

Door: mr. W.J.E. Van der Werf<sup>1</sup>

## Aanvullingswet grondeigendom: graaft het voorkeursrecht zijn eigen graf?

Enkele maanden geleden is het langverwachte wetsvoorstel voor de Aanvullingswet grondeigendom aan de Tweede Kamer gestuurd.<sup>2</sup> De Aanvullingswet vult de Omgevingswet aan met onder meer een nieuwe regeling van het voorkeursrecht. De huidige Wet voorkeursrecht gemeenten ('Wvg') komt te vervallen. Ten opzichte van de huidige Wvg voorziet de Aanvullingswet in een opmerkelijke wijziging. Anders dan nu het geval is, wordt het mogelijk gemaakt om een beroep op zelfrealisatie te doen. Als de toekomstige koper een geslaagd beroep op zelfrealisatie doet, hoeft de grondeigenaar zijn gronden niet meer eerst aan de gemeente te koop aan te bieden. Volgens de memorie van toelichting wordt door deze nieuwe uitzondering op de aanbiedingsplicht de positie van de vervreemder verbeterd. Verder wordt de regeling beter afgestemd op de regeling voor onteigening. Die gedachten zijn niet verkeerd, maar het voorstel leidt hierdoor - onbedoeld - ook tot sterke ondermijning van de regiefunctie van de gemeente. Het dreigt zelfs de regeling van het voorkeursrecht als passief verwervingsinstrument voor de overheid overbodig te maken.

Net zoals art. 10 Wvg nu bepaalt, mag op grond van het nieuwe art. 9.7 Omgevingswet een grondeigenaar niet overgaan tot vervreemding dan nadat hij de overheid die een voorkeursrecht heeft gevestigd, in de gelegenheid heeft gesteld dat te verkrijgen. Op deze aanbiedingsplicht geldt een aantal uitzonderingen. Géén aanbiedingsplicht geldt bij verkoop aan directe familie, de verdeling van een gemeenschap, een uiterste wilsbeschikking, een overeenkomst met de overheid, een executieverkoop of - bij een zgn. vervroegd voorkeursrecht - indien de pachter van zijn wettelijke voorkeursrecht gebruik maakt. Onder strenge voorwaarden kan uitvoering worden gegeven aan een koopovereenkomst die al was gesloten vóór

inwerkingtreding van het voorkeursrecht. Tot slot kan de grondeigenaar aannemelijk proberen te maken dat er gewichtige redenen zijn die de overheid ertoe moeten bewegen om hem te ontheffen van zijn aanbiedingsplicht. In zoverre is er weinig nieuws onder de zon: de bestaande uitzonderingen van art. 10 blijven ook onder de nieuwe regeling bestaan.

In art. 9.11 van het wetsvoorstel wordt echter ook een geheel nieuwe uitzondering op de aanbiedingsplicht gecreëerd. Die uitzondering gaat gelden als de 'verkrijger', dus degene die de grond wil kopen van de grondeigenaar, een geslaagd beroep op zelfrealisatie doet. Daarvoor moet hij (a.) bereid en in staat zijn om de nieuwe functie te verwezenlijken, (b.) concrete en op uitvoering gerichte voornemens hebben en (c.) de beoogde vorm van ontwikkeling, gebruik of beheer van de fysieke leefomgeving verwezenlijken op de wijze zoals door de overheid in het omgevingsplan is voorzien. De echo van de eisen die aan een geslaagd beroep op zelfrealisatie bij onteigening worden gesteld, klinkt hierin door. Dat is geen toeval. Volgens de memorie van toelichting is het ook de bedoeling om de regeling beter af te stemmen op de regeling voor onteigening. Verder moet hiermee de positie van de vervreemder worden verbeterd.

Het laat zich raden wat er gaat gebeuren: elke grondeigenaar die volgens het omgevingsplan een lucratieve ontwikkelingsmogelijkheid aan zijn gronden krijgt toegekend, zal op zoek gaan naar een ontwikkelaar die bereid is de gronden tegen de hoogste prijs te kopen. Die ontwikkelaar zal in vrijwel alle gevallen verklaren bereid en in staat te zijn om de ontwikkeling gedeeltelijk of geheel conform de door de gemeente beoogde wijze van planuitvoering voor zijn rekening te nemen. De ontwikkelaar zal het bevoegd gezag vervolgens kunnen verzoeken om te beslissen dat het voorkeursrecht niet van toepassing is, omdat hij aannemelijk kan maken dat hij aan de

<sup>1</sup> W.J.E. (Willem) Van der Werf is partner bij Van der Feltz advocaten in Den Haag, [www.feltz.nl/](http://www.feltz.nl/).

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2018/19, 35133, 2.

# VAN DER FELTZ

vereisten voor zelfrealisatie voldoet.<sup>3</sup> Het bevoegd gezag moet beslissen of dat inderdaad het geval is. Een dergelijk besluit is vatbaar voor bezwaar, beroep én hoger beroep. Mocht bijv. een gemeente niet op de betreffende ontwikkelaar zitten te wachten, omdat zij zelf via een tender een ontwikkelaar heeft geselecteerd om het plangebied tot ontwikkeling te brengen, dan ligt een jarenlange gerechtelijke strijd om de grondposities op de loer. Ook voor ontwikkelaars zelf - of zij nu de verkrijger zijn of de door de gemeente gecontracteerde partij - is dit geen aantrekkelijk perspectief. Bij een gerechtelijke vernietiging van een besluit waarbij medewerking aan de transactie wordt geweigerd, loopt de gemeente bovendien grote aansprakelijkheidsrisico's. De ontwikkelaar zal de vergeefs gemaakte plankosten, vertragingsschade en/of gederfde exploitatieopbrengsten vergoed willen zien. Die onzekerheid zal de gemeente ertoe bewegen om vooralsnog geen afspraken met de door haar gekozen ontwikkelaar te maken of de uitvoering van die afspraken op te schorten, waardoor een impasse dreigt. Van de realisatie van de doelen van het voorkeursrecht (het versterken van de regierol bij ruimtelijke ontwikkelingen, het voorkomen van speculatief gedrag en prijsopdrijving en het vergroten van inzichtelijkheid in de grondmarkt) blijft zo weinig meer over. De grondeigenaar kiest de ontwikkelaar die de hoogste prijs biedt en de gemeente moet vervolgens op perceelsniveau gaan strijden over 'de grip op de grond'.

Daarmee lijken we onherroepelijk terug te keren naar de periode vóór de reparatiewet van de Wvg in 2002, toen in het kader van de nietigverklaringsactie van art. 26 Wvg vele procedures over zelfrealisatie werden gevoerd. Men hoeft de memorie van toelichting bij dat succesvolle initiatiefwetsvoorstel er nog maar eens bij te pakken om te zien wat ons opnieuw boven het hoofd hangt.<sup>3</sup>

Van de zijde van het ministerie is aangegeven dat het een overheid niet uit zou moeten maken wie de ontwikkeling realiseert, zolang die maar wordt gerealiseerd en de overheid kostenverhaal kan plegen. Zo'n antwoord wekt bevreemding. Het zou immers een principiële keuze vóór een faciliterend grondbeleid en een afscheid van het actief grondbeleid betekenen. Een dergelijke keuze is in het

c wetsvoorstel<sup>e</sup> echter niet gemaakt. In de memorie van toelichting wordt wel gewezen op de (financiële) risico's van actief grondbeleid. Ook wordt aangegeven dat faciliterend grondbeleid beter past bij de met het wetsvoorstel beoogde 'organische gebiedsontwikkeling'. Maar de vrijheid om te kiezen voor een actief of faciliterend grondbeleid, of een mengvorm daarvan, is onverlet gebleven. Het wettelijk stelsel moet daar dan natuurlijk wel voldoende adequaat op zijn toegerust, en dat is met deze nieuwe uitzondering niet meer het geval.

In de recent verschenen Nota naar aanleiding van het verslag, waarin kritische vragen vanuit de Tweede Kamer over het voorstel worden beantwoord<sup>4</sup>, probeert de Minister de zaak klein te houden: "De regering verwacht dat de uitzondering in de praktijk geen belangrijke rol zal spelen. De huidige praktijk wijst uit dat gemeenten en eigenaren in de overgrote meerderheid van gevallen tot overeenstemming komen over een voorgenomen ontwikkeling, ook in de situatie dat er een voorkeursrecht is gevestigd." Waar haalt de Minister deze kennis van de praktijk vandaan? Ligt er enig empirisch onderzoek aan deze stelling ten grondslag? En gesteld dat het er in de praktijk echt zo aan toe gaat, waarom moet er dan eigenlijk een voorkeursrecht worden gevestigd? Wie enigszins is ingevoerd in de praktijk van de gebiedsontwikkeling, weet dat het naïef is om te veronderstellen dat de eigenaar en de gemeente in de meeste gevallen tot overeenstemming komen over een ontwikkeling. Een eigenaar verkoopt zijn grond het liefst aan de hoogste bidder. Als hij de grond op korte termijn tegen de hoogste prijs aan een door hem zelf gekozen ontwikkelaar kan verkopen, dan verkiest hij die makkelijke weg boven die van een onzekere en langdurige onderhandeling met de gemeente, die kan uitmonden in een onteigeningsprocedure.

Verder probeert de Minister de Kamer gerust stellen door erop te wijzen dat sprake is van een aantal cumulatieve criteria, waaraan moet worden voldaan. Ook kan de uitzondering alleen worden ingeroepen als het voorkeursrecht is gevestigd op basis van een omgevingsplan. De uitzondering is dus nog niet van toepassing bij een voorkeursrecht op grond van een zelfstandige beschikking, omgevingsvisie of programma. Pas als de gemeente duidelijkheid heeft geboden over de voorgestane ontwikkeling kan een beroep

3 Kamerstukken II, 2000-01, 27 750, nr. 3.

4 Kamerstukken II, 2018-19, 351 133, nr. 7.

# VAN DER FELTZ

worden gedaan op de uitzondering, aldus de Minister. Juist in deze eis schuilt een groot gevaar voor de ontwikkelingspraktijk. Een gemeente wordt gedwongen om strategisch te kiezen voor een zo laat mogelijk moment van vaststelling van een omgevingsplan, indien het risico bestaat dat zich direct na vaststelling van dat plan ongewenste transacties kunnen voordoen die onder de nieuwe uitzonderingsregeling vallen. Daarmee dreigt de discussie over de grondposities aan de voorkant de planvorming te beïnvloeden, terwijl het grondbeleidsinstrumentarium juist - aan de achterkant - de uitvoering van die plannen zou moeten faciliteren.

Ook de verwijzing naar de cumulatieve criteria overtuigt niet. Miskend wordt dat een omgevingsplan ook een globaal karakter kan hebben. De ontwikkelaar die een beroep op de uitzonderingsregeling wil doen bij een globaal omgevingsplan, zal veel eenvoudiger kunnen aantonen dat hij aan de wijze van planuitvoering voldoet, dan wanneer de

- c gemeente die wijze van planuitvoering nader heeft moeten toelichten en specificeren in een meer geconcretiseerd omgevingsplan, dat nodig is om een onteigeningsbesluit te kunnen nemen. De huidige eisen die de Kroon op dit punt stelt bij onteigening, blijven namelijk in principe ongewijzigd in stand. Met andere woorden: een beroep op zelfrealisatie onder de regeling van het voorkeursrecht zal in die gevallen zelfs eerder kunnen slagen dan een beroep op zelfrealisatie bij onteigening.

De nieuwe uitzondering op de aanbiedingsplicht, die moet gaan gelden bij een geslaagd beroep van de koper op zelfrealisatie, ondermijnt de regiefunctie van de gemeente, heeft langdurige juridische procedures en rechtsonzekerheid tot gevolg en brengt het risico van grote vertraging en zelfs afstel van de realisatie van gemeentelijke plannen mee. Het maakt ook de regeling van het voorkeursrecht overbodig. Art. 9.11 van het wetsvoorstel kan daarom beter geschrapt worden.