn bevindingen moet. Hiertoe is hij wettelijk ook verplicht o.g.v. de Wet op het notarisambt. Hij is de mening toegedaan dat hij de akte niet kan passeren, omdat er anders strijd met de Wvg ontstaat. In r.o. 4.3.5 overweegt het hof het volgende: *'Evenmin is van belang of de gemeente een verzoek ex artikel 26 Wvg heeft ingediend. De gemeente heeft hierbij immers geen belang, nu zij een gemeentelijk voorkeursrecht op de percelen heeft en haar positie wordt veiliggesteld door het notariële toetsingsmechanisme van artikel 24 Wvg.'*

Uit deze overweging zou kunnen worden herleid dat aan artikel 26 Wvg niet wordt toekomen als de in het geding zijnde rechtshandeling onderworpen is aan het notariële toezicht van de notaris op grond van artikel 24 Wvg.

HR

Uit dit onderzoek is na voren gekomen dat er tot op heden nog geen specifieke uitspraak met betrekking tot artikel 24 Wvg van de Hoge Raad der Nederlanden is.¹¹

¹¹ Dit geldt voor alle uitspraken gepubliceerd tot 23-5-2009.

4.5 Conclusie ten aanzien van artikel 24 Wvg

Als partijen onderling, bijvoorbeeld een koopovereenkomst hebben gesloten, zullen zij deze akte aan een notaris aanbieden. Zij verlangen dan zijn ministerie voor het maken van een leveringsakte waarbij het uiteindelijke doel is dat de eigendom van het betreffende goed, juridisch gezien, overgaat van A naar B. De notaris die deze opdracht uitvoert zal een leveringsakte moeten opmaken die voldoet aan de wettelijke vereisten, wil het stuk uiteindelijk ingeschreven worden in de openbare register van de dienst voor het Kadaster. Of er nu wél of gèèn voorkeursrecht van kracht is, een van de eisen is dat de notaris op de akte een notariële voetverklaring plaatst o.g.v. artikel 24 Wvg, waarin met zoveel woorden staat dat er geen levering plaatsvindt in strijd met de Wvg. De notaris ‘handhaaft’ het gemeentelijke voorkeursrecht en zal deze voetverklaring pas plaatsen als hij naar bevind van zaken tot de conclusie gekomen is dat er geen levering plaatsvindt in strijd met de Wet voorkeursrecht gemeenten. Het ontbreken van zo’n verklaring heeft tot gevolg dat de bewaarder van de openbare registers de akte niet inschrijft. Het juridische gevolg is dat de eigendom niet van eigenaar is gewisseld. Daarbij zij opgemerkt dat de notaris bemoeilijkt wordt in zijn recherche door het feit dat inschrijving van het voorkeursrecht geen constitutief vereiste is. Alsook dat door invoering van de Wet elektronische bekendmaking (Web), waardoor de Staatscourant digitaal wordt uitgegeven, er een gat ontstaan is in kenbaarheidsmoment en inwerkingstredingdatum van minimaal één dag. Voor de praktijk (vooral voor gemeenten) kan dit een nadelig gevolg hebben. De oplossing hiervoor wordt gezocht in of het aanpassen van artikel 7 of het aanpassen van de Web

Kortom, het besluit waarin is besloten tot een aanwijzing of vestiging van een voorkeursrecht in het kader van de Wvg hoeft niet verplicht in de openbare registers te worden ingeschreven om tot een rechtsgeldige aanwijzing of vestiging van een voorkeursrecht te komen. Het betreffende voorkeursrecht geldt wel, ook al was het niet uit de registers kenbaar. Daarnaast is het juridisch gezien ook afdwingbaar voorzover in strijd met het voorkeursrecht (de Wvg) is gehandeld. Hierbij moet de notaris scherp opletten tussen een voorkeursrecht dat al kenbaar is uit de Staatscourant, maar mogelijk pas één dag later werking heeft, afhankelijk van het moment waarop hij zijn recherche pleegt. In het voorkomende geval dat de notaris twijfelt of hij wel of niet een voetverklaring moet plaatsen op de akte doet hij er verstandig aan, mede in het licht van eventuele tuchtrechtelijke (o.a. uitzetting uit het ambt) of civielrechtelijke gevolgen (schadeclaims), zijn medewerking hieraan niet te verlenen, maar te weigeren. Partijen die hiervan nadeel ondervinden of het hier niet mee eens zijn kunnen altijd een civiel- of tuchtrechtelijke procedure starten om de notaris langs deze wijze tot medewerking te laten veroordelen, mits zij door het rechtsprekende orgaan in het gelijk worden gesteld

De jurisprudentie die specifiek over artikel 24 Wvg gaat is niet overvloedig te noemen. Het gaat om een beperkt aantal arresten, waarvan het overgrote deel ook nog eens niet gepubliceerd is in de databank voor de Raad van de Rechtspraak. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat daarin alleen die uitspraken gepubliceerd worden die voldoende juridisch relevant zijn en tevens een grote maatschappelijke belangstelling hebben, daarnaast speelt het kostenaspect ook mee gezien de hoeveelheid uitspraken die er jaarlijks zijn. Hieronder de conclusie naar lezing van de arresten, zoals gewezen door de verschillende rechtbanken en hoven. De rechtbanken zijn unaniem van mening dat, door de notaris gepasseerde leveringsakten waarop een artikel 24 Wvg verklaring is geplaatst niet meer nietig kunnen worden verklaard op grond van artikel 26 Wvg. Artikel 26 Wvg is bedoeld als vangnetbepaling om rechthandelingen te kunnen aantasten waarbij voorafgaand notarieel toezicht niet wettelijk verzekerd is. De twee relevante uitspraken van de hoven die er zijn, kunnen als tegenstrijdig aan elkaar worden gezien.

Hof Den Haag ziet geen bezwaar om een leveringsakte te vernietigen op grond van artikel 26 Wvg en gaat hiermee voorbij aan het notariële toezicht. Hof 's-Hertogenbosch overweegt dat wanneer artikel 24 Wvg aan de orde is, aan artikel 26 Wvg niet meer wordt toegekomen. Deze uitspraak is ook in lijn met de parlementaire- en wetsgeschiedenis. De notaris houdt preventief toezicht. Daar waar dit niet mogelijk is biedt artikel 26 Wvg uitkomst om door de gemeente repressief toezicht te houden.

Los van het feit of artikel 26 Wvg nu wel of niet ingezet kan worden om een leveringsakte nietig te laten verklaren staat het partijen altijd vrij om de notaris (indien deze laakbaar of verkeerd gehandeld heeft) in rechte te betrekken door middel van een civiele - of tuchtrechtelijke procedure. Uiteraard kan een gemeente ook altijd de handelende partijen (verkoper en koper) die haar benadeeld hebben in rechte betrekken, namelijk door het starten van een civiele procedure tegen deze partijen.

Hoofdstuk 5 Artikel 26 Wvg

In dit hoofdstuk wordt in paragraaf 5.1 ingegaan op artikel 26 Wvg in zijn algemeenheid, waarbij eerst het gemeentelijk belang criterium wordt behandeld zoals dat gold tot 2002 en vervolgens de bepaling in zijn huidige vorm aan bod komt. In paragraaf 5.2 wordt de actuele jurisprudentie genoemd rondom artikel 26 Wvg, voorzover zij relevant is in het kader van dit onderzoek. Vervolgens sluit paragraaf 5.3 dit hoofdstuk af met de conclusies die uit het voorgaande kunnen worden getrokken.

5.1 Artikel 26 Wvg en de nietigheid van rechtshandelingen

Artikel 26 Wvg is in de loop der tijd verschillende keren gewijzigd. In de historie van deze bepaling zijn twee belangrijke momenten te onderkennen. In het begin kende dit artikel een aantal in de bepaling zelf limitatief opgesomde transacties waarvan de nietigheid kon worden ingeroepen. In deze paragraaf beperken we ons tot de twee meest recente (en ingrijpendste) wijzigingen. Namelijk de bepaling zoals die voor 2002 was en vervolgens hoe deze na 2002 luidt.

Van 1996 tot 2002 luidde de bepaling als volgt:

*‘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.’*

Het zo genoemde ‘belang criterium’ is na 2002 uit de wet geschrapt. Dit had tot gevolg dat als de gemeente een nietigheidsactie instelde deze vaker kon worden toegewezen. Tot 2002 strandden veel acties van de gemeente omdat de eigenaar al dan niet met behulp van een ontwikkelaar / bouwer in staat en veelal bereid was om de nieuwe bestemming “zelf” te realiseren. Volgens vaste rechtspraak hield de gemeente dan geen belang meer bij het voorkeursrecht, omdat gerealiseerd werd wat door de gemeente beoogd was. E.e.a. is door de rechter nog uitgewerkt met nadere criteria, zo moest de eigenaar niet alleen bereid zijn om de bestemming te realiseren, maar hiertoe ook in staat zijn en er voldoende ervaring mee hebben. Als laatste criterium kan nog gelden dat de eigenaar / ontwikkelaar bereid moet zijn om afspraken te maken met de gemeente in die mate dat de gerechtvaardigde belangen van de gemeente voldoende worden gewaarborgd. Een van de aspecten hierbij is dat de eigenaar / ontwikkelaar met de gemeente de onderhandelingen aangaat of althans hiertoe de gemeente de kans biedt. Op haar beurt mag de gemeente deze onderhandelingen niet zonder goede grond weigeren en mag zij, in de situatie dat geen overeenstemming is bereikt, geen eisen hebben gesteld die zij met inachtneming van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet mocht stellen (Mus, 2001; Wijmen, 2001).

Er is duidelijk verband tussen het feit dat vanaf 1996 alle gemeenten gebruik konden maken van de Wvg en het aantal constructies dat bedacht is (door marktpartijen) om het voorkeursrecht te ontgaan / te omzeilen. Deze constructies namen vanaf 1996 namelijk (aanzienlijk) toe.

Daar de formulering van artikel 26 Wvg, zoals die tot 2002 gold, aan duidelijkheid te wensen overliet, kon het niet anders of er moest rechtersrecht komen over de interpretatie hiervan. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad der Nederlanden (HR) zich over verschillende zaken gebogen en kwam zij in november 2000 met een reeks van uitspraken (arresten).

Hieruit viel de volgende lijn te achterhalen: '(...) *Dat van een afbreuk doen aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie slechts sprake kan zijn, indien voldoende aannemelijk is dat, als de partijen bij de overeenkomst niet deze overeenkomst hadden gesloten maar een overeenkomst die tot vervreemding van de gronden zou hebben gestrekt, de gemeente van het voorkeursrecht gebruik zou hebben gemaakt en zo mogelijk tot aankoop van de gronden zou zijn overgegaan. (...) Artikel 26 lid 1 vereist niet slechts dat door de rechtshandeling afbreuk wordt gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente, maar tevens dat afbreuk wordt gedaan aan het belang dat de gemeente bij die voorkeurspositie heeft. (...) Het hangt van het gevoerde c.q. voorgenomen beleid af, welke belangen in het concrete geval in aanmerking moeten worden genomen. Wanneer voldaan is aan het tweede vereiste, zal echter in beginsel kunnen worden aangenomen dat de overeenkomst afbreuk doet aan het concrete belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie. Dit kan evenwel anders zijn, indien de partijen bij de overeenkomst de bedoeling hebben om de nieuwe bestemming zelf te verwezenlijken.*'

Volgens de Hoge Raad is uit de parlementaire geschiedenis op te maken dat aan de Wvg ten grondslag ligt de opvatting: '*Dat het gemeentelijk voorkeursrecht een instrument is dat ten dienste staat aan de tijdige realisering van de bestemming en dat als die bestemming verwezenlijkt (wordt) door anderen dan de gemeente, de gemeente niet zonder meer nog belang heeft bij het hanteren van dat instrument. Dit wordt niet anders, wanneer de verwezenlijking van de bestemming geschiedt voor rekening en risico van een ander dan de eigenaar.*'

Verder overwoog de Hoge Raad dat: '*Het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie mede gelegen kan zijn in de betekenis ervan voor de uitoefening van een regiefunctie bij de verwezenlijking van de bestemming. Indien de gemeente deze regiefunctie inderdaad wil uitoefenen, zal niet op de enkele grond dat de overeenkomst tot doel heeft de toegedachte bestemming uit te voeren, geoordeeld kunnen worden dat de overeenkomst geen afbreuk doet aan het belang van de gemeente bij haar voorkeurspositie. Daartoe zal dan tevens moeten komen vast te staan dat de partijen bij de overeenkomst - of althans een van hen - niet slechts bereid zijn om de nieuwe bestemming te verwezenlijken, maar tevens dat (a) zij daartoe financieel en anderszins - al dan niet met behulp van derden - inderdaad in staat zijn en zij voorts zich bereid hebben verklaard om zich op een zodanige wijze jegens de gemeente 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 zijn gewaarborgd, doch (b) de gemeente dit aanbod zonder goede grond van de hand heeft gewezen, dan wel tussen de gemeente en de bedoelde partijen geen overeenstemming is bereikt omdat de gemeente harerzijds eisen stelt die zij met inachtneming van de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet mocht stellen'* (HR 10 en 17 november 2000, BR 2001, p. 128 e.v., Creemers, 2007). Of vorenstaande het geval is, zal niet steeds binnen de in artikel 26 lid 2 Wvg bedoelde termijn kunnen worden vastgesteld. Zonodig zal de gemeente tot bewaring van haar recht binnen deze termijn een verzoek tot vernietiging van de overeenkomst kunnen indienen.

Uit het voorgaande komt in ieder geval duidelijk naar voren dat de gemeente niet altijd een geslaagd beroep op artikel 26 Wvg kan doen om elke rechtshandeling (lees: vastgoedtransactie) die haar onwelgevallig is ongedaan te maken. De regering voelde **niet** de behoefte om de wet aan te passen, maar toch werd deze wel aangepast n.a.v. initiatief wetsvoorstel van Depla c.s.¹²

¹² Voorstel van wet van de leden Depla, Ravestein, Van Wijmen, Duivesteijn en Biesheuvel tot wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten nr. 27.750.

In 2002 werd de bepaling aangepast en werden de woorden “het belang van de gemeente bij” geschrapt. Vanaf toen luidt lid 1 van artikel 26 als volgt:

‘Een gemeente kan de nietigheid inroepen van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in deze wet geregelde voorkeurspositie.’

Dat hierdoor de bepaling een ruimere toepassing krijgt c.q. er door de gemeente vaker een geslaagd beroep kan worden gedaan op artikel 26 Wvg om bepaalde rechtshandelingen ongedaan te maken is evident.

Voldoende is nu dat de gemeente aantoont dat de gewraakte rechtshandeling afbreuk doet aan de in Wvg geregelde voorkeurspositie. Dit komt er in de praktijk op neer dat zodra sprake is van enige overdracht (waaronder ook valt een gedeeltelijke overdracht) van de beschikkingsmacht en het economisch belang (winst, risico, enz.) wordt overgedragen aan een derde (rechtspersoon of natuurlijk persoon) maar waarbij geen juridische vervreemding plaatsvindt deze rechtshandeling voor vernietiging in aanmerking komt. De pure vervreemding wordt immers al geblokkeerd door het voorkeursrecht behoudens de uitzonderingen in artikel 10 lid 2 en 3 Wvg (MvT zoals gewijzigd n.a.v. advies Raad van State (RvS), 27750, nr. 5). Bij de parlementaire behandeling werd door de initiatiefnemers desgevraagd geantwoord dat het beginsel van zelfrealisatie geheel onaangetast blijft.

Kortom, in de Memorie van Toelichting staat duidelijk omschreven, zei het in andere woorden, dat artikel 26 Wvg een vangnetbepaling is en dus niet ziet op overdrachten / vervreemdingen waarbij de notaris in beeld is geweest en een voetverklaring heeft geplaatst o.g.v. artikel 24 Wvg. Een scherp onderscheid moet worden gemaakt tussen de bevoegdheid van een eigenaar om over zijn zaak te beschikken en de mogelijkheid die hij heeft om de zaak over te dragen (Bartels, 2001). De eigenaar heeft dus niet de mogelijkheid om de zaak over te dragen, omdat deze onvervreemdbaar is geworden, tenzij er sprake is van een uitzonderingssituatie (vrijstellingsmogelijkheid). Wel behoudt hij de bevoegdheid om over de zaak te beschikken en die handelingen te doen die voor normaal beheer noodzakelijk zijn.

5.2 Hoe gaat het inroepen van artikel 26 Wvg in zijn werk?

Op enig moment komt een gemeente er achter dat de eigendom van eigenaar verwisselt is (bijvoorbeeld doordat zij afschrift van de akte heeft ontvangen of bij een kadastrale check voor hervestiging van het voorkeursrecht). De gemeente zal zich dan beraden welke actie zij gaat ondernemen om dit ongewenste effect terug te draaien. Als een gemeente ontdekt dat er in strijd het met voorkeursrecht c.q. de te volgen procedure een transactie heeft plaatsgevonden, waarmee zij zich niet kan verenigen, komt zij al snel uit bij artikel 26 Wvg. Als de gemeente van dit artikel gebruik wil maken moet zij niet tot in het oneindige wachten om actie te ondernemen. De gemeente moet o.g.v. artikel 26 lid 2 Wvg binnen 8 weken na kennisneming van het afschrift van het betreffende feit het verzoek tot nietigverklaring indienen bij de rechtbank. Dit is een fatale termijn die de rechtszekerheid van beide partijen dient. Dit artikel stelt gemeenten in staat om de nietigheid in te roepen van rechtshandelingen die met de kennelijke strekking zijn gedaan om afbreuk te doen aan haar voorkeurspositie, zoals geregeld in de Wvg. Het door een notaris passeren van een akte, waarmee de eigendom van eigenaar verwisselt zou kunnen worden gezien als rechtshandeling die afbreuk doet aan de gemeentelijke voorkeurspositie. Vervolgens wordt door de rechter een uitspraak gedaan of de betreffende (rechts) handeling inderdaad afbreuk doet aan het voorkeursrecht zoals dat bij wet (Wvg red) is geregeld.

Echter, zoals hiervoor en hierna ook gesteld zal worden en bewezen na aanleiding van recente jurisprudentie, krijgt artikel 26 Wvg een steeds ruimere uitleg. En wel in die zin dat het door gemeenten steeds vaker aangegrepen wordt om maar elke handeling ongedaan te laten maken die haar onwelgevallig is. Dit is niet de bedoeling geweest van de wetgever met dit artikel, omdat artikel 26 Wvg volgens de parlementaire geschiedenis een vangnetbepaling is. D.w.z. zij ziet op alle andere rechtshandelingen dan overdrachten waarbij de notaris verplicht in beeld komt.

Deze uitleg strookt met de wet- en rechtskundige principes. Immers, bij overdracht is sprake van notarieel toezicht. De notaris is op het moment dat er een overdracht plaatsvindt en er logischerwijs een leveringsakte moet worden opgemaakt handhaver van het voorkeursrecht. Op dat moment toetst hij of er sprake is van voorkeursrecht en indien dat zo is of er een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsbepaling. Als de notaris hierin onbewust een fout maakt is het beoogde effect, eigendomsoverdracht, niet ingetreden als er wel een rechtsgeldig voorkeursrecht was gevestigd, maar de notaris dit niet heeft waargenomen in zijn recherche. Reden voor deze uitleg is omdat een voorkeursrecht een goed in de kern onvervreemdbaar maakt. Was er geen rechtsgeldig voorkeursrecht dan heeft de eigendomsoverdracht wel plaatsgevonden. In die gevallen is dat misschien jammer voor de gemeente, maar kan zij niet met een beroep op artikel 26 Wvg, alsnog de transactie ongedaan laten maken. Als de gemeente een fout gemaakt heeft en het voor de notaris, die zijn werk goed gedaan heeft, niet kenbaar was, mag artikel 26 Wvg niet aangegrepen worden door de gemeente om een ongewenste transactie ongedaan te maken. Vergeet niet dat de notaris verplicht is de akte te transporteren nu de wet daaraan niet in de weg staat. Het geheel houdt stand en heeft slechts kunnen plaatsvinden doordat de gemeente een 'fout' heeft gemaakt.

Het enige wat de gemeente dan nog rest is een civiele dan wel tuchtrechtelijke procedure tegen een eventuele schuldlige hieraan, indien zij dit niet zelf is (bijvoorbeeld indien zij de Wvg heeft laten vestigen door een bureau). Indien anders gehandeld wordt schaadt dit de rechtszekerheid en kan ook ongewenste gevolgen hebben voor het financiële (vastgoed) verkeer, waarbij gedacht kan worden aan hypotheekverstrekkers. Deze kunnen voorzichtiger worden in de kredietverstrekking als (achteraf) blijkt dat de eigendom toch nog bij de vervreemder is gebleven. Zij moeten en mogen er op vertrouwen dat hetgeen in de leveringsakte staat juist is en niet dat zo'n transactie achteraf op enige onzeker moment alsnog kan worden teruggedraaid.

5.3 Jurisprudentie ex artikel 26 Wvg

De jurisprudentie over artikel 26 Wvg is veelomvattend en onderling erg uiteenlopend te noemen. Daarom wordt in de navolgende tekst die jurisprudentie behandeld zoals die ontstaan is naar de wetwijziging in 2002, zie hiervoor paragraaf 5.1. Een uitzondering hierop vormt het zeer belangrijke arrest van de HR van 9 april 1999 (Moonen/Gemeente Weert). Een verdere inperking wordt gedaan door binnen deze selectie slechts die jurisprudentie te kiezen die relevant is in het kader van dit onderzoek. Dit betreft vooral artikel 26 Wvg in samenhang met artikel 24 Wvg dan wel artikel 26 Wvg jurisprudentie in relatie tot de vernietiging van andere rechtshandelingen, die relevant zijn bij de beantwoording van de vraagstelling van dit onderzoek.

Overige zaken waarin een beroep op artikel 26 Wvg is gedaan

T.a.v. de andere terreinen waarbij artikel 26 Wvg sinds de wetwijziging in 2002 is ingezet kan worden gesteld dat het artikel goed zijn werk doet, vooral ten gunste van de gemeente. Nagenoeg alle bekende uitspraken waarbij dit artikel is ingezet hebben er toe geleid dat de rechterlijke macht keer op keer de uitspraak heeft gedaan dat er sprake was van een -

(rechts)handeling verricht met de *'kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar (de gemeente red.) in deze wet geregelde voorkeurspositie'*. Het vaakst wordt een beroep gedaan op artikel 26 Wvg door gemeenten om zogenaamde samenwerkings-/

projectontwikkelingsovereenkomsten te laten vernietigen. In de lagere rechtspraak is daarin een standaardlijn te ontdekken die recent is bevestigd door de Hoge Raad der Nederlanden in HR 27 juni 2008 Christianen en Zuidertuin / Gemeente Etten-Leur LJN BD1381.

De in dit arrest genoemde overweging luidt als volgt: *'(..)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 (..)'* (r.o. 4.2).

Zoals hiervoor al is geconstateerd kan de gemeente dus bijna altijd een succesvol beroep doen op artikel 26 Wvg daar waar het geen vervreemdingen betreft. Van 2002 tot nu is er één arrest waarin dit beroep niet slaagde en dat was in de zaak Waddinxveen / Roggeveen Piso, LJN: BC 0917, Rechtbank 's-Gravenhage 19 december 2007, 294492 / HA RK 07-985. Hierin overweegt de rechtbank in r.o. 3.9: *'Geconcludeerd dient te worden dat de overeenkomsten geen constructie behelzen die resulteert in een vervreemding van de percelen zonder dat deze eerst overeenkomstig artikel 10 Wvg aan de gemeente zijn aangeboden. De overeenkomsten voorzien erin dat de feitelijke beschikkingsmacht in handen van de eigenaren blijft. Dit betekent dat ook het economisch belang niet is overgedragen. De overeenkomsten hebben derhalve niet de kennelijke strekking afbreuk te doen aan het gemeentelijke voorkeursrecht. Het verzoek zal worden afgewezen.'*

Kortom, het betrof slechts een volmacht van de eigenaren richting het architectenbureau. Daarnaast kan hieruit de conclusie worden getrokken dat zowel het economisch belang alsook de feitelijke beschikkingsmacht over moeten na die derde(n). Als slechts één van de twee overgaat zal het beroep niet slagen en is er geen sprake van constructie die afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente.

In dit hoofdstuk zijn geen arresten aangehaald waarbij jurisprudentie is gevormd van andere situaties waar artikel 26 Wvg (succesvol) voor is ingezet. Kortom, in het navolgende worden slechts die arresten weergegeven die relevant zijn voor een antwoord op de onderzoeksvraag.

Rechtbank

Rb Haarlem 24 april 2007 rekestnummer 129929 HA RK 06-124 (Voorkeursrecht Zaanstad)
Het betreft in deze zaak de situatie waarin een notaris een voetverklaring heeft geplaatst en de gemeente Zaanstad de mening is toegedaan dat dit ten onrechte is gebeurd. Uit dit arrest volgt dat indien een gemeente een eigendomsoverdracht betwist er een bepaalde procedure gevolgd moet worden die op het volgende neerkomt. De gemeente zal eerst aan de rechter de betwiste rechtshandeling voor moeten leggen, d.w.z. de notaris dagen en vragen om een verklaring voor recht. In casu of er nu wel of niet terecht een voetverklaring door de notaris is geplaatst. De uitspraak die dan gedaan wordt kan worden gebruikt om bij het Kadaster de situatie te laten wijzigen. Het is dus naar aller waarschijnlijkheid niet mogelijk om een rechtstreeks verzoek tot vernietiging van de gewraakte rechtshandeling in te dienen o.g.v. artikel 26 Wvg. De rechtbank zal de gemeente dan, bij het niet volgen van voornoemde procedure, niet ontvankelijk verklaren (Bosma, 2008). Het voorgaande stoelt mede op de volgende passage uit het arrest r.o. 5.7: *'De rechtbank is van oordeel dat uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis en jurisprudentie volgt dat de strekking van artikel 26 Wvg uitsluit dat deze bepaling aan de gemeente de bevoegdheid verschaft om de nietigheid in te roepen van een door de notaris gepasseerde akte van levering.'*

Indien de gemeente van mening is dat de door de notaris ten onrechte een verklaring als bedoeld in artikel 24 Wvg is afgegeven, dan zal de gemeente de notaris in een civiele dan wel tuchtrechtelijke procedure dienen aan te spreken.'

De rechtbank bevestigt hier dus met zoveel woorden dat artikel 26 Wvg niet bedoeld is om notariële fout(en) te herstellen (Kamerstukken II 1976/1977, 13.713, nr. 9, p.37, als ook: Sluysmans, 2007 en Hoekstra, 2000).

Hof

Hof Arnhem 9 maart 2004 nummer 773/03 artikel 26 BR 2005/49 (gemeente Harderwijk)

Het betreft hier de situatie dat een gemeente, te weten Harderwijk, een voorkeursrecht heeft gevestigd en dat ondanks dit voorkeursrecht een notaris toch een akte transporteert. De gemeente doet een beroep op artikel 26 Wvg om de juridische leveringsakte nietig te laten verklaren. Achteraf bleek dat het voorkeursrecht per vergissing niet was ingeschreven in de openbare registers van het Kadaster. Het hof overweegt in r.o. 4.9 als volgt: *'Het voorkeursrecht is ten onrechte niet terstond in het kadastrale register vermeld, zodat de notaris bij controle in het kadaster niet is gebleken van het bestaan van het voorkeursrecht en hij dientengevolge de zogeheten "voetverklaring" als bedoeld in art. 24, lid 1, Wvg in de leveringsakte heeft opgenomen. De vraag of zulks in de weg staat aan toewijzing van het verzoek moet ontkennend worden beantwoord. De vermelding van het voorkeursrecht in het kadaster is geen constitutief vereiste voor het bestaan van het voorkeursrecht. Art. 4, lid 3, laatste zin, Wvg bepaalt dat art. 3:24, lid 1, BW (ingevolge welke bepaling een derde wordt beschermd tegen onvolledigheid van de registers) niet van toepassing is.'*

Om vervolgens in r.o. 4.10 nog te overwegen in aansluiting op bovenstaande: *'Hoewel op het onderhavige perceel een voorkeursrecht rustte, heeft Brandsen in strijd met het bepaalde in art. 10, eerste lid, Wvg het perceel niet eerst aan de gemeente aangeboden. De gemeente is daardoor niet in de gelegenheid gesteld het perceel te verwerven. Zij heeft ook niet ingestemd met de thans gewraakte rechtshandelingen. In aanmerking genomen dat van de zijde van appellanten geen - gemotiveerd - verweer is gevoerd op dit punt, leidt het voorgaande tot de conclusie dat de gewraakte rechtshandelingen zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie.'*

Kortom, volgens het hof Arnhem kan de gemeente zich op artikel 26 Wvg beroepen als de notaris de leveringsakte verleden heeft en de notaris op dat moment (weliswaar door een fout) niet van een voorkeursrecht kennis kon nemen uit de openbare registers. In de onderhavige zaak speelt wel sterk mee dat de verkopende / kopende partij op de hoogte waren van een voorkeursrecht.

In dit arrest zitten een paar opmerkelijke overwegingen / uitspraken van het hof. Ten eerste de overweging dat de gemeente ontvankelijk is in haar verzoek. Het hof had ook de conclusie kunnen trekken dat de gemeente geen belang had bij haar verzoek. Nu achteraf blijkt dat er een voorkeursrecht gevestigd was. Immers, een vigerend voorkeursrecht maakt de zaak onoverdraagbaar, dus is de eigendom nooit van eigenaar verwisseld (zoals is overwogen in de hierna te behandelen uitspraak van de Hoge Raad van 9 april 1999 Moonen / gemeente Weert). Een ander opmerkelijk feit is de wijze waarop de notaris zijn ministerie heeft verleend, uitermate slecht of indien we het vriendelijker motiveren erg naïef en lijdelijk. Hij heeft slechts in de openbare registers gekeken, maar niet een check gedaan in de databank van het KNB t.a.v. Wvg publicaties in de Staatscourant. Hij had dan kunnen achterhalen dat er rechtsgeldig voorkeursrecht gevestigd was. Indien het hof het verzoek van de gemeente wegens gebrek aan belang had afgewezen had de gemeente overigens niet met lege handen gestaan, zij zou dus de notaris aansprakelijk hebben kunnen stellen en tevens het Kadaster (nu deze het voorkeursrecht niet hadden ingeschreven) (Mus, 2005).

Volgend in de lijn die hiervoor is weergegeven zou daarnaast de eigendom niet van eigenaar zijn verwisselt en de gemeente de mogelijkheid tot verwerving altijd hebben gehouden (tenzij de grondeigenaar een beroep op zelfrealisatie doet en aan de daaraan gestelde voorwaarden kan voldoen).

Hof Den Haag 16 juni 2005 rekestnummer R05/269¹³

Het hof overweegt dat: '(...) uit de tekst van dit artikel noch uit de wetsgeschiedenis of jurisprudentie blijkt dat artikel 26 Wvg geen werking heeft als op grond van artikel 24 Wvg vervreemding voorkomen had kunnen worden.' De conclusie die hieruit getrokken zou kunnen worden is dat het hof Den Haag in ieder geval de mening is toegedaan dat artikel 26 Wvg op alle rechtshandelingen ziet, dus ook op leveringshandelingen die de notaris verricht. Hierbij moet dan wel de kanttekening worden gemaakt dat (voor zover dit de juiste zienswijze is) dit geldt voorzover zij zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de gemeentelijke voorkeurspositie.

Hof Amsterdam 17 november 2005 LJN AV0127 (gemeente Heiloo)

Uit dit arrest volgt dat een beroep van de gemeente op vernietiging van een overeenkomst, omdat deze in strijd zou zijn met het voorkeursrecht, niet altijd slaagt. In het onderhavige geval niet omdat dit in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Het hof verwoordt het in r.o. 4.9 als volgt: 'Gelet op alle omstandigheden zoals hiervoor weergegeven gaat het hof er voorshands van uit dat de bodemrechter tot het oordeel zal komen dat het, mede gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de (gebleken afwezigheid van) relevante publieke belangen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de Gemeente zich tegenover geïntimeerde beroept op een voorkeursrecht, c.q. met een beroep op haar voorkeursrecht de uitvoering van de transactie tussen [X] en geïntimeerde tegengaat. Of dat voorkeursrecht formele rechtskracht heeft verkregen is daarbij zonder belang.'

Onder andere is dus essentieel dat de gemeente een voldoende publiek belang heeft bij de verwerving van de betreffende percelen waarop zij het voorkeursrecht vestigt. Zij hoeft dit niet meer aan te tonen met een tot in detail uitgewerkt plan (Snoep, 2007). Een globaal plan (neergelegd in welke planfiguur dan ook) of een concreet (beleids)voornemen volstaat en bij dat betreffende stuk is het dan voldoende dat aangetoond wordt dat de gewraakte handeling afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente.

Hoge Raad¹⁴

HR 9 april 1999 / NJ 2000/688 (Moonen / Gemeente Weert)

In dit interessante arrest van de Hoge Raad (HR) worden een aantal overwegingen gegeven t.a.v. de Wet voorkeursrecht gemeenten. Volgens de HR moet tot uitgangspunt worden genomen dat: '(...) de strekking van de Wet voorkeursrecht gemeenten is om, in de woorden van art. 6:252 lid 5 BW, een rechthebbende te beperken in zijn bevoegdheid een zaak te vervreemden indien aan de gemeente op de voet van de artt. 2 - 9a Wvg een voorkeurspositie met betrekking tot die zaak is verleend. Door deze strekking maakt de wet een uitzondering op het in art. 3:83 lid 1 BW verwoorde beginsel dat eigendom en zakelijke rechten - vrij - overdraagbaar zijn, behoudens de in deze bepaling bedoelde uitzonderingen' (r.o. 4.2.1.).

¹³ Dit is een hoger beroep geweest op het arrest van RB Den Haag december 2004 / nr. 1179/B dat behandeld is paragraaf 4.4.

¹⁴ Een specifiek arrest waarin de Hoge Raad der Nederlanden zich uitlaat over de verhouding artikel 26 Wvg ten opzichte van artikel 24 Wvg is tot op heden nog niet geweest. De hier weergegeven arresten dienen slechts om een aanwijzing / lijn te ontdekken in de zienswijze van de Hoge Raad vooral op die punten waar het raakvlakken heeft met de vraagstelling van dit onderzoek.

Het vorenstaande is tot op zekere hoogte niet helder c.q. vaag geformuleerd, bedoeld de HR nu dat de vervreemder niet bevoegd is of dat de zaak niet vervreemdbaar is doordat er een voorkeursrecht op rust. Een juiste zienswijze zou kunnen zijn dat de zaak in de kern niet (meer) vervreemdbaar is doordat er een voorkeursrecht op rust. Een deel van de auteurs uit de vakliteratuur is deze mening ook toegedaan. Gesteld kan dan worden dat door het voorkeursrecht de overdracht geblokkeerd wordt. Als deze zienswijze wordt voorgestaan is daarmee ook bevestigd dat het voorkeursrecht goederenrechtelijke werking heeft. De vraag of het voorkeursrecht ook goederenrechtelijke werking heeft wordt nog afzonderlijk behandeld in hoofdstuk 7. Het betrokken registergoed is volgens de HR dus niet overdraagbaar, zelfs niet als de notaris ten onrechte een voetverklaring plaatst en verdere medewerking verleent aan vervreemding. Het rechtsgevolg van eigendomsoverdracht treedt niet in.

Verderop in het arrest r.o. 5.3: 'Uit dit een en ander moet worden afgeleid dat de bepaling (artikel 26 Wvg red.) in het bijzonder ertoe strekt de gemeente de bevoegdheid te verschaffen de nietigheid in te roepen van handelingen waardoor afbreuk wordt gedaan aan de voorkeurspositie van de gemeente zonder dat de in art. 3:17 lid 1 onder a BW bedoelde rechtstoestand van het desbetreffende registergoed verandering ondergaat, zoals bijvoorbeeld de overeenkomst waarbij de rechthebbende aan een ander de "economische eigendom" van het goed verschaft. Dit leidt tot de gevolgtrekking dat noch de wetsgeschiedenis noch de strekking van art. 26 lid 1 dwingen tot een uitleg van deze bepaling in die zin dat zij de gemeente de bevoegdheid verschaft ook de nietigheid in te roepen van rechtshandelingen die zijn ingeschreven vóórdat de gemeente haar voorkeurspositie ten aanzien van het betrokken goed heeft verkregen. Een zodanige uitlegging van de bepaling dient te worden verworpen, omdat aanvaarding van de bevoegdheid van de gemeente om ook de nietigheid in te roepen van rechtshandelingen die zijn ingeschreven vóór het in art. 8a lid 2 bedoelde tijdstip waarop de gemeente haar voorkeurspositie verkrijgt, niet zou stroken met de rechtszekerheid die wordt beoogd met de, in Boek 3, Titel 2, neergelegde, regeling betreffende inschrijving van rechtsfeiten in de openbare registers.'

Hieruit kan worden gehaald dat door de notaris gepasseerde leveringsakten niet op grond van de Wvg nietig kunnen worden verklaard. Artikel 26 is bedoeld als vangnetbepaling om rechtshandelingen te kunnen aantasten waarbij voorafgaand notarieel toezicht die ziet op de juridische eigendomsoverdracht niet wettelijk is verzekerd. Daarnaast valt uit het bovenstaande te herleiden dat artikel 26 Wvg pas opgeld doet als het voorkeursrecht is gevestigd en niet voor vestiging al werking heeft (wat namelijk het hof had overwogen in het arrest voorafgaande aan dit hoger beroep). Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

5.4 Conclusie ten aanzien van artikel 26 Wvg na de wetwijziging in 2002

Het vorenstaande gelezen te hebben valt er een aantal conclusies te trekken t.a.v. artikel 26 Wvg. In het hierna volgende wordt eerst ingegaan op de samenwerkingsovereenkomsten vervolgens wordt ingegaan op de wetwijziging en het gevolg hiervan voor artikel 26 Wvg. Als laatste aspect komt aan de orde de conclusie die getrokken kan worden uit de recente jurisprudentie in relatie tot de onderzoeksvraag.

Allereerst dat er met betrekking tot zogenaamde samenwerkingsovereenkomsten die een aannemer/projectontwikkelaar afsluit met een grondeigenaar er haast geen werkbare constructies meer zijn die de toets der kritiek kunnen doorstaan.

Dat wil zeggen dat in nagenoeg alle gevallen de gemeente een succesvol beroep kan doen op art. 26 Wvg om het geheel ongedaan te maken, voorzover zij aantoont dat er een (rechts)handeling plaatsvindt die in strijd is met het door haar gevestigde voorkeursrecht.

Een notarieel gepasseerde leveringsakte wordt ingeschreven in de openbare registers en door de gemeente wordt na kennisneming hiervan besloten om een beroep te doen op artikel 26 Wvg. Binnen de jurisprudentie is tot aan de Hoge Raad hierin niet één lijn te ontdekken. De hoven zijn de mening toegedaan dat een beroep op artikel 26 Wvg wel kan, de rechtbanken zijn de mening toegedaan dat het niet kan (maar soms ook dat het wel kan). De uitleg van de Hoge Raad is het meest logische uitgangspunt om aansluiting bij te zoeken. Een goed waarop een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd wordt onvervreemdbaar. D.w.z. ook al vindt er een transactie plaats in strijd met het voorkeursrecht dan is de eigendom niet overgedragen aan een andere eigenaar, omdat het goed in de kern onvervreemdbaar is. Een onvervreemdbaar goed is, hoe simpel het ook klinkt, gewoon niet te vervreemden aan een derde. Zelfs niet als de notaris (onbewust) de gevraagde voetverklaring van artikel 24 Wvg heeft gezet.

Gesteld kan worden dat door het schrappen van de woorden "aan het belang van de gemeente" uit artikel 26 lid 1 Wvg in 2002, niet meer doorslaggevend is of het belang van de gemeente de nietigverklaring vergt, maar alleen of de rechtshandeling de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan het voorkeursrecht van de gemeente. Het gaat dus om het criterium of aan het doen ontstaan van een uitzonderingsgrond een rechtshandeling ten grondslag ligt die op voet van artikel 26 Wvg voor nietigverklaring in aanmerking kan komen. In de kern komt het neer op een interpretatieverschil. Dit verschil in interpretatie tussen twee partijen is het best tegen te gaan door een objectieve, maar rechtskundig verantwoorde, uitleg. Dit komt er op neer dat met de verschillende wetwijzigingen van artikel 26 Wvg wel een wijziging is beoogd om de nietigheid in te roepen van de aard van de verschillende rechtshandelingen, maar geen wijziging in de tijd is beoogd van het inroepen van de nietigheid. De uitgangspunten waarop artikel 26 Wvg ziet zijn nog altijd dezelfde althans zouden dit moeten zijn. Aanhakend bij de Hoge Raad komt dit er op neer dat artikel 26 niet van toepassing is op overdrachten (notariële vervreemdingen), maar op alle andere (rechts)handelingen (waarmee materieel het zelfde als vervreemding wordt beoogd). Waarbij als uitgangspunt moet worden genomen toetsing nadat er een (rechtsgeldig) voorkeursrecht is gevestigd. Geconstateerd wordt dat er een verandering gaande is in de toepassing van artikel 26 Wvg en daarmee de uitgangspunten verruimd worden. En wel in die mate dat het onderliggende artikel verkeerd c.q. te ruim wordt uitgelegd. Immers, in recente arresten, vooral afkomstig van de rechtbanken maar ook van de hoven, worden notariële aktes onderuitgehaald met een beroep op artikel 26 Wvg, hetgeen zowel wetstechnisch, als uit de parlementaire geschiedenis, maar ook uit de hogere jurisprudentie als onjuist moet worden gezien. De literatuur is verdeeld t.a.v. dit punt.

Kortom, als er sprake is van onjuiste overdracht zou deze leveringsakte dus **niet** met een beroep op artikel 26 Wvg onderuit moeten, maar meer op de volgende grondslag. Er is een goed vervreemd dat in de kern niet (meer) vervreemdbaar is, doordat er een voorkeursrecht op ligt. Dit leidt tot de conclusie dat de levering gebrekkig is geweest. Immers, er is geleverd door een beschikkingsonbevoegde. Er is in strijd gehandeld met artikel 3:84 BW, hetgeen tot de conclusie leidt dat er sprake is van nietigheid. Het resultaat hiervan is dat het rechtsgevolg niet is ingetreden. Andersom geredeneerd wordt dezelfde uitkomst verkregen. Het goed is onvervreemdbaar, dus niet meer voor overdracht vatbaar, omdat het geblokkeerd wordt door het voorkeursrecht. Dit leidt tot de conclusie dat het rechtsgevolg niet is ingetreden.

Wat resteert, is slechts een civiele procedure en voor zover nodig een tuchtrechtelijke procedure tegen de partijen die in strijd met het voorkeursrecht hebben gehandeld.

Het belang van het niet te ruim uitleggen c.q. toepassen van artikel 26 Wvg zit hem vooral in het feit dat anders de rechtszekerheid geschaad kan worden. Zulks kan vooral ongewenste gevolgen kan hebben voor het financiële (vastgoed)verkeer, waarbij met name gedacht kan worden aan hypotheekverstrekkers. Deze kunnen voorzichtiger worden in de kredietverstrekking als (achteraf) blijkt dat de eigendom toch nog bij de vervreemder is gebleven. Zij moeten er op kunnen vertrouwen en mogen er ook op kunnen vertrouwen, dat hetgeen in de leveringsakte van de notaris staat, juist is. Hetzelfde geldt voor de koper te goeder trouw en opvolgende partijen die na deze transactie geleverd krijgen.

Hoofdstuk 6 Heeft de toekomstige wetswijziging effect op de probleemstelling?

In hoofdstuk 6 worden twee onderwerpen behandeld. In paragraaf 6.1 wordt ingegaan op het nieuwe wetsvoorstel voor wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten. Waar bij de nadruk ligt op zaken die betrekking hebben op de vereenvoudiging van de bekendmaking en de aanbiedingsprocedure die gevolgd moet worden. Vervolgens wordt in subparagraaf 6.1.1 kort ingegaan op de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen (Wkpb). In paragraaf 6.2 worden de conclusies uit het voorgaande weergegeven.

6.1 Wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wvg

In de loop van haar bestaan kende de Wet voorkeursrecht gemeenten verschillende herzieningen c.q. wetswijzigingen, zoals hiervoor besproken in hoofdstuk 2 Historie. Voor de komende periode staat er nog één wetswijziging gepland. Deze wetswijziging is al wel voor een groot deel voorbereid (voorstel van Wet e.d. is af), maar is nog niet ingevoerd. Het betreft wetsvoorstel 31.285 vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wvg, vergaderjaar 2007-2008. Wanneer de invoering van de wet plaatsvindt is nu nog niet bekend. Tot die tijd zullen we het met de vigerende wet moeten doen. Echter, voorzienbaar is dat invoering op niet al te lange tijd zal gebeuren. In het voorstel zitten twee opvallende zaken die in het licht van dit onderzoek hier iets uitvoeriger behandeld worden, voor het overige wordt het voorstel niet behandeld, daar dit buiten het bestek van dit onderzoek valt. Het betreft artikel 2 en artikel 10 van wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wvg.

Artikel 2 lid 1 in het wetsvoorstel luidt als volgt:

‘De gemeenteraad kan gronden aanwijzen ten aanzien waarvan een voorkeursrecht geldt.’

Artikel 2 lid 2 in het wetsvoorstel luidt als volgt:

‘De aanwijzing heeft tot gevolg dat de vervreemder niet bevoegd is tot vervreemding, tenzij deze plaatsvindt in overeenstemming met het bepaalde bij of krachtens deze wet.’

Lid 1 is de bepaling zoals wie die nu ook al kennen in de vigerende wet, zij het dat hij redactioneel wat anders vorm gegeven is, maar de strekking is hetzelfde. De gemeenteraad wijst de gronden aan en kan, indien zij daartoe besluit, het voorkeursrecht erop vestigen. Het college van B&W kan slechts een voorlopige aanwijzing doen die later door de gemeenteraad kan worden omgezet in een definitieve vestiging van het voorkeursrecht. Hieraan wordt door het wetsvoorstel niets gewijzigd. Lid 2 is echter opmerkelijker van aard. Dit is een nieuw lid, dat de vigerende wet nog niet kent. Het kan min of meer terug gevonden worden in artikel 10 lid 1 Wvg, maar dan in andere woorden die volgens sommige auteurs niet dezelfde strekking hebben. Het feit dat van vervreemder wordt gesproken in plaats van verkoper is slechts redactionele wijziging, om de terminologie van de wet beter aan te laten sluiten op de hedendaagse praktijk. Het opvallende aan lid 2 zit hem in de woorden ‘niet bevoegd’.

Er staat immers geschreven dat een vervreemder niet bevoegd is tot vervreemding, als deze niet in overeenstemming met de wet (de Wvg red.) is gedaan. Deze bewoordingen kunnen nogal tamelijk vergaand en ingrijpend gevolg hebben voor de vastgoedwereld c.q. het rechtsverkeer. Denk hierbij aan de volgende situatie. Een eigenaar vervreemdt een stuk grond. De akte wordt notarieel gepasseerd. De notaris controleert of er sprake is van een voorkeursrecht dan wel of er sprake is van een mogelijke vrijstelling op basis van artikel 10 Wvg. Tijdens de recherche treft hij niets aan dat aan het passeren van de akte in de wegstaat.

Hij plaatst vervolgens de notariële voetverklaring, zoals artikel 24 Wvg die eist, onder de akte en laat deze vervolgens inschrijven bij de dienst voor het Kadaster. Achteraf blijkt dat de vervreemder **niet** bevoegd was, omdat er toch een voorkeursrecht gold, welke op dat moment voor de notaris niet waarneembaar was. Het juridisch gevolg is vergaand. De nieuwe verkrijger heeft verkregen van een beschikkingsonbevoegde, waardoor er dus nooit een daadwerkelijke overdracht heeft plaatsgevonden, daar een beschikkingsonbevoegde immers geen zaak kan leveren (artikel 3:84 lid 1 BW). Als gevolg hiervan zal de leveringsakte vernietigd worden en de toestand hersteld moeten worden, zoals het voor het moment van levering was, want door inschrijving van de akte is er nu wel sprake van een onjuiste weergave in de registers. De bewaarder van het kadaster zal zelfs als hij weet dat de voetverklaring niet de juiste weergave van de werkelijkheid is, hierop niet reageren, nu hij lijdelijk is, mits de akte maar voldoet aan de inschrijvingsvereisten. Kortom, de situatie zal hersteld moeten worden, de vraag reist alleen hoe?

In eerste instantie kan gedacht worden aan een akte van rectificatie, maar deze biedt hier geen soulaas, daar er niet sprake is van een kennelijke misslag of een kennelijke schrijffout. Een andere reden waarom deze akte niet gebruikt kan worden is, omdat zij materieel tot andere uitkomst leidt (Melis, 2003). Op voornoemde vraag zijn twee antwoorden mogelijk. Het eerste is, de gemeente gaat akkoord met de verwerving door deze nieuwe partij, maar het voorkeursrecht blijft in stand. Indien dit het geval is zou gebruik gemaakt kunnen worden van een partij akte van verbetering. De toestemming van de gemeente kan worden gezien als een bekrachtiging van de transactie (3:58 BW lid 1), zie hierover paragraaf 7.2. De andere situatie is wanneer de gemeente niet akkoord gaat. Dan wordt het lastiger, bekrachtiging is nu immers niet mogelijk. Feit is en blijft dat we met een nietige transactie zitten, waarvan het beoogde rechtsgevolg niet is ingetreden en dat daarnaast de registers niet de juiste feiten weergeven (wat nadelig uit kan werken als er verdere transacties volgen in het licht van derdenbeschermingsbepalingen, zie hierover paragraaf 7.4) Een gemeente doet er dus verstandig aan niet lijdelijk te wachten, maar actief actie hierop te ondernemen.

De gemeente zou in de onderhavige kwestie een vordering uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) in kunnen stellen jegens de notaris dan wel jegens de partijen die bij deze transactie zijn betrokken. Indien de gemeente in het gelijk gesteld wordt kan zij vragen om een schadevergoeding anders dan in geld (artikel 6:103). De vordering anders dan in geld kan tweeledig zijn, levering van de betreffende onroerende zaak aan haar, of indien de rechter daarin niet meegaat vorderen dat de registers op orde worden gebracht en de juiste toestand weergeven, zoals van voor de transactie.

Op grond van artikel 3:84 BW is vereist voor een geldige overdracht dat wordt verkregen van een beschikkingsonbevoegd persoon. Indien de persoon (na achteraf bleek) niet bevoegd was, heeft de overdracht dus niet plaatsgevonden. In sommigen gevallen wordt een verkrijger van een goed beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van een vervreemder. Artikel 3:88 BW geeft hiervoor de randvoorwaarden, dat er vrij vertaald op neer komt dat de verkrijger beschermd wordt als hij te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortkomt uit een vroegere overdracht en niet het gevolg was van de onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder. Bij betwiste overdrachten van onroerende zaken in het kader van de Wvg c.q. een voorkeursrecht zal deze beschermingsbepaling geen soulaas bieden. Immers, de onbevoegdheid zit hem hier in de huidige overdracht c.q. bij de huidige vervreemder (of in een andere oorzaak) maar zeker niet in een vroegere overdracht (die zal in de meeste gevallen gewoon rechtsgeldig zijn geweest). In hoofdstuk 7 zal nader worden ingegaan op de vraag of het voorkeursrecht goederenrechtelijk effect heeft of niet.

Kortom, er zit een groot verschil aangaande dit punt in de huidige wet in relatie tot de toekomstige wet (swijziging). Is het nu nog zo dat de onroerende zaak in de kern onvervreemdbaar wordt gemaakt, in de toekomst zal de vervreemder (eigenaar) onbevoegd zijn. Daar komt dan nog eens bij dat nu binnen 8 weken van een zeker voorval de situatie voor de toekomst vast staat. Omdat dit een fatale termijn is waarbinnen een gemeente actie moet ondernemen. In het voorstel wordt over een dergelijke begrenzing in de tijd niet gesproken. Dit zou dus betekenen dat de onbevoegdheid niet beperkt wordt in de tijd, waardoor op enig moment door een belanghebbende hierop een beroep zou kunnen worden gedaan. Voor een begrenzing in de tijd moet dan aansluiting worden gezocht bij het gemene recht, waarbij dan uitgekomen wordt op de algemene verjaringstermijnen (10 of 20 jaar).

Artikel 10 wetsvoorstel 31.258 Wvg

In het gewijzigde artikel 10 valt op dat gesproken wordt van verkrijgen in plaats van kopen. Dit biedt meer mogelijkheden voor een gemeente, namelijk om de grond ook op andere titels te verkrijgen dan alleen die van koop. Hierbij valt vooral te denken aan ruiling. Dit verruimt de onderhandelingsmogelijkheden waardoor mogelijk sneller tot resultaat gekomen kan worden. Vooral voor gemeenten met een grote vastgoedportefeuille kan dit gunstig uitwerken (MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31.285, nr.3).

Artikel 10 lid 6 wetsvoorstel luidt:

‘Het eerste lid geldt eveneens niet indien burgemeester en wethouders op aanvraag van een vervreemder op grond van door die vervreemder aannemelijk gemaakte gewichtige redenen daartoe besluiten. Zij kunnen daarbij beperkingen opleggen.’

In lid 1 van artikel 10 staat dan redelijkerwijs dat een vervreemder het te vervreemden goed eerst aan de gemeente aan moet bieden. Voor de praktijk kan lid 6 nog wel eens van grote waarde worden. Nu is het zo dat er een ontheffing kan worden gevraagd van GS om niet in onderhandeling te treden met de gemeente. Dit verzoek kan echter pas worden ingediend, nadat de grond is aangeboden aan de gemeente. Onderzoek heeft uitgewezen dat hiervan in de praktijk weinig gebruik wordt gemaakt (Wolff, 2000). Het voorgestelde lid 6 biedt de mogelijkheid voor een vervreemder om vooraf vrijstelling te krijgen zijn onroerende zaak aan de gemeente aan te bieden. Dit kan uiteraard niet zondermeer, hij (de vervreemder red.) zal in zijn verzoekschrift hiervoor *gewichtige redenen* moeten aanvoeren. De vraag die nu opkomt, is wat gewichtige redenen kunnen zijn, die van zo aard zijn dat een vervreemder deze vrijstelling verkrijgt. Op deze vraag is niet een algemeen generiek antwoord te geven. Gesteld kan worden dat de gewichtige redenen in ieder geval persoonlijke omstandigheden van de vervreemder moeten betreffen. Gedacht zou kunnen worden aan de situatie dat een ondernemer zijn ondernemingsvorm wil wijzigen van personenvennootschap naar een rechtspersoon bijvoorbeeld (Asbreuk - van Os, 2008) Enkele andere voorbeelden en ook het toetsingscriterium kunnen worden gevonden in de wetsgeschiedenis, zoals die geldt voor de ontheffing van GS binnen de huidige wet. Daar worden genoemd bepaalde vormen van voorgenomen, ruil, schenking of inbreng, waarbij de persoonlijke omstandigheden van de vervreemder zodanig zijn, *‘dat een verkoop aan de gemeente redelijkerwijs niet kan worden geëist.’*

Kortom, de redelijkheid en billijkheid komen om de hoek kijken. Feit is en blijft dat de aangevoerde omstandigheden ter beoordeling zijn aan het college van B&W om al of niet een vrijstelling te verlenen. Daarnaast kunnen aan deze vrijstelling voorwaarden worden verbonden, waardoor gewaarborgd wordt dat het alleen voor deze ene specifieke overdracht geldt en dat ook het voorkeursrecht voor het overige gewoon van kracht blijft, ook na de transactie voor de opkomende nieuwe eigenaar.

Tegen dit besluit staat beroep open op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) (MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008 31.285 nr.3 p. 13-14).

Vorenstaande betekent dat zodra dit wetsvoorstel wet wordt de notaris er een taak bij krijgt. Immers, de wet wordt uitgebreid met een extra vrijstellingsmogelijkheid. De notaris zal in het voorkomende geval naast de taken die hij standaard al uitvoert ten aanzien van de Wvg (zie hiervoor hoofdstuk 3 paragraaf 3.4) nu ook moeten vragen aan partijen of er beroep is gedaan op voornoemde vrijstelling, of indien partijen dit stellen moeten vragen om een afschrift van het desbetreffende besluit dat door het college van B&W is genomen. Uiteraard als partijen stellen hierop een beroep te doen en geen besluit kunnen overleggen zal hij partijen hierop moeten attenderen. Vooralsnog doet hij er dan wijs aan zijn ministerie te weigeren.

6.1.1 Wvg en de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen

Op 1 juli 2007 (Stcrt 2004, 331) is de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen in werking getreden (Wkpb). Het doel van de wet is, zoals het zo mooi in de considerans staat om schreven: *'dat het wenselijk is ter bevordering van de rechtszekerheid ten aanzien van onroerende zaken, de toegankelijkheid van overheidsinformatie en een goede vervulling van publiekrechtelijke taken, de kenbaarheid van publiekrechtelijke beperkingen ten aanzien van onroerende zaken te vergroten'*. Kortom, elk publiekrechtelijk besluit dat gevolgen heeft c.q. invloed kan hebben op de vrijheid van handelen aangaande onroerende zaken dient in dit register vermeld te worden, hieronder valt ook de vervallenverklaring die de Wvg soms vereist. Deze wet wordt in dit onderzoek niet nader behandeld daar het buiten het bestek van dit onderzoek valt. Wellicht ten overvloede wordt nog wel opgemerkt dat zowel de gemeenten, alsook het notariaat zich er goed van dienen te vergewissen welke rechtsgevolgen deze wet heeft voor publiekrechtelijke besluiten, zoals het vestigen van een voorkeursrecht.¹⁵

6.2 Conclusie

De (voorlopig) laatste wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten, zoals die is opgenomen in het hierboven behandelde wetsvoorstel, zal aanvullend zijn op de door de Iwro doorgevoerde wijzigingen (zie hoofdstuk 2). In hoofdlijnen behelst het wetsvoorstel 31.285 een vereenvoudiging en modernisering van de Wvg. Zij omvat samengevat de volgende aanpassingen: Stroomlijning van de aanbestedingsprocedure, een nieuwe regeling voor bekendmaking en inwerkingtreding van het voorkeursrecht, het schrappen van de ontheffing van Gedeputeerde Staten. Daarvoor in de plaats komt een mogelijkheid tot vrijstelling van de aanbestedingsplicht bij gewichtige redenen van de vervreemder. Als laatste punt het consequenter en duidelijker maken van de terminologie binnen de gehele Wvg.

T.a.v. artikel 2 lid 2 uit het wetsvoorstel wordt geconcludeerd dat de wijze waarop invoering de regering nu voor ogen staat rechtsonzekerheid veroorzaakt doordat de vervreemder achteraf onbevoegd blijkt te zijn. Dit heeft tot gevolg dat de hele transactie kan worden teruggedraaid. Het kiezen voor deze mogelijkheid verdient niet de voorkeur omdat de mogelijke rechtsonzekerheid die dit kan veroorzaken zijn uitwerking in het rechtsverkeer niet zal missen. Daarnaast is deze bepaling in strijd met het karakter en de systematiek van de Wvg waarin juist een hoge mate van rechtszekerheid wordt nagestreefd en de termijnen voor terugdraaien van acties juist kort zijn.

¹⁵ Verwezen wordt naar de volgende auteurs: Haccou (2008) en Preller (2008), zie hiervoor de literatuurlijst.

Immers, onder de huidige wet kan de nietigheid van acties worden ingeroepen binnen 8 weken nadat het college kennis heeft genomen van de betreffende (niet gewenste) rechtshandeling. Na deze fatale termijn niet meer op grond van de Wvg.

Het wijzigen in artikel 10 van het woord koper in verkrijger is een goede wijziging, omdat het de werkbaarheid van het instrument hiermee vergroot kan worden. Hiermee wordt de gemeente de mogelijkheid geboden om ook op andere titels dan alleen die van koop een onroerende zaak waarop een voorkeursrecht rust te verkrijgen, hetgeen nu nog niet het geval is. Het voorstel om een vrijstelling van de aanbiedingsplicht te introduceren die door het college kan worden gegeven als de vervreemder hiervoor gewichtige redenen aanvoert getuigd van grote realiteitszin. De huidige mogelijkheid om een ontheffing te vragen bij GS is weinig praktisch. Al was het al omdat dit pas kan na het aanbieden van de zaak aan de gemeente. Ook opmerkelijk is dat niet het college van B&W, maar GS de vrijstelling verleent. Het doorvoeren van deze wijziging betekent wel dat notarieel Nederland er in het voorkomende geval een taak bij krijgt. Namelijk het controleren of het beroep op deze vrijstelling door partijen juist is. Daarnaast zal de notaris ook kennis moeten nemen van het desbetreffende besluit om te controleren of de voorgenomen transactie in overeenstemming is met (de voorwaarden uit) het besluit.

Ten aanzien van de Wvg in relatie tot de Wkpb wordt opgemerkt dat zowel de gemeenten, alsook het notariaat er verstandig aan doen zich er van ter vergewissen welke rechtsgevolgen deze wet heeft voor publiekrechtelijke besluiten, zoals het vestigen van een voorkeursrecht in relatie tot hun eigen werkzaamheden.

Overigens is het wel belangrijk dit wetsvoorstel, mits op de juiste wijze, door te voeren omdat er zo een beter en werkbaarder instrument komt voor de verschillende belanghebbenden partijen. Heden ten dage is het zo dat er, vooral aan de particuliere kant, bijgestaan door de nodige adviseurs, er haast een sport van gemaakt werd om te kijken of de gemeente niet één fatale termijn over hoofd had gezien. Immers, overschrijding van de termijn had tot gevolg dat er door de gemeente geen beroep meer kon worden gedaan op het voorkeursrecht. Wat dat betreft is er al grote winst geboekt door in de Iwro het aantal vestigingen terug te brengen tot twee (Het niet tijdig initiëren van een vervolgstap is overigens nog steeds fataal, maar de kans hierop is door het lagere aantal hervestigingen een stuk kleiner). Hetzelfde geldt voor de herformulering van artikel 26 Wvg. Kortom, iedereen heeft baat bij duidelijke en heldere wet, die recht doet aan de maatschappij van nu.

Hoofdstuk 7 Heeft het voorkeursrecht goederenrechtelijk effect of niet?

Zowel binnen de huidige wet als ook in de toekomstige wet is er één vraag die steeds weer terugkomt. Heeft het voorkeursrecht goederenrechtelijke werking of niet? Immers, als de hoofdvraag teruggebracht wordt tot haar kern dan kan gesteld worden dat het verschil in interpretatie is te herleiden tot de vraag of een akte waarop een notariële voetverklaring is geplaatst goederenrechtelijke werking heeft of niet. De deelvraag die dan gesteld moet worden is of het voorkeursrecht zelf ook goederenrechtelijke werking heeft of niet. In dit hoofdstuk wordt getracht op deze vraag een antwoord te geven. In paragraaf 7.1 wordt eerst ingegaan op wat de term goederenrechtelijk effect inhoudt. Vervolgens wordt in paragraaf 7.2 behandeld wat het gevolg is van een niet overdraagbaar goed. Paragraaf 7.3 geeft schematisch weer wat in paragraaf 7.2 aan de orde is geweest. Paragraaf 7.4 gaat in op het niet bevoegd zijn van de vervreemder. Dit wordt mogelijk de toekomstige situatie als de wetswijziging onverkort wordt doorgevoerd. Het handelen van partijen kan gevolgen hebben voor derden. Daarom gaat paragraaf 7.5 in op de derdenbeschermingsbepalingen waarop derden eventueel een beroep kunnen doen. Paragraaf 7.6 sluit dit hoofdstuk af met de conclusies uit het voorgaande.

7.1 Goederenrechtelijk effect

Om onderstaande uitleg goed te kunnen begrijpen is eerst vereist dat voor iedereen helder is wat onder goederenrechtelijke werking wordt verstaan. Onder goederenrechtelijk effect wordt verstaan: *dat degene die het betreffende goed bezit er absolute werking over kan laten gelden tegenover derden*. Dat wil zeggen de bezitter/eigenaar van het betreffende goed kan tegenover iedereen claimen dat hij als enige tot het goed gerechtigd is.

In dit onderzoek wordt steeds gesproken over onroerende zaken, maar zo nu en dan wordt ook de term goederen gebruikt. Wellicht ten overvloede, maar om misverstand te voorkomen het volgende. Goederen kunnen bestaan uit zaken of vermogensrechten. Binnen de categorie zaken wordt een onderscheid gemaakt in roerende- en onroerende zaken. De term onroerend goed die in het spraakgebruik wordt gebezigd is juridisch gezien onjuist, sinds de invoering (in 1992) van ons Nieuwe Burgerlijke Wetboek.

In het hierna volgende wordt gesteld dat een voorkeursrecht inbreuk kan maken op deze absolute werking. Niet in de zin van dat de gerechtigde zijn eigendom niet meer kan laten gelden tegenover derden en niet die handelingen kan uitvoeren die voor een normaal beheer of gebruik van de zaak vereist zijn, maar in die zin dat de overdraagbaarheid van de zaak wordt ingeperkt. In eerste instantie laat dit zich misschien moeilijk verhouden met het karakter van het absolute recht, maar bedacht moet dan worden dat er meerdere wetten zijn waarin dit absolute recht wordt aangetast en door iedereen gerespecteerd wordt (bijvoorbeeld bij erfpacht, waar de erfpachter zonder toestemming van de bloot eigenaar het betreffende goed niet kan overdragen aan een derde). Het Burgerlijk Wetboek (BW) stelt dat eigendom het meest omvattende recht op zaak is dat iemand kan hebben (artikel 5:1 BW). De zogenaamde absolute werking is echter tot op zekere hoogte relatief te noemen. Een eigenaar heeft het absolute recht over en het exclusieve (gebruiks)recht van zijn zaak, voorzover dat niet ingeperkt wordt door de aard van de zaak, de wet of het ongeschreven (gewoonte)recht en het gebruik van de zaak niet strijdt met rechten van anderen.

Een eigenaar die het niet eens is met de vestiging van het voorkeursrecht (en een bezwaar- / beroepsprocedure niets gebaad heeft) en in de Nederlandse wetgeving niet een bepaling kan vinden die hem baat, zou nog een beroep kunnen doen op het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten voor de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM).

Immers, de overheid vestigt een voorkeursrecht zonder hier in eerste instantie enige vorm van schadeloosstelling tegenover te zetten (zoals artikel 1 EVRM vaak vereist). Terwijl wel de vrijheid van handelen wordt ingeperkt, zij het alleen tot vervreemdingsacties. In de maatschappelijke (en ook juridische) praktijk is inmiddels aanvaard dat het vorenstaande tot op zekere hoogte mogelijk is (soortgelijke effecten zijn ook waarneembaar bij andere wetten, zoals de Onteigeningswet). Een beroep op het EVRM zal deze partij niet baten. Dit heeft de Raad van State (ABRS 21 augustus 2002 LJN AE 6739) alsook de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald in onder andere de novemberarresten (HR 10 november 2000 NJ 2001/288)¹⁶. Daarin hielden voornoemde verweren geen stand. Als verklaring is hiervoor aan te voeren het feit dat degene die met het voorkeursrecht te maken krijgt een mogelijkheid heeft om tegen dit besluit in bezwaar en beroep te gaan. Daarnaast kan gesteld worden dat de vervreemder op het moment van aanbieden van de onroerende zaak aan de overheid een marktconforme prijs krijgt en veelal zelfs nog een klein surplus hierboven op. Daarmee is alle hinder/schade vaak ruim gecompenseerd (die voortkomt uit de uitvoering van het besluit).

Strikt genomen levert de vestiging van het voorkeursrecht in de meeste gevallen geen nadeel op en kan de eigenaar de zaak conform de vigerende bestemming blijven gebruiken, uitzonderingen daar gelaten. Voorzover er al sprake is van nadeel wordt dit meestal ondervonden wanneer de eigenaar vervreemden wil. Mede in het licht hiervan zijn er in de Wvg een aantal waarborgen opgenomen ter bescherming van de vervreemder, zodat veilig gesteld is dat hij deze marktconforme prijs, inclusief vergoeding van overige kosten, ontvangt (o.a. de artikelen 16,17,20,25 en 27 Wvg).

Het voorkeursrecht wordt door de gemeenteraad gevestigd op onroerende zaken (percelen grond, gebouwen, enz.). Zij ontleent deze bevoegdheid aan de Wet voorkeursrecht gemeenten (artikel 2 Wvg). Het college van B&W kan indien zij dat wil (slechts) een voorlopige aanwijzing doen (artikel 6 lid 1 Wvg) dat opgevolgd moet worden door definitief besluit van de gemeenteraad. Vorenstaand is een publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente.

In het navolgende wordt uitgegaan van de stelling dat het voorkeursrecht goederenrechtelijke werking heeft. Hiervoor worden verschillende stellingen / bewijzen aangedragen.¹⁷

7.2 Niet overdraagbaar

Vastgesteld kan worden dat de wetgever bij het invoeren van de Wvg zich niet expliciet heeft uitgelaten over de vraag wat het gevolg is als er in strijd met een voorkeursrecht wordt gehandeld. Zij heeft hierover slechts opgemerkt dat het *gemene recht* dan van toepassing is (Kamerstukken II, 1976-1977, 13 713, nr. 9, p. 37). Er zijn nu twee situaties mogelijk. De eerste situatie is dat de akte goederenrechtelijk perfect is (ondanks dat er voorkeursrecht is). De andere situatie is dat de akte niet goederenrechtelijk perfect is (er is geleverd in strijd met het voorkeursrecht). Voor een schematische weergave hiervan zie paragraaf 7.3. Welke situatie aan de orde is, hangt af van hoe er gehandeld is door de betreffende partijen.

¹⁶ De novemberarresten betref nog de oude Wvg van voor de wetwijziging in 2002, maar aan deze zienswijze van de HR is nog niets verandert onder de huidige wetgeving, daar zij deze lijn nog herhaald heeft in haar uitspraak van HR 13 november 2009 08/02890 EV/AS (gemeente Nunspeet).

¹⁷ Binnen de literatuur is er verschil van mening over dit punt, er zijn er partijen die stellen dat er van het voorkeursrecht geen enige goederenrechtelijke werking uitgaat. Zij verdedigen de stelling dat het voorkeursrecht slechts iets van feitelijke aard is. Zie hierover bijvoorbeeld J. Hoekstra (2000), 'Handhaving van het gemeentelijke voorkeursrecht' In: Gemeentelijke grondverwerving, Preadviezen voor de vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer.

Hierna wordt eerst de situatie beschreven waarin een akte niet goederenrechtelijk perfect is. Hierbij zijn er twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is als de gemeente zich niet kan vinden in de transactie. De gemeente constateert, naar kennisneming van de transactie, dat er in strijd met het voorkeursrecht een transactie heeft plaatsgevonden. Er is dan een verschil van inzicht ontstaan over het feit of een handeling in strijd is met het voorkeursrecht. Waarbij de ene partij dit claimt en de ander stelt (verweert) dat dit niet zo is. Of anders gezegd, stelt dat er geen goederenrechtelijk effect uitgaat van het voorkeursrecht en voorzover dat wel het geval is er geen strijd is het met de wet / Wvg. Indien partijen hier onderling niet uitkomen is er een geschil, met als gevolg dat dit wordt voorgelegd onze rechtsprekende macht. Zij mag als dan de wet uitleggen mede aan de hand van het gemene recht. In hoofdstuk 5 paragraaf 5.3 is onder andere de zaak Moonen / gemeente Weert behandeld. Voor een inhoudelijke bespreking zie het betreffende hoofdstuk. In dit arrest is door de Hoge Raad der Nederlanden o.a. bepaald dat de strekking van de Wvg is een rechthebbende te beperken in zijn bevoegdheid een zaak te vervreemden indien de gemeente een voorkeursrecht heeft gevestigd (r.o. 4.2.1.). Toegegeven, de woordkeuze is misschien wat ongelukkig, maar volgens een redelijke uitleg heeft de HR hier bedoeld dat het gevolg van de vestiging is een wettelijke beperking van de overdraagbaarheid van een goed. Waar de HR spreekt over bevoegdheid moet waarschijnlijk worden gelezen mogelijkheid (Schild, 2009). Volgens Bartels moet dan ook de bevoegdheid om over een zaak te beschikken worden onderscheiden van de overdraagbaarheid daarvan (Bartels, 2001). Beschikkingsonbevoegdheid betreft niet een eigenschap van de zaak (object), maar een eigenschap van de gerechtigde (subject) tot de zaak (zie tabel 7.4).

De gemeente kan haar recht halen door een verklaring voor recht te vorderen. Zij zal daarbij moeten aantonen dat de eigendom, juridisch gezien, nooit is overgegaan naar de nieuwe eigenaar (feitelijk waarschijnlijk wel), omdat er een levering heeft plaatsgevonden in strijd met het voorkeursrecht. Zoals hiervoor al is aangegeven maakt het voorkeursrecht het goed onvervreemdbaar. De gemeente zal dus moeten aantonen dat er al een rechtsgeldig voorkeursrecht gevestigd was, voordat de transactie plaatsvond. Tevens doet zij er verstandig aan om naast de verklaring voor recht te eisen dat de openbare registers op orde worden gebracht, in die zin dat de onroerende zaak weer op de juiste naam gesteld wordt. Immers, door de transactie wordt de juridische werkelijkheid foutief weergegeven (maar zijn de registers tot het moment van vonniswijzing wel in overeenstemming met de feitelijke werkelijkheid).

De tweede mogelijkheid binnen de situatie van een niet goederenrechtelijk perfecte akte is dat de gemeente zich kan vinden in de transactie. Echter, los daarvan is er op dat moment nog wel steeds sprake van een goederenrechtelijk gebrek, want de akte is niet goederenrechtelijk perfect, omdat er op het moment van vervreemding geen toestemming was van de gemeente hiervoor. De transactie is dus nietig en het beoogde rechtsgevolg is nimmer ingetreden. Niet uitgesloten is in onderhavig geval dat indien wel de juiste procedure was gevolgd, de gemeente zou hebben afgezien van verwerving (artikel 12 Wvg). Is het dan in dit concrete geval mogelijk dat de gemeente de transactie bekrachtigd of moet toch nog opnieuw een leveringsakte worden opgemaakt, waarbij dit keer wel op de juiste grondslag een voetverklaring op de betreffende akte wordt gezet? Het antwoord staat in artikel 3:58 lid 1 BW: *‘Wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, is daarmee de rechtshandeling bekrachtigd’*

Dit artikel komt er op neer dat als de gemeente achteraf alsnog afziet van de verwerving (en hierdoor impliciet instemt met de vervreemding) de vervreemder alsnog beschikkingsbevoegd wordt, in die zin dat de blokkering die de zaak onvervreemdbaar maakt (het voorkeursrecht) voor deze transactie alsnog is opgeheven. Hierdoor wordt met terugwerkende kracht voldaan aan de vereisten voor een geldige overdracht, zodat er geen nieuwe akte hoeft te worden opgemaakt. Het geheel wordt achteraf alsnog als rechtsgeldig aangemerkt, het beoogde rechtsgevolg is met terugwerkende alsnog ingetreden (Kamerstukken II, 31.285, nr. 3, p. 12; Hijma, 1988; Reehuis, 2001)

Kortom, het principe dat goederen vrij overdraagbaar zijn volgens het BW, zoals verwoord in artikel 3:83 BW wordt hier doorkruist. Het goed wordt niet overdraagbaar gemaakt door er een voorkeursrecht op te vestigen. Overdraagbaarheid is een voorwaarde voor overdracht; het toegangskaartje tot artikel 3:84 BW (Bartels, 2001). M.a.w. een niet overdraagbaar goed is simpelweg niet overdraagbaar, omdat er een wettelijk voorkeursrecht op is gevestigd. De eigendom verspringt dus niet van eigenaar, zelfs niet (of ook niet) als er in strijd met het voorkeursrecht een leveringsakte door een notaris wordt gepasseerd en hij de vereiste voetverklaring heeft geplaatst. Niet omdat de eigenaar niet bevoegd is, maar omdat het goed niet overdraagbaar is en er dus sprake is van een goederenrechtelijk gebrek in de akte van levering (vergelijk ook paragraaf 7.4). Er is sprake van een nietige transactie en bij nietigheid wordt geacht het rechtsgevolg nooit te zijn ingetreden (artikel 3:39 BW jo artikel 3:40 lid 2 BW).

Wellicht ten overvloede wordt nog opgemerkt over het feit dat een transactie onderuitgaat, omdat het beoogde rechtsgevolg door de onvervreemdbaarheid niet is ingetreden, dit geen gevolgen heeft voor de onderliggende overeenkomst (de titel). De overeenkomst tussen partijen blijft gewoon intact, het voorkeursrecht tast de contracteervrijheid c.q. de vrije verhandelbaarheid niet aan (er kan alleen geen uitvoering worden gegeven aan de overdracht/levering). Hier moet het goederenrecht dus scherp worden onderscheiden van het verbintenissenrecht.

Naast de situatie dat een akte niet goederenrechtelijk perfect is (waarbinnen er twee mogelijkheden zijn) wordt onderscheiden de situatie dat de akte wel goederenrechtelijk perfect is. Er heeft dan een transactie plaatsgevonden waarbij de notaris de gevraagde voetverklaring heeft geplaatst en er volgens zijn oordeel geen strijd met het voorkeursrecht was. De gemeente is echter de mening toegedaan dat er wel strijd is met het voorkeursrecht en wil vervolgens deze transactie ongedaan maken. Er kunnen verschillende oorzaken aan ten grondslag liggen waardoor het voorkeursrecht voor de notaris niet kenbaar was (bijv. niet ingeschreven in de openbare registers, het tijdsmoment tussen kenbaarheid en werking van het voorkeursrecht, slechte recherche van de notaris, enz.) De vraag die dan op komt is of deze rechtsgeldige transactie kan worden aangetast en zo ja hoe dit dan moet.

Een beroep op artikel 26 Wvg zal de gemeente niet baten daar deze bepaling niet ziet op overdrachten, maar slechts een vangnetbepaling is waarmee alle andere constructies, behalve notariële overdrachten, tegengegaan kunnen worden. De gemeente zou in de onderhavige kwestie een vordering tot onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) in kunnen stellen jegens de partijen die bij deze transactie zijn betrokken, omdat zij in strijd handelen met haar belang. Indien de gemeente in het gelijk gesteld wordt, kan zij vragen om een schadevergoeding anders dan in geld (artikel 6:103). De vordering anders dan in geld kan bestaan uit levering van de onroerende zaak aan haar, of indien de rechter daarin niet meegaat (omdat de tegenpartij dit niet wil) vorderen dat de openbare registers op orde worden gebracht en de (juiste) situatie wordt weergegeven van voor het notariële transport. In paragraaf 7.3 is het vorenstaande schematisch weergegeven.

Voor alle situaties geldt, zowel wanneer de akte niet goederenrechtelijk perfect is, als wanneer deze dat wel is, dat de gemeente tijdig actie moet ondernemen. Immers, indien partijen te goeder trouw handelden kunnen zij beroep doen op verkrijgende verjaring wanneer er 10 jaar is verstreken na de datum waarop het (foutieve) transport plaatsvond (artikel 3:99 BW). Indien partijen te kwader trouw handelden kunnen zij na 20 jaar hier een beroep op doen (3:306 BW).

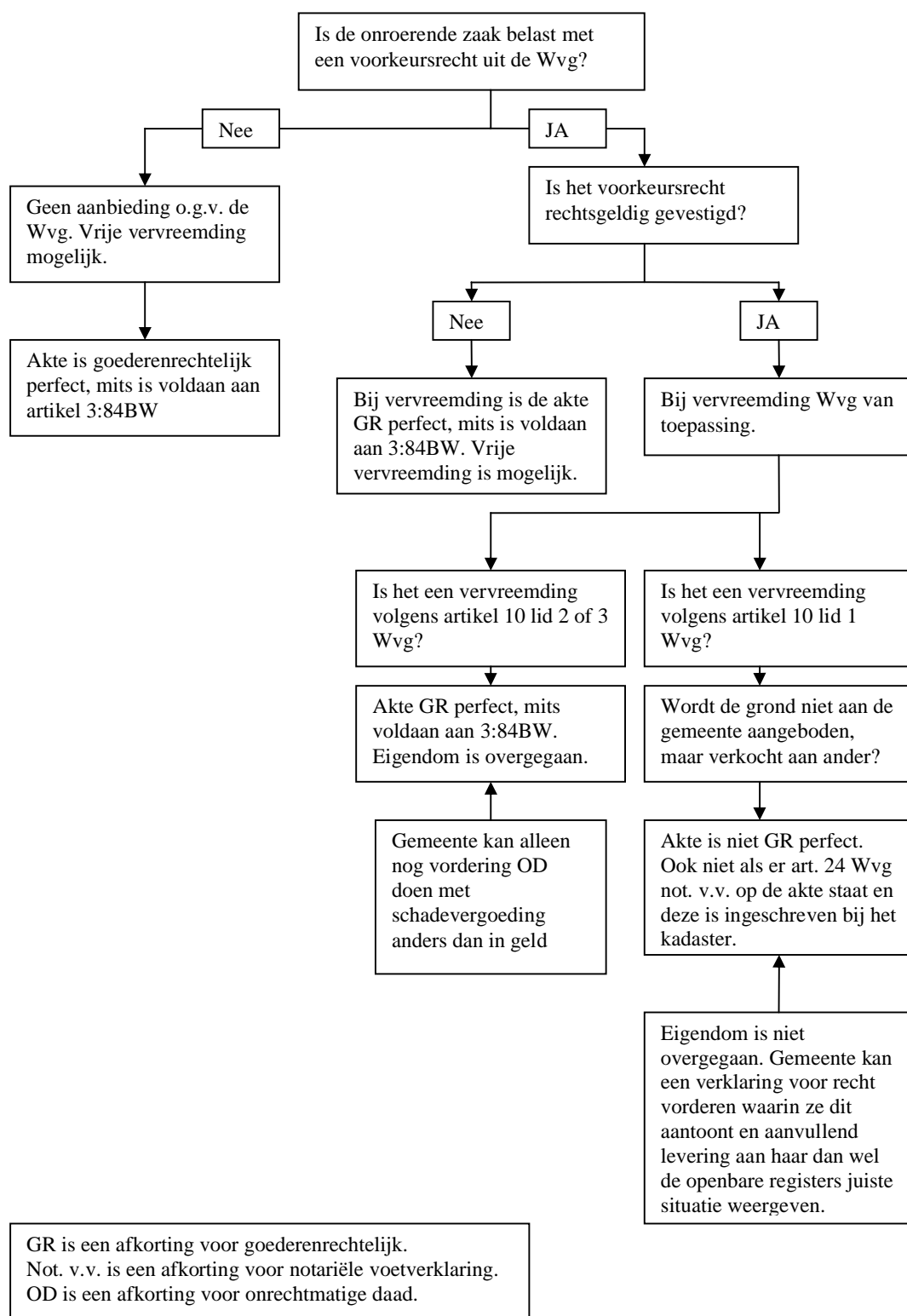
Andere argumenten voor bovenstaande zienswijze zijn:

- Uit het karakter van de Wvg volgt dat (register)goederen niet meer overdraagbaar zijn en dat het voorkeursrecht de bepaling van artikel 3:83 BW (de vrije overdraagbaarheid van goederen) doorkruist. Het is immers een *wettelijk* voorkeursrecht. Het goed wordt pas eerst nadat het aan de voorkeursgerechtigde (de gemeente i.c.) is aangeboden weer overdraagbaar, of de gemeente verwerft zelf of zij ziet er van af (artikel 12 Wvg) (Reehuis, 2001);
- De toelichting op artikel 3:83 BW vermeldt dat dit artikel ziet op overdracht onder bijzondere titel. Vervolgens wordt vermeld dat de vrije overdracht uitgesloten kan worden door o.a. de wet, maar dat dit alleen kan door wet in formele zin. De Wvg is een wet in formele zin (Rank-Berenschot, 2004);
- Van Heijst schrijft dat de Wvg de goederenrechtelijke toestand van een registergoed betreft (Heijst, 1996)
- Indien de stelling wordt verdedigd dat het voorkeursrecht slechts iets van feitelijke aard is en er dus geen goederenrechtelijke werking vanuit gaat, zou het voorkeursrecht kunnen verworden tot een dode letter. Niet voor niets stelt Van Wijmen dat: *'artikel 24 vormt (...) de kroon op het voorkeursrechtstelsel, in die zin dat dit zonder een dergelijke bepaling geen effect zou hebben gehad.'* (Van Wijmen, 1998).

7.3 Schematische weergave paragraaf 7.2

In deze paragraaf staat een schematische weergave van hetgeen in paragraaf 7.2. met woorden is omschreven. Het gaat in op de vraag wanneer een akte wel of niet goederenrechtelijk perfect is en afhankelijk van de uitkomst welke mogelijkheid de gemeente nog heeft om een eventuele transactie ongedaan te maken. Het schema gaat in op de situaties dat er sprake is van verkoop van onroerende zaken. Het schema geldt niet voor alle andere constructies die er nog mogelijk zijn, waarbij er geen juridische vervreemding van de zaak plaatsvindt, maar materieel gezien wel hetzelfde wordt beoogd. Op dit soort handelingen ziet artikel 26 Wvg. Mede in het licht hiervan komt artikel 26 Wvg ook niet terug in het schema, deze ziet namelijk niet op notariële overdrachten. Het schema vermeldt niet het beroep op verjaring dat in sommige gevallen gedaan kan worden en laat tevens de mogelijkheid van bekrachtiging buiten beschouwing. Immers, bij bekrachtiging is er gewoon sprake van een goederenrechtelijk gezien niet perfecte akte. Het schema gaat ook niet in op de mogelijk toekomstige situatie dat de vervreemder niet bevoegd is, zie hiervoor paragraaf 7.4

Wanneer is een akte goederenrechtelijk perfect en wanneer niet in relatie tot de Wvg?
 Welke actie kan een gemeente in welke situatie nog ondernemen om de situatie terug te brengen in de toestand van voor het notariële transport?



Schema:7.3 akte goederenrechtelijk perfect of niet

7.4 Niet bevoegd

Kennelijk blijft ook de wetgever met de vraag worstelen wat het nu zijn moet. Heeft het voorkeursrecht nu wel of geen goederenrechtelijk effect. Of heeft zij anderszins kennisgenomen van de jurisprudentie en/of mogelijke discussies uit de (vak)literatuur. Dit is mede gebaseerd op de wijze waarvoor gekozen is in het nieuwe wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure, zoals hiervoor behandeld in hoofdstuk 6. In dit wetsvoorstel wordt zelfs de vervreemder onbevoegd gemaakt en niet het goed zelf onvervreemdbaar gemaakt (zie tabel 7.4). De uitkomst blijft hetzelfde, het goed is niet meer vervreemdbaar. Dit lijkt ogenschijnlijk, goederenrechtelijk gezien dan, een erg simpele en doeltreffende oplossing, echter schijn bedriegt.

Alvorens hier op in te gaan, eerst even de uitleg wat het goederenrechtelijk inhoud om niet bevoegd te zijn. Om een onroerende zaak van eigenaar te laten verwisselen zal er een akte van levering moeten worden opgemaakt door een notaris (dit vereist artikel 3:89 lid 1 BW) die vervolgens wordt ingeschreven in de openbare registers (bij het kadaster). Voor een rechtsgeldige transactie noemt artikel 3:84 de constitutieve vereisten: *'Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.'*

Een geldige titel alsmede een levering door iemand die bevoegd is te leveren zijn de vereisten voor een geslaagde overdracht van een onroerende zaak. Levering door een beschikkingsonbevoegde leidt niet tot overdracht (behoudens eventuele derdebepalende bepalingen die een uitzondering vormen op deze regel, zie hierna paragraaf 7.5).

Het kiezen voor deze constructie houdt een gevaar in. Een persoon die onroerende zaak wil verwerven zal daarvoor veelal eerst informatie inwinnen uit de openbare registers. Na succesvolle onderhandelingen zal hij deze zaak geleverd willen krijgen. Als nu achteraf blijkt dat zijn contractspartij onbevoegd is (en het is niet waarneembaar uit de registers) staat hij vooralsnog met lege handen. Het kiezen voor de constructie van onbevoegdheid brengt met zich mee dat iemand die een zaak wil verwerven bijna nooit meer zeker weet of een eigenaar, of de vermeende eigenaar, wel bevoegd is om deze zaak te vervreemden. De kans hierop wordt nog eens (extra) vergroot doordat een groot deel van de onroerende zaken in Nederland onder het voorkeursrecht van de Wvg ligt. Daarnaast kan een contractspartij op elk willekeurig moment achteraf onbevoegd worden verklaard als blijkt dat er toch een rechtsgeldig voorkeursrecht ligt op de betreffende onroerende zaak. Ook voor derden, denk hierbij aan financiële geldverstrekkers, die de openbare registers raadplegen alvorens medewerking te willen verlenen is het dan vaak maar de vraag of degene die ingeschreven staat als eigenaar ook wel werkelijk eigenaar is, nu achteraf een transactie compleet kan worden teruggedraaid.

Voornoemde is nog meer opmerkelijk nu letterlijk staat in de MvT dat er geen inhoudelijke wijziging beoogd is t.o.v. de vigerende wet (MvT, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008 31.285 nr.3 p.12) De vraag die we ons zelf dan kunnen stellen is of dit dan nu ook wel daadwerkelijk het geval is. Er kan door de invoering van dit wetsvoorstel wel een inhoudelijke wijziging ontstaan, namelijk een onbevoegde vervreemder (subject) ten opzichte van hoe het nu is, een onvervreemdbaar goed (object).

Het voorstel is volgens sommige auteurs op dit punt in strijd met de systematiek en het karakter van de Wvg. De huidige wet streeft juist een hoge mate van rechtszekerheid na, zoals te lezen valt in verschillende bepalingen. Ook de motivering waarop gekozen wordt voor de onbevoegdheid in de MvT is uitermate dun te noemen.

Er wordt enerzijds gezegd dat dit artikellid een weerslag is van de huidige wet (hetgeen hiervoor is betwist) en anderzijds dat deze gekozen vorm aansluit bij de recente jurisprudentie, waarbij bedoeld wordt op Moonen/gemeente Weert. Dit punt is ook betwist, daar dit arrest op dit onderdeel verkeerd is uitgelegd zoals hierboven is uitgelegd en in paragraaf 5.3 verder is verduidelijkt. In het systeem van de wet en de thans geldende jurisprudentie leidt de niet overdraagbaarheid van een goed niet tot beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende. Hierin zit hem dan ook het verschil met hoe de huidige wet is en de toekomstige wet mogelijk wordt. De huidige wet maakt een goed onvervreemdbaar de toekomstige wet maakt de rechthebbende onbevoegd, zie tabel 7.4. Wat tot gevolg heeft dat de (schijn)toestand tot in lengte van dagen kan duren. Daarnaast kent de huidige wet ook de mogelijkheid om acties terug te draaien, maar zijn de termijnen hiervoor wel (bewust) kort gehouden. Bijvoorbeeld bij het gebruik van artikel 26 Wvg is dit 8 weken na kennisneming van de betreffende handeling. Het wetsvoorstel kent dit soort beperkingen niet, (Nuss, 2008). Feit is en blijft wel dat ook in de toekomstige wetswijziging uitgegaan wordt van een goederenrechtelijk effect van het voorkeursrecht.

Tabel 7.4 Onbevoegd versus onvervreemdbaar

	Object	Subject
Wvg (vigerende wet)	Onvervreemdbaar	Bevoegd
Wvg (na de wetswijziging)	-	Onbevoegd

7.5 Derdenbeschermingsbepalingen

In het vorenstaande is behandeld het goederenrechtelijk effect van het voorkeursrecht en het verschil tussen een onvervreemdbaar goed en het onbevoegd zijn tot een goed en welke rechtsgevolgen dit heeft. In sommige gevallen echter kunnen partijen die van een onbevoegde, of een onvervreemdbaar goed, geleverd hebben gekregen een beroep doen op derdenbeschermingsbepalingen. In deze paragraaf wordt daar nader op ingegaan.

De Wvg heeft betrekking op onroerende zaken. Een onroerende zaak is tevens een registergoed. Voorbeelden van specifieke derdenbeschermingsbepalingen die betrekking hebben op registergoederen zijn: 3:24 (onvolledige registers), 3:25 en 3:26 (onjuistheid registers) en 3:88 (beschikkingsonbevoegdheid).

Soms kan een derdeverkrijger een beroep doen op de artt. 3:24 en 3:26 (bij registergoederen). Artikel 3:23 zegt met zoveel woorden dat iemand die iets verwerft en geconfronteerd wordt met een feit dat in de openbare registers stond ingeschreven dit achteraf niet aan de vervreemder kan tegenwerpen. Artikel 3:24 noemt vervolgens de derden beschermende bepaling. Is een feit voor inschrijving vatbaar (bijvoorbeeld een voorkeursrecht), maar is dit niet gebeurd, dan kan dit aan de verkrijger onder bijzonder titel niet worden tegengeworpen. De verkrijger moet dan wel echter te goede trouw zijn, want het laatste deel van het eerste lid zegt: *'tenzij de verkrijger het kende'*.

T.a.v. dit artikel is iets bijzonders aan de hand in relatie tot de Wvg. Door de 'oude' Wet voorkeursrecht gemeenten, zoals die tot 1 september 2007 gold, werd artikel 3:24 BW in artikel 4 lid 3 Wvg (oud) uitdrukkelijk buiten toepassing verklaard (Bartels, 2001). De huidige wet kent dit artikel niet meer. Reden voor deze wijziging is waarschijnlijk gelegen in de invoering van de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen (Wkpb), zie hierover sub paragraaf 6.1.1.

Er van uitgaande dat geen inhoudelijke wijziging is beoogd, zal een verkrijger dit artikel nog niet baten en zal hij hier dus zelden een succesvol beroep op kunnen doen (het is misschien mogelijk als in het Wkpb-register het besluit waarin een betreffende zaak voor het voorkeursrecht uit de Wvg wordt aangewezen niet tijdig wordt ingeschreven). Een andere aanwijzing dat artikel 3:24 BW hier geen opgeld kan doen kan worden gevonden in het feit dat dit artikel uitsluitend betrekking heeft op het privaatrecht. Het besluit om op een onroerende zaak het voorkeursrecht te vestigen uit de Wvg is een publiekrechtelijk besluit. Artikel 3:24 BW geldt alleen indien dit in de betreffende publiekrechtelijke wet uitdrukkelijk van toepassing is verklaard (Van Velten, 2003). Dit is niet het geval (eerder het omgekeerde). Anderzijds valt uit het bovenstaande af te leiden dat de wetgever hiermee heeft willen beogen dat er van het voorkeursrecht juridische derden (goederenrechtelijke) werking uitgaat.

De verkrijger onder bijzondere titel die gerechtvaardigd vertrouwd heeft op de openbare registers, nadat achteraf bleek op een onjuist ingeschreven feit, wordt door artikel 3:25 BW beschermd. Het betreft dan feiten uit de akte die door de notaris zelf zijn vastgesteld, waaronder ook de vaststelling van het feit of er wel of geen voorkeursrecht is gevestigd valt, zoals verwoord in artikel 24 Wvg en vermeld op de akte in de vorm van een voetverklaring. Dit artikel kan niet worden aangewend voor de gehele (inhoud van de) akte. Goede trouw is ook hier uiteraard weer vereist wil een derde zich er op kunnen beroepen. Artikel 3:26 beperkt de bescherming uit het vorige artikel wel tot die groep die niet zorg had kunnen dragen voor juistheid van de registers. Of anders verwoord, degene die zorg had kunnen dragen voor juiste weergave van de feiten in de registers kan zich niet beroepen op de derdenbeschermende bepaling van artikel 3:25 BW (Reehuis, 2001).

In een geval waarin een registergoed wordt geleverd door iemand die beschikkingsonbevoegd is (zoals het nieuwe wetsvoorstel 31.285 voorstelt) en deze beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht die het gevolg was van een gebrek in de titel of de levering die voor deze overdracht was vereist, kan een derdeverkrijger bescherming ontleen aan art. 3:88 BW. Kortom, de onbevoegdheid moet voortvloeien uit een titel- en/of een leveringsgebrek van een vorige overdracht. Een partij die een onroerende zaak geleverd krijgt waar bij nader inzien een voorkeursrecht op rustte, zal op deze (beschermings)bepaling geen beroep kunnen doen, want er is geen sprake van ongeldigheid van een vroegere overdracht. Sterker nog, veelal zal die eerdere transactie goederenrechtelijk gezien juist zijn. Het zit hem in de (vermeende) onbevoegdheid van de huidige vervreemder. Daarom kan de huidige verwerfer (of vervreemder) geen beroep doen op deze derdebeschermende bepaling.

De vraag kan opkomen wie wel een beroep zou kunnen doen op artikel 3:88 BW. Een voorbeeld. Stel er wordt toch een akte verleden in strijd met het voorkeursrecht. De nieuwe rechthebbende gaat vervolgens het geheel onder hypotheek zetten. Wordt een derde, in ons voorbeeld een bank, dan nog beschermd? Zoals hierboven is uitgelegd gaat die vlieger bij onbevoegdheid van de eigenaar niet op. De bank wordt bij onvervreemdbaarheid van een onroerende zaak wel beschermd, omdat de eigenaar niet onbevoegd is. De bank kan dan een succesvol een beroep kan doen op art. 3:88 BW, mits ze te goeder trouw is. Hieraan zal eenvoudig kunnen worden voldaan, nu de voetverklaring op de akte van de notaris voor waar mag worden gehouden (Schild, 2009).

Een laatste mogelijkheid die resteert voor een derde die geconfronteerd wordt met een voorkeursrecht c.q. een gebrek in de overdracht (nl. beschikkingsonbevoegdheid) is dat hij zich zou kunnen beroepen op verkrijgende verjaring (artikel 3:99 BW).

Verkrijgende verjaring wordt ook wel acquisitieve verjaring genoemd.¹⁸ Dit beroep kan worden gedaan na een verloop van 10 jaren van een onafgebroken bezit, daarnaast is vereist dat de derde te goeder trouw is (Van Velten, 2003). Logischerwijs moest op het moment dat de verjaring begon te lopen het voorkeursrecht niet kenbaar zijn uit de openbare registers, met het oog op artikel 3:23 BW (aan te goeder trouw zijn zal dan namelijk niet snel worden voldaan, omdat het voorkeursrecht kenbaar was uit de openbare registers). Indien de derde die het goed onder bijzondere titel heeft verkregen nog geen 10 jaar lang het onafgebroken bezit heeft van het betreffende goed, is niet gezegd dat hij geen beroep kan doen op verjaring. Op grond van artikel 3:102 lid 2 BW mag hij de termijn van zijn voorganger(s) die de verjaring begonnen aan te vangen er bij optellen mits deze voorganger(s) te goeder trouw waren en de verjaring toen al een aanvang had genomen (Reehuis, 2001). M.a.w. er moest toen al sprake zijn van een gebrek in de overdracht.

7.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is geconcludeerd dat het voorkeursrecht goederenrechtelijke werking heeft. Dit is gebaseerd op de wetsgeschiedenis, de jurisprudentie en de vakliteratuur. De term goederenrechtelijke werking wil zeggen dat een bezitter van een zaak er absolute werking tegenover derden van kan laten gelden. Het voorkeursrecht maakt inbreuk op deze absolute werking.

Daarbij hebben we gezien dat het geheel te herleiden is tot twee situaties. Één waarbij de akte niet goederenrechtelijk perfect is en andere situatie waarbij de akte wel goederenrechtelijk perfect is. Iedere situatie vraagt om zijn eigen oplossing om het geheel weer ongedaan te maken. Dat wil zeggen de onroerende zaak weer in die toestand te krijgen van voor het moment van de overdracht/levering.

In het geval de akte niet goederenrechtelijk perfect is komt het er in de kern op neer dat het goed door oplegging van een voorkeursrecht niet meer overdraagbaar is. Dit houdt in dat als er, ondanks het voorkeursrecht, toch door een notaris een leveringsakte wordt opgemaakt, waarbij ook de voetverklaring van artikel 24 Wvg is geplaatst en vervolgens een inschrijving in de openbare registers plaatsvindt, de eigendom niet van eigenaar is verwisseld. Dat dit ongewenste effecten kan hebben voor de rechtszekerheid in zijn algemeenheid alsmede in de vastgoed en financiële (hypothecaire) wereld in het bijzonder is een feit.

De gemeente kan, nadat zij hiervan kennis heeft genomen, proberen deze transactie door het vorderen van een verklaring voor recht weer ongedaan te laten maken om zo de registers weer op orde te krijgen (eventueel door het vonnis in te laten schrijven in de openbare registers). Aanvullend kan zij hierbij nog eisen dat het goed aan haar geleverd wordt. Als de gemeente de verklaring voor recht vordert moet zij aantonen dat het goed nooit daadwerkelijk is overgedragen, doordat het onvervreemdbaar was geworden omdat er voorafgaand aan de transportdatum al rechtsgeldig een voorkeursrecht was gevestigd. Dat dit mogelijk niet kenbaar was uit de openbare registers voor de notaris doet niet terzake.

Indien de akte goederenrechtelijk wel perfect is staat de gemeente in eerste instantie met legen handen. De enige mogelijkheid die dan nog resteert om een transactie terug te draaien is dat de gemeenten een vordering in stelt op grond van onrechtmatige daad en daarbij een schadevergoeding eist, anders dan in geld. Namelijk het ongedaan maken van de transactie en als aanvullende eis levering van de onroerende zaak aan haar.

¹⁸ De extinctieve (bevrijdende) verjaring wordt buiten beschouwing gelaten. Ten eerste omdat de termijn om hierop een beroep te kunnen doen 20 jaar is en het voorkeursrecht dan veelal niet meer relevant zal zijn. Ten tweede omdat deze gebaseerd is op bezit niet te goeder trouw.

In alle gevallen geldt dat een gemeente bij notariële overdrachten geen gebruik kan maken van artikel 26 Wvg, omdat dit een vangnetbepaling is die niet gebruik kan worden om notariële overdrachten ongedaan te maken, deze bepaling geldt voor alle andere handelingen waarbij vooraf geen notarieel toezicht verzekerd is. Daarnaast geldt dat de gemeente niet tot het oneindige kan wachten met het ondernemen van actie. Indien zij transactie ongedaan wil maken moet zij binnen 10 jaar na overdracht actie ondernemen, om eventueel beroep op verjaring tegen te gaan.

De wijze die wordt voorgestaan in het wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wvg, om de gerechtigde onbevoegd te maken wordt als niet wenselijk gezien. De (ongewenste) effecten hiervan zijn nog groter, nu derden zich niet meer op derdebeschermende bepalingen kunnen beroepen, zoals die in de wet verankert zijn. Daarnaast is het onder de huidige wet al mogelijk ongewenste transacties terug te draaien. Kort en goed, de huidige wijze volstaat alleen is nog niet iedereen doordrongen van de juiste uitleg. Terzijde wordt nog opgemerkt dat het uitgesloten is dat het voorkeursrecht al werking kan hebben alvorens het al gevestigd is. Een en ander speelt pas na het moment van publicatie in de Staatscourant (na invoering wetsvoorstel, inschrijving in het beperkingenregister) en (al is het soms in theorie) het voor een ieder waarneembaar is of in ieder geval aanleiding moet zijn tot nader onderzoek, niet in de laatste plaats voor de notaris. Een gedegen onderzoek zal de notaris in elke zaak die tegen hem wordt aangespannen ten goede komen en zijn kans op gunstige uitspraak verhogen.

Ook dient scherp te worden onderscheiden dat de niet overdraagbaarheid van een goed niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de rechthebbende. Beschikkingsonbevoegdheid maakt een persoon onbevoegd voor alle handelingen tot een zaak. Indien gekozen wordt voor onvervreemdbaarheid van een zaak is de eigenaar alleen onbevoegd om de zaak te vervreemden, maar wel gerechtigd om alle andere handelingen te verrichten. Een gerechtigde moet wel die handelingen kunnen verrichten, zoals het vestigen van een hypotheek, die voor een normaal gebruik gewenst zijn.

Naast de hiervoor beschreven wijzen van het terugdraaien van notariële overdrachten is in alle andere gevallen het huidige artikel 26 Wvg ruimschoots voldoende om ongewenste constructies tegen te gaan. Ook op dat punt voegt het voorstel niets toe en is het een te zwaar middel dat te ver in grijpt binnen de huidige wetsystematiek.

Daarvoor geldt dat voor die gevallen, waarbij in strijd met het voorkeursrecht is geleverd, er altijd op grond van het gemene recht, te weten de redelijkheid en de billijkheid, kan worden besloten dat een transactie in stand moet blijven en deze niet wordt teruggedraaid indien een gemeente daarop een beroep doet, zulks blijkt ook uit de jurisprudentie.

Hoofdstuk 8 Conclusies en aanbevelingen

De voorgaande hoofdstukken zijn een weergave van de resultaten uit het onderzoek dat gedaan is. In dit hoofdstuk worden de hoofdconclusies uit de voorgaande hoofdstukken weergegeven en worden tevens een aantal aanbevelingen gedaan. De aanbevelingen zijn in hoofdzaak bedoeld voor notarissen, notarisklerken, notarieel medewerkers alsmede haar beroepsorganisatie. Immers de doelstelling was om met behulp van dit onderzoek een aantal handreikingen te doen aan het notariaat hoe in het voorkomende geval het beste kan worden gehandeld.

Het antwoord op de vraagstelling, zoals die uit dit onderzoek na voren is gekomen, is voorafgaand aan het formuleren van conclusies en aanbevelingen tijdens de onderzoeksperiode voorgelegd aan een aantal experts binnen het vakgebied. Door de beperkte respons hierop kan hier geen algemene strekking uitgehaald worden. Wel kan worden opgemerkt dat de meerderheid van de respondenten de oplossing uit dit onderzoek onderschrijft.

Het grondbeleid is geen doel op zich, maar een middel ter verwezenlijking van het ruimtelijke ordeningsbeleid. Grondbeleid wordt gerealiseerd met behulp van de grondbeleidsinstrumenten. De Wet voorkeursrechtgemeenten (Wvg) is er daar één van. De Wet voorkeursrecht gemeenten is een grondbeleidsinstrument dat bedoeld is om een marktregulerende werking te realiseren binnen de grondprijzen. De gedachte is dat als de overheid (meestal een gemeente) het eerste recht tot koop heeft de transactieprijs lager worden, omdat andere vragers in eerste instantie niet aan bod komen. In de praktijk blijkt dat dit niet altijd het geval is en dat onder andere door het te ruimhartig toepassen van het voorkeursrecht het tegenovergestelde soms gebeurt. Door een te royale toepassing verdwijnen binnen sommige regio's de vergelijkingstransacties, doordat binnen het totale gebied het voorkeursrecht van de Wvg gevestigd is. Hierdoor wordt het prijsdempende effect minder en kan zelfs in sommige situaties worden gesproken van prijsopdrijvend effect. Een andere verklaring is gelegen in het feit dat ondanks dat het voorkeursrecht gevestigd is, er toch nog transacties plaatsvinden waarbij de overheid niet als eerste afneemt. Voor een deel treft dit transacties waar de Wvg vrijstelling voor verleent en er geen verplichte aanbidding aan de gemeente is (artikel 10 lid 2 en 3 Wvg) voor een andere deel (vooral tot 2002) handige constructies waarbij het voorkeursrecht werd ontgaan.

Als het voorkeursrecht haar werk wel goed doet verkrijgt de gemeente grondposities tegen aanvaardbare prijzen en behoudt zij tevens de regierol met betrekking tot de planontwikkeling (uitvoering, fasering, realisatietempo, enz.). Het beschikken over een grondpositie binnen het plangebied versterkt deze namelijk enorm. Een ander voordeel van het hebben van grondposities is de mogelijkheid om extra inkomsten te genereren. De meeropbrengsten worden veelal ontvangen door de grondeigenaar.

De rechtvaardiging dat de gemeente (middels een voorkeursrecht) gronden als eerste kan verwerven met uitsluiting van de overige marktpartijen is gelegen in het feit dat de ruimtelijke regierol als mede het realiseren van verschillende (ruimtelijke) beleidsdoelen een publieke taak van de overheid is. Om deze rol goed te kunnen vervullen heeft de overheid instrumenten nodig, waarvan de Wvg er één van is. Met behulp van de Wvg kan de overheid voorkomen dat de krenten uit de pap worden gehaald door private ontwikkelende partijen en voor haar niet slechts de noodzakelijke en veelal commercieel minder interessante gronden resteren.

Het voorkeursrecht uit de Wvg wordt door gemeenten volop gevestigd binnen Nederland. Aan de andere kant vinden er vele vastgoedtransacties plaats waarvan een groot aandeel (landbouw)grond betreft.

Een groot deel van deze grond is zogenaamde warme grond die ligt in plangebieden of in toekomstige uitbreidingslocaties. Al dan niet met het voorkeursrecht daarop gevestigd. In lang niet alle gevallen gaan deze transacties goed of worden ze aangevochten door de betreffende gemeente. Een en ander leidt er toe dat er een behoorlijke hoeveelheid gerechtelijke procedures ontstaan over het voorkeursrecht in relatie tot de notariële transacties. Dat de belangen over en weer bij partijen groot zijn mag evident zijn. De vermogenswinsten die te behalen zijn op dergelijke gronden zijn soms aanzienlijk en veelal de moeite van het procederen waard.

In de praktijk blijkt dat er geen eenduidige lijn is met betrekking tot de status van artikel 24 Wvg notariële voetverklaring. In sommige gevallen wordt een gemeente niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek om de akte nietig te verklaren in andere gevallen wordt het verzoek wel toegewezen c.q. gaat de transportakte wel onderuit. Dit komt de vastgoedeconomische praktijk alsmede de (notariële) juridische rechtszekerheid niet ten goede.

Deze onduidelijkheid over de status van een notariële voetverklaring (artikel 24 Wvg) op een notariële akte roept een aantal onderzoeksvragen op. In dit onderzoek is onderzocht of een leveringsakte, die voorzien is van een notariële voetverklaring op grond van artikel 24 Wvg, goederenrechtelijk perfect is? En als blijkt dat dit zo is of die akte dan rechtens nog aantastbaar is en zo ja op welke wijze kan dit dan gerealiseerd worden? Hiermee wordt bedoeld of de gemeente nog de mogelijkheid heeft om de transactie ongedaan te maken.

Geconcludeerd kan worden dat een leveringsakte met daarop een artikel 24 Wvg voetverklaring goederenrechtelijk gezien een perfecte akte is, mits er niet in strijd met het voorkeursrecht is gehandeld en aan de vereisten uit artikel 3:84 lid 1 BW is voldaan. Deze conclusie is gebaseerd op grond van de wetsgeschiedenis, de parlementaire geschiedenis, de (vak)literatuur en een groot deel van de relevante jurisprudentie. Vorenstaande is alleen anders, indien de voetverklaring onterecht of op onjuiste gronden is geplaatst. Dan is de akte met de voetverklaring namelijk niet goederenrechtelijk perfect. Het voorkeursrecht zelf heeft namelijk ook goederenrechtelijke werking. Dit houdt dus in dat als er in strijd met het voorkeursrecht een transactie plaatsvindt er geen juridische eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden na de koper toe, doordat er een goederenrechtelijk gebrek in de levering is opgetreden (er is in zo situatie niet voldaan aan artikel 3:84 lid 1 BW). Er zit een gebrek in de levering, omdat er een niet overdraagbare zaak is overgedragen. De eigenaar was hiertoe niet bevoegd, omdat het voorkeursrecht de normaal gesproken vrije vervreemding blokkeert. Een zaak die onvervreemdbaar is geworden door het voorkeursrecht valt, hoe simpel het ook mag klinken, gewoon niet over te dragen.

Deze conclusie is onder andere ook gestoeld op het feit dat er sprake is van een wettelijk voorkeursrecht en het feit dat artikel 3:83 lid 1 BW zegt, vrij vertaald, dat de vrije overdracht onder andere door de wet kan worden ingeperkt. Een andere uitleg zou er toe leiden dat het voorkeursrecht verwordt tot een dode letter. Hiermee wordt bedoeld dat als het voorkeursrecht geen goederenrechtelijk effect heeft de bepaling van onwaarde wordt. Immers, er zou bij elke notariële transactie eenvoudig aan voorbij kunnen worden gegaan. Het rekening houden met voorkeursrecht is niet meer noodzakelijk, omdat het verder geen (rechts)gevolg heeft voor de notariële akte en de overdracht gewoon rechtsgeldig zou zijn. De gemeente heeft dan, behalve het gemene recht, geen mogelijkheid meer om dit tegen te gaan, daar artikel 26 Wvg niet op notariële overdrachten ziet. Feitelijk staat zij dan met betrekking tot de Wvg met lege handen. Dit kan niet de bedoeling zijn van de Wvg, haar aard en karakter verzet zich tegen een dergelijke uitleg. Kortom: het voorkeursrecht heeft goederenrechtelijke werking, wil de Wvg enig effect sorteren. Het effect kan zijn dat er in de ene situatie wel een goederenrechtelijk perfecte akte is en in de andere situatie niet.

Als de gemeente een transactie van een goederenrechtelijke gezien niet perfecte akte wil terug draaien, kan zij dat doen door een verklaring voor recht te vorderen, waarbij zij aantoonst dat de eigendom niet is overgaan op de nieuwe verkrijger. Zij kan tevens daarbij eisen dat de openbare registers op orde worden gebracht. Als de akte goederenrechtelijk gezien wel perfect is kan het vorenstaande niet. Het enige wat dan nog resteert, is een vordering op grond van onrechtmatige daad. Waarbij de gemeente een schadevergoeding eist anders dan in geld. Deze schadevergoeding zou kunnen bestaan uit levering van de onroerende zaak aan haar en voorzover de rechter hier niet in meegaat, kan de gemeente het terugdraaien van de transactie en op orde brengen van de openbare registers eisen. In alle gevallen geldt dat de gemeente de vordering tijdig moet instellen, dat wil zeggen binnen 10 jaar nadat partijen hebben gehandeld, om een eventueel beroep op verjaring tegen te gaan.

Het vorenstaande is mede gebaseerd op de deelvragen die in het onderzoek zijn beantwoord. De strekking van artikel 24 Wvg is dat er geen akte wordt verleden die het gemeentelijk belang bij het voorkeursrecht doorkruist, zonder dat de juiste procedures zijn doorlopen. Concreet komt dit er op neer dat de notaris de verklaring op de akte plaatst als er geen sprake is van een voorkeursrecht. Of indien hiervan wel sprake is hij hem pas plaatst als er geen strijd ontstaat met het voorkeursrecht uit de Wvg. Dit kan indien er beroep kan worden gedaan op vrijstellingsbepaling of als er sprake is van de situatie dat de gemeente afziet van verwerving (binnen drie jaar hierna kan een eigenaar vrij vervreemden zonder aanbieding aan de gemeente). Uit de jurisprudentie is gebleken dat de vrijstellingsbepalingen ruim moeten worden uitgelegd, in het voordeel van de private partij. Daarnaast is geconcludeerd dat een specifiek arrest van de Hoge Raad dat ziet op artikel 24 Wvg en zou kunnen leiden tot verduidelijking van de onderhavige problematiek nog niet gewezen is.

In de Wvg is aan het notariaat een controlerende rol toebedeeld. De notaris heeft de wettelijke plicht om te controleren of een overdracht wel of niet is toegestaan en of er een voorkeursrecht is gevestigd en dient hierover onder aan de overdrachtsakte een verklaring op te nemen. Nergens is opgenomen in de Wvg hoe de notaris zijn recherche moet doen. Daarnaast kent de Wvg ook geen specifieke sanctie op het foutief of onjuist plaatsen van de voetverklaring door de notaris. Uit het onderzoek is na voren gekomen dat de notaris het moet laten hangen van de omstandigheden van het geval en het gevoel dat hij er bij heeft of hij een beperkt of juist heel uitgebreid onderzoek doet. Verschillende factoren kunnen indicatie zijn voor een uitgebreid onderzoek, zoals het gebied waar iets speelt of welke partijen zijn ministerie verlangen.

Onder de huidige regels is het voor het notariaat soms lastig om die controlerende rol goed uit te voeren. Het voorkeursrecht treedt namelijk in werking na de bekendmaking van de terinzagelegging van het aanwijzingsbesluit in de Staatscourant. Op dat moment is het voorkeursrecht nog niet altijd per perceel ingeschreven in de gemeentelijke beperkingen registratie of de openbare registers van het Kadaster. In de Staatscourant worden de voorkeursrechten niet op perceelsniveau aangegeven, zodat de Staatscourant niet de door het notariaat vereiste informatie biedt. Ook het feit dat het voorkeursrecht niet in het kadaster hoeft te worden ingeschreven (geen constitutief vereiste is) bemoeilijkt de recherche. De notaris kan daarom op grond van de beschikbare informatie bij het passeren van zijn akte niet altijd met zekerheid vaststellen of het perceel is aangewezen voor een voorkeursrecht. De notaris doet er daarom verstandig aan om in twijfelgevallen, voorafgaand aan het passeren van de akte, schriftelijk bij gemeenten te informeren over het al dan niet aanwezig zijn van een voorkeursrecht. Hetzelfde geldt als partijen beroep doen op ontheffing of een vrijstelling.

Ook in zo geval doet de notaris er verstandig aan om de bewijsstukken van partijen zorgvuldig te bestuderen en in geval van twijfel contact op te nemen met de betreffende gemeente.

Een notaris doet er dan bij elke vastgoedtransactie waarvoor zijn ministerie wordt gevraagd verstandig aan zichzelf altijd 2 hoofdvragen en 3 subvragen te stellen:

1. Is er een voorkeursrecht gevestigd? Ja of nee.
2. Indien ja: Is het een rechtsgeldig voorkeursrecht en is de voorgenomen vervreemding in strijd met de Wvg?
 - 2.1 Kan er een beroep worden gedaan op artikel 10 lid 2 of 3 Wvg vrijstellingsbepalingen door de partijen?
 - 2.2 Is de Wvg van rechtswege vervallen ex artikel 9 Wvg?
 - 2.3 Is de 3 jaarsvrijstelling van toepassing?

Indien er volgens zijn onderzoek subvraag 2.1 aan de orde is (vrijstellingssituatie uit lid 2 en 3 van artikel 10 Wvg) mag hij bij de beoordeling ervan een ruime uitleg toepassen die in het voordeel is van de private partij. Als de notaris deze vragen keer op keer exact beantwoord wordt de kans op fouten tot een minimum beperkt, hetgeen vooral ook in zijn eigen voordeel werkt.

Gemeenten doen veelal een beroep op artikel 26 Wvg om een notariële transactie ongedaan te laten maken. Ten aanzien van dit artikel wordt het volgende opgemerkt.

Gesteld kan worden dat door het schrappen van de woorden "aan het belang van de gemeente" uit artikel 26 lid 1 Wvg in 2002, niet meer doorslaggevend is of het belang van de gemeente de nietigverklaring vergt, maar alleen of de rechtshandeling de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan het voorkeursrecht van de gemeente. Het gaat dus om het criterium of aan het doen ontstaan van een uitzonderingsgrond een rechtshandeling ten grondslag ligt die op voet van artikel 26 Wvg voor nietigverklaring in aanmerking kan komen. Hierbij is essentieel dat de gemeente een voldoende publiek belang heeft bij de verwerving van de betreffende percelen waarop zij het voorkeursrecht vestigt. Zij hoeft dit niet (meer) aan te tonen met een tot in detail uitgewerkt plan. Een globaal plan (neergelegd in welke planfiguur dan ook) of een concreet (beleids)voornemen volstaat. Voldoende is dan dat aangetoond wordt dat de gewraakte handeling afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente. Als de gemeente het vorenstaande kan aantonen en het geen notariële overdracht betreft, zal het beroep op artikel 26 Wvg in bijna alle gevallen slagen. Het artikel werkt met betrekking tot die rechtshandelingen zo goed dat een nadere wetswijziging c.q. aanpassing niet gewenst is.

Met de verschillende wetswijzigingen van artikel 26 Wvg is wel een wijziging beoogd om de nietigheid in te roepen van de aard van de verschillende rechtshandelingen, maar is geen wijziging in de tijd beoogd van het inroepen van de nietigheid. De uitgangspunten waarop artikel 26 Wvg ziet zijn nog altijd hetzelfde. Dit komt er op neer dat artikel 26 niet van toepassing is op notariële overdrachten, maar wel ziet op alle andere (rechts)handelingen (waarmee materieel het zelfde als vervreemding wordt beoogd).

Door de notaris gepasseerde leveringsakten kunnen niet op grond van de Wvg nietig worden verklaard. Artikel 26 Wvg is bedoeld als vangnetbepaling om rechtshandelingen te kunnen aantasten waarbij voorafgaand notarieel toezicht niet wettelijk verzekerd is. Uitgangspunt hierbij moet zijn de toetsing of er een rechtsgeldig voorkeursrecht is gevestigd. Geconstateerd wordt dat er een verandering gaande is in de toepassing van artikel 26 Wvg en daarmee de uitgangspunten verruimd worden. Met als gevolg dat artikel 26 Wvg verkeerd en te ruim wordt uitgelegd.

Immers, in recente arresten, vooral afkomstig van de rechtbanken maar ook van de hoven, worden notariële aktes onderuitgehaald met een beroep op artikel 26 Wvg. Dit moet zowel wetstechnisch, als op grond van de parlementaire geschiedenis, maar ook op basis van de hogere jurisprudentie als onjuist worden gezien. Opgemerkt wordt nog wel dat de vakliteratuur verdeeld is ten aanzien van dit punt.

Als er sprake is van onjuiste overdracht zou deze leveringsakte dus **niet** met een beroep op artikel 26 Wvg onderuit moeten, maar meer op de volgende grondslag. Er is een goed vervreemd dat in de kern niet (meer) vervreemdbaar is, doordat er een voorkeursrecht op ligt. Dit leidt tot de conclusie dat de levering gebrekkig is geweest. Immers, er is geleverd door een beschikkingsonbevoegde. Er is in strijd gehandeld met artikel 3:84 BW, hetgeen tot de conclusie leidt dat er sprake is van nietigheid. Het resultaat hiervan is dat het rechtsgevolg niet is ingetreden. Wat resteert, is slechts een civiele procedure en voor zover nodig een tuchtrechtelijke procedure tegen de partijen die in strijd met het voorkeursrecht hebben gehandeld door degene die hiervan nadeel heeft ondervonden (in casu de gemeente).

Het belang van het niet te ruim uitleggen c.q. toepassen van artikel 26 Wvg zit hem vooral in het feit dat anders de rechtszekerheid geschaad kan worden. Dit kan vooral ongewenste gevolgen kan hebben voor het financiële (vastgoed)verkeer, waarbij voornamelijk gedacht kan worden aan hypotheekverstrekkers. Deze kunnen voorzichtiger worden in de kredietverstrekking als (achteraf) blijkt dat de eigendom toch nog bij de vervreemder is gebleven. Zij moeten er op kunnen vertrouwen en mogen er ook op kunnen vertrouwen, dat hetgeen in de leveringsakte van de notaris staat, juist is. Hetzelfde geldt voor de koper te goeder trouw en opvolgende partijen die na deze transactie geleverd krijgen.

Uit het onderzoek is verder gebleken dat de Wvg vele malen een wetswijziging heeft ondergaan. Het einde hiervan is voorlopig nog niet inzicht. Recente ontwikkelingen zijn geweest dat niet alleen de gemeenten, maar ook de provincies en het rijk een voorkeursrecht kunnen vestigen. Daarnaast heeft de invoering van de nieuwe Wet ruimtelijke ordening tot aanpassing van de Wvg geleid aan de verschillende nieuwe planfiguren, hetzelfde geldt voor de invoering van de Grexwet. Deze wet biedt de mogelijkheid om de kosten die gepaard gaan met ruimtelijke ontwikkelingen voor een deel te verhalen op particuliere exploitanten. Indien de instrumenten uit die wet juist worden ingezet kan dit een prijsdempend effect hebben op de grondprijzen. De kans hierop wordt extra vergroot als naast de instrumenten die de Wro / Grexwet biedt gelijktijdig ook het voorkeursrecht uit de Wvg wordt ingezet. Een van de mogelijkheden die de Wro / Grexwet biedt is dat de gemeente met een ontwikkelende partij een anterieure overeenkomst sluit (voorheen: exploitatieovereenkomst). Waarbij tevens de afspraak kan worden gemaakt dat de gemeente het voorkeursrecht laat vervallen. Door zo te handelen kan een gemeente het voorkeursrecht uit de Wvg inzetten als een onderhandelingsinstrument. Om meer te kunnen zeggen over de mogelijkheden die de Wro/Grexwet biedt in relatie tot de Wvg dient nader onderzoek plaats te vinden.

De huidige wet kan op onderdelen nog steeds beter. Onder andere op het gebied van de kenbaarheid en wijze van publiceren. In het nieuwe wetsvoorstel is deel van de problemen die in de actuele praktijk spelen onderkend. Daarom wordt in het wetsvoorstel ook nieuwe regeling voor de kenbaarheid nagestreefd. Om in de toekomst ongeldige overdrachten te voorkomen en een eenvoudige uitoefening van de controlerende rol van het notariaat mogelijk te maken moet de kenbaarheid van geldende voorkeursrechten goed geregeld zijn. Daartoe moet door middel van een nieuwe regeling de kenbaarheid van het voorkeursrecht op het moment van inwerkingtreding van het voorkeursrecht zo effectief mogelijk worden geregeld.

Ook dient de nieuwe regeling een goede vervulling van publiekrechtelijke taken te faciliteren. Gemeente, provincie en rijk moeten hun voorkeursrechtbevoegdheid praktisch goed uit kunnen voeren. De nieuwe regeling moet er tevens voor zorgen dat de tijd die tussen inwerkingtreding van het voorkeursrecht en het kenbaarheidsmoment van het voorkeursrecht op perceelsniveau zo kort mogelijk is, zodat er geen voorkeursrechten kunnen bestaan die niet per perceel kenbaar zijn.

Momenteel zit er tijdsmoment van één dag tussen kenbaarheid van het voorkeursrecht en haar werking. Dit is gekomen door invoering van de digitale Staatscourant (Wet elektronische bekendmaking). Daarnaast is het van belang dat er zo weinig mogelijk tijd verstrijkt tussen het nemen van het aanwijzingsbesluit en het moment waarop het voorkeursrecht in werking treedt. Door dit tijdsmoment zo klein mogelijk te houden wordt voorkomen dat grondeigenaren anticiperend op de inwerkingtreding van het voorkeursrecht hun grond aan anderen dan de gemeente, provincie of het rijk verkopen.

De wijziging van het nieuwe wetsvoorstel om een eigenaar onbevoegd in plaats van het goed onvervreemdbaar te maken wordt als niet wenselijk beschouwd daar dit te veel rechtsonzekerheid veroorzaakt en te verstrekkende consequenties kan hebben voor de nieuwe eigenaar en andere derden.

Bij de vormgeving van de bekendmaking moet tevens rekening worden gehouden met de uitgangspunten van de per 1 juli 2007 in werking getreden Wkpb. Als gevolg van de Wkpb moeten gemeentelijke voorkeursrechten worden ingeschreven in een gemeentelijk beperkingenregister en bijgehouden in een geautomatiseerde gemeentelijke beperkingenregistratie. Provinciale- en rijksbeperkingen zoals provinciale- en rijksvoorkeursrechten worden op grond van de Wkpb ingeschreven in de openbare registers van het Kadaster. De in de gemeentelijke beperkingenregistratie en de openbare registers opgenomen informatie is voor de notaris, maar ook voor de gewone burger, toegankelijk via Kadaster Online.

Hieronder volgt een puntsgewijze opsomming van de aanbevelingen zoals die uit het onderzoek na voren zijn gekomen.

Aanbeveling 1

De Wvg zou een wetswijziging kunnen ondergaan met als resultaat dat inschrijving van een besluit tot aanwijzing van een voorkeursrecht in de openbare registers een constitutief vereiste wordt, naast het nu al publiceren in de Staatscourant. Eventueel zou dit aspect ook meegenomen kunnen worden in de aanstaande wetswijziging (wetsvoorstel 31.285). Voordeel hiervan is dat er meer transparantie ontstaat en de rechtszekerheid wordt vergroot. De recherche er eenvoudiger op wordt voor de notarissen en de kans op mistanden c.q. vergissingen kleiner wordt. Dit mede omdat de bewaarder van het kadaster lijdelijk is. D.w.z. ook al constateert hij in zijn ogen een foutieve inschatting van de werking van de Wvg, hij zal de akte als deze aan alle daaraan te stellen eisen voldoet, moeten inschrijven in de openbare registers.

Aanbeveling 2

Aanpassing van de Wet elektronische bekendmaking (WEB) of anders de Wvg waardoor het tijdsmoment van 1 dag tussen het kenbaarheidsmoment en inwerkingtredingsmoment van het voorkeursrechtbesluit wordt gedicht. Het initiatief om hiertoe te komen zou o.a. van de KNB af kunnen komen, omdat de notariële beroepsgroep hierbij gebaat is.

Eventuele schadeclaims kunnen namelijk voor rekening van de notaris komen. Een andere partij die zich hier sterk voor zou kunnen maken is de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG). Het kleiner maken van dit tijdsmoment leidt er namelijk toe dat er minder rechtsgeldige transacties aan andere derden kunnen ontstaan; die de overheid nu juist met vestiging van het voorkeursrecht wou tegengaan. Het grondbeleidsinstrument wordt er sterker door. Daarnaast is te verwachten dat hierdoor er een afname zal zijn van het aantal rechtzaken wat o.a. leidt tot een publieke lasten verlichting. Ten eerste doordat er minder publiek geld in juridische procedures gaat zitten, ten tweede doordat de gerechtelijke macht ontlast wordt met minder procedures.

Aanbeveling 3

Daar inschrijving van het voorkeursrecht in de openbare registers geen constitutief vereiste is en ook het raadplegen van het databestand bij het KNB geen 100% garantie biedt of op een perceel wel of geen voorkeursrecht is gevestigd, doet een notaris er verstandig aan om informatie in te winnen bij de betreffende gemeente. Nadat hij duidelijk gemaakt heeft om welk kadastraal perceel het gaat en voor welke datum de levering gepland is, zou hij daarbij specifiek na de volgende informatie kunnen vragen:

- is er geen voorstel tot vestiging van een voorkeursrecht door B&W gedaan, noch daartoe een besluit door de gemeenteraad genomen;
- zal voor gemelde leveringsdatum wel of niet een voorstel tot vestiging van een voorkeursrecht door B&W worden gedaan, of een besluit door de gemeenteraad worden genomen;
- is er wel een voorstel tot vestiging van een voorkeursrecht door B&W gedaan, dan wel daartoe een besluit door de gemeenteraad genomen. Dan graag een toezending van een kopie van het besluit;

Deze informatie kan hij gebruiken voor zijn besluitvorming omtrent het wel of niet plaatsen van een artikel 24 Wvg voetverklaring. Het helpt hem later eveneens als in het voorkomende geval een procedure tegen hem aanhangig wordt gemaakt.

Aanbeveling 4

Als voornoemde vragen leiden tot twijfel bij een notaris doet hij er in dat geval verstandig aan zijn ministerie te weigeren en kan er beter een standpunt uitgelokt worden van de rechter, waaraan hij zich conformeert. Los van eventuele wetgeving die hem hiertoe soms zelfs verplicht (o.a. Wet op het notarisambt) is het sowieso verstandig dit te doen, omdat eventuele ongewenste gevolgen van het te lichtzinnig plaatsen van een voetverklaring voor hem persoonlijk verstrekkende consequenties kan hebben. Waarbij te denken valt aan wettelijke (schadeclaims / vergoeding) en tuchtrechtelijke (ontzetting ambt) maatregelen.

Aanbeveling 5

Ten aanzien van de Wvg in relatie tot de Wkpb wordt opgemerkt dat zowel de gemeenten, alsook het notariaat er verstandig aan doen zich er van ter vergewissen welke rechtsgevolgen deze wet heeft voor publiekrechtelijke besluiten, zoals het vestigen van een voorkeursrecht. Niet alle partijen zin zich voldoende doordrongen welke gevolgen deze wet heeft en welke mogelijkheden het biedt in relatie tot de eigen werkzaamheden. Sommige gemeenten zouden het register beter op orde moeten houden en andere doelgroepen zouden het register meer moeten raadplegen. De noodzaak hiertoe is nog groter geworden nu sinds 1 juli 2009 de overgangsperiode voor het op orde brengen van het Wkpb register met publiekrechtelijke besluiten van voor 2007 is afgelopen.

Aanbeveling 6

Het KNB zou een duidelijke werkinstructie kunnen maken en afgeven aan haar notarissen hoe te handelen in de situatie dat er een voorkeursrecht is gevestigd. Het voordeel hiervan is dat de notaris beter beslagen te eis kan komen in eventuele procedures. De eenduidigheid van werken en daarmee de kans op fouten wordt er door verkleind.

Aanbeveling 7

Het notariaat doet er verstandig aan scherp in de gaten te houden wanneer wetsvoorstel 31.285, vereenvoudiging bekendmaking en aanbiedingsprocedure Wet voorkeursrecht gemeenten wet wordt. Onder andere omdat in dit voorstel de mogelijkheid wordt gecreëerd om een vrijstelling van de aanbiedingsplicht van het college van B&W te verkrijgen, indien de vervreemder hiervoor gewichtige redenen aanvoert. Het doorvoeren van deze wijziging betekent namelijk dat de notarissen er een taak bij krijgen. Namelijk het controleren of het beroep op deze vrijstelling door partijen juist is en daarnaast zal de notaris ook kennis moeten nemen van het desbetreffende besluit van het college van B&W om te controleren of de voorgenomen transactie in overeenstemming is met (de voorwaarden uit) het besluit.

Aanbeveling 8

Het zou raadzaam zijn dat de wetgever zich uitsprekt over de vraag wat de rechtsgevolgen zijn van een onjuiste notariële voetverklaring op een akte. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat het van cruciaal belang is voor de rechtszekerheid in het onroerend goedverkeer wat de (rechts)gevolgen zijn van een voetverklaring in relatie tot de Wvg. De wetgever zou er dan verstandig aan doen, voorzover de zienswijze afwijkt van de dagelijkse praktijk, het beoogde effect expliciet in de wet op te nemen. Deze helderheid verkleint de risico's en zal een afnamen van het aantal rechtzaken tot gevolg hebben. Kortom, dit zou een ieder ten goede komen.

Aanbeveling 9

Als een notaris aangezocht wordt door partijen om te adviseren in zogenaamde projectontwikkeling- of samenwerkingsovereenkomsten doet hij er verstandig aan om er voor te zorgen dat in zo betreffende overeenkomst niet zowel het economisch belang alsook de feitelijke beschikkingsmacht overgaat na de koper (toekomstig eigenaar) van de onroerende zaak. Ook een gedeeltelijke overdracht van beide aspecten is veelal al voldoende om de nietigheid in te kunnen roepen van een dergelijke overeenkomst. Op grond van de huidige jurisprudentie van onder andere de Hoge Raad kan gesteld worden dat dit soort overeenkomsten geen stand meer houden zodra de gemeente een beroep doet op artikel 26 Wvg. Het is daarom raadzaam als partijen al overgaan tot een dergelijke overeenkomst en de notaris hierin zijn ministerie verleent als adviseur, om slechts één van de twee voornoemde aspecten op te nemen in de overeenkomst. Vooralsnog zal dan de overeenkomst intact blijven, omdat dan veelal slechts sprake zal zijn van een volmactsconstructie. Het beroep van de gemeente zal dan na aller waarschijnlijkheid niet slagen, omdat er geen sprake is van een constructie die afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente.

Literatuurlijst

- Asbreuk – Van Os, mw. M.M. (2008), 'In de Invoeringswet titel 7.13 (vennootschap) ontbreekt een aanpassing van de Wet voorkeursrecht gemeenten.' *WPNR*.
- Bartels, S.E. (2001), 'Het gemeentelijk voorkeursrecht leidt tot onoverdraagbaarheid van de grond.' *WPNR* (6640), p. 320.
- Bosma, WJ, E.W.J. de Groot en J.J. Hoekstra (2008), 'Het ontduiken van de Wvg, dat valt niet (meer) mee!' *Bouwrecht* nr.4, p. 240-250.
- Brand, J.A.M. van den, E.W. van Gelder (2008), '*Handreiking Grondexploitatiewet*' Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Creemers, H.L.M.G, *Het recht van de eigenaar om de bestemming van de grond 'zelf' te realiseren*. Stamproy
- Cyupers, J.G. & J. Mus, (2004), *De Wet Voorkeursrecht Gemeenten toegelicht en toegepast*, Praktijkreeks ruimtelijke ordening, Alphen aan den Rijn:Kluwer.
- 'Gevolgen inwerkingtreding Wet elektronische bekendmaking'(2009), Circulaire van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag.
- Haccou, P.L.G. (2008) 'Wijziging WVGem in relatie de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken (Wkpb)' *Vastgoedrecht* 1 p. 23 e.v.
- Heijst, S.B.J. van (1998) 'De Wet voorkeursrecht gemeenten, de notariële verklaring en nietigheid.' *JBN Juridische Berichten voor het notariaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Hijma, J. (1988), *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, Deventer: Kluwer, p. 370-371.
- Hijmans, E.R. (1996), '*Recht rond grondtransacties*', Enschede: Vereniging van grondbedrijven.
- Hoekstra, J. (2000), 'Handhaving van het gemeentelijke voorkeursrecht' In: *Gemeentelijke grondverwerving, Preadviezen voor de vereniging voor Bouwrecht*, Deventer: Kluwer.
- Leeuw, A.C.J. de (1996), '*Bedrijfskundige methodologie: management van onderzoek*' Assen:Van Gorcum, 3^e herziene druk.
- Melis, J.C.H en B.C.M. Waaijer (2003), '*De Notariswet*', Deventer: Kluwer.
- Michels, A en A. Meijer (2003), 'Horizontalisering van het bestuur: een vraag om nieuwe vormen van publieke verantwoording', *Bestuurswetenschappen* Vol. 37, nr. 4, pp. 329-347.
- Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en Ministerie van Financiën (2001), 'Op grond van nieuw beleid.' Nota Grondbeleid, Den Haag, p. 110 e.v.

- Mus, J.B (2005), noot onder het arrest Hof Arnhem 9 maart 2004 nr. 773/03 artikel 26 Wvg, *Bouwrecht*, nr. 49
- Mus, J.B. en P.C.E. van Wijmen (2001), *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*. Alphen aan den Rijn: Samson.
- Memorie van toelichting (2007), Tweede Kamer, Vergaderjaar 2007-2008, 31.285 nr.3, KST 112858, 's Gravenhage: Sdu Uitgevers.
- Nuss, F.A.H. (2008), 'Tweede aanpassing Wvg veroorzaakt rechtsonzekerheid' *Vastgoedrecht*, 5.
- Overwater, P.S.A. (2009) 'Het verdwijnen van vergelijkingstransacties.', *Land en Tuinbouw Bulletin*, p.5.
- Preller, B.F. (2001), 'Het voorkeursrecht van het BBL' *Juridische Berichten voor het Notariaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Preller, B.F. (2007), 'De notariële voetverklaring van artikel 24 Wvg inde rechtspraak'. *JBN Juridische Berichten voor het Notariaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Preller, B.F. (2008) 'De wet voorkeursrecht gemeenten wederom op de helling'. *WPNR* 6749, Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.
- Preller, B.F. (2008), 'De Invoeringswet en de wet voorkeursrecht gemeenten.' *Juridische berichten voor het notariaat*. Den Haag: Sdu uitgevers.
- Rank Berenschot, E.B. (2005), In: 'T&C BW Boeken 1,2,3 en 4 Deventer: Kluwer, 6^e druk.
- Reehuis, W.H.M. (2004), *Monografieën nieuw BW, Losdeling Handboek B6b Levering*. Groningen: Kluwer.
- Reehuis, Prof. Mr. W.H.M. en mr. A.H.T. Heisterkamp (2001), *Het Nederlands burgerlijk recht, Goederenrecht*, Deventer:Gouda Quint, Pitlo deel 3 11^e druk
- Sluysmans, J.A.M.A. en W.J.E. van der Werf (2008) 'Kroniek Wet voorkeursrecht gemeenten 2007' *Tijdschrift voor Agrarisch Recht*, nr. 5.
- Snoep, M. (2007), 'Bij voorkeur nietig?', *Vastgoedrecht*, 2
- Storm, J.J. (2007), 'Uit de praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau' *WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 6714.
- Terpstra, P.R.A. (1995), 'Grondbeleid hoger op politieke agenda. 'Compacte stad' in het nauw', *B&G*, p.20-22.
- Titulaer, R.G.M. (2005), 'De Grondexploitatiewet en het gemeentelijke voorkeursrecht', *Vastgoedrecht*, 6 p. 181 e.v.

Velten, Van A.A. (2003), *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer:Kluwer, Ars Notariatus 120.

Wijmen, van P.C.E. (1998), *Wet voorkeursrecht gemeenten verklaard*, Deventer: Kluwer, p. 97.

Lijst met gebruikte afkortingen

Art. Artikel

Artt. Artikelen

Awb Algemene wet bestuursrecht

ATW Algemene Termijn Wet

Awb Algemene wet bestuursrecht

BBL Bureau Beheer Landbouwgronden

BFT Bureau Financieel Toezicht

BR Bouwrecht

Bro Besluit ruimtelijke ordening

BW Burgerlijk Wetboek

B&W College van Burgemeester en Wethouders

EVRM Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten voor de Mens en Fundamentele
Vrijheden

GS Gedeputeerde Staten

HR Hoge Raad der Nederlanden

IWro Invoeringswet Wet ruimtelijke ordening

JBN Juridische Berichten voor het Notariaat

KNB Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

MvT Memorie van Toelichting

NJ Nederlandse Jurisprudentie

NJF NJ Feitenrechtspraak

Ow Onteigeningswet

Rb Rechtbank

R.o. Rechtsoverweging

RvS Raad van State

SGR Structuurschema Groene Ruimte

VNG Vereniging Nederlandse Gemeenten

WAG Wet agrarisch grondverkeer

Web Wet elektronische bekendmaking

Wkpb Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen

Wna Wet op het notarisambt

WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Wro (nieuwe) Wet ruimtelijke ordening

WRO (oude) Wet op de ruimtelijke ordening

Wvg Wet voorkeursrecht gemeenten

Overzicht gebruikte jurisprudentie

Rechtbanken

Rb Utrecht (civiel) 30 december 1999 registratienummer 108367/KG ZA 99-1234/BL

Rb Haarlem 24 april 2007 rekestnummer 129929 (voorkeursrecht Zaanstad)

Rb Den Haag 8 december 2004 nr. 1179/B

Rb 's-Gravenhage 19 december 2007, LJN: BC 0917, 294492 / HA RK 07-985
(Waddinxveen)

Hoven

Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 2002 Deurne KG C0101076/HE

Hof Arnhem 9 maart 2004 nummer 773/03 artikel 26 BR 2005/49

Hof Den Haag 16 juni 2005 rekestnummer R05/269

Hof Amsterdam 17 november 2005 LJN AV0127

Hof Amsterdam 16 november 2006 LJN AZ 2635

Raad van State

ABRS 21 augustus 2002 LJN AE 6739

Hoge Raad der Nederlanden

HR 10 november 2000

HR 17 november 2000

HR 27 juni 2008 Christianen / Etten-Leur LJN BD1381

HR 13 november 2009 (gemeente Nunspeet) 08/02890 EV/AS

Bezochte internetsites

www.parlando.sdu.nl (15-2-2009)

www.notaris.nl (10-6-2009)

www.overwater.nl (18-10-2009)

www.tuchtrechter.nl (18-10-2009)

www.rechtspraak.nl (23-5-2009)

www.vrom.nl (7-12-2009)