

## **Advies commissie Gedragscode**

**Adviesnummer:** 2009/03 (Wet Voorkeursrecht Gemeenten)

**Datum advies:** 22/06/2009

### **Korte inleiding:**

Er wordt een dilemma voorgelegd. Het gaat over grondaankopen en de Wet Voorkeursrecht Gemeenten (verder: Wvg).

### **Adviesverloop**

Het verloop van de adviesprocedure was als volgt. Bij brief d.d. 24 maart 2009 heeft het bestuur het onderhavige dilemma voorgelegd. Het verzoek is namens het bestuur ingediend door N. Zandvliet (bureau NEPROM).

In het verleden hebben projectontwikkelaars bij grondaankopen door middel van bepaalde constructies (een aanwijzing op grond van de) Wet Voorkeursrecht gemeenten geprobeerd te omzeilen. Dit levert discussie op tussen NEPROM-leden en kritiek op de sector.

De Commissie Gedragscode heeft het dilemma tijdens haar bijeenkomst d.d. 1 april 2009 besproken in aanwezigheid van Jan Fokkema en Nicolette Zandvliet (bureau NEPROM). Tijdens een bijeenkomst van 22 juni 2009 is het advies vastgesteld.

De toelichting op de adviesaanvraag spitste zich tijdens de behandeling toe op het 'ontkrachten' van een op grond van de Wvg reeds gevestigd voorkeursrecht.

### **Feiten**

Bij wijze van voorbeeld uit de praktijk zijn enkele uitspraken besproken, zoals de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 27 juni 2008 (LJN:BD1381) en de uitspraak van het Hof 's Hertogenbosch d.d. 14 augustus 2007 (LJN:BB6046).

Artikel 26 lid 1 Wvg verschaft de gemeente de bevoegdheid om de nietigheid in te roepen van rechtshandelingen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan haar in de Wvg geregelde voorkeurspositie.

Volgens jurisprudentie is al snel voldaan aan het 'kennijkestrekkingsvereiste' van art. 26 Wvg. Niet nodig is dat partijen bij het aangaan van de rechtshandeling de bedoeling hebben of zich ervan bewust zijn dat de handeling afbreuk doet aan de voorkeurspositie van de gemeente.

Voldoende en bepalend is dat de rechtshandeling zodanig is opgezet dat weliswaar geen –door artikel 10 lid 1 Wvg geblokkeerde- vervreemding (in de zin van artikel 1 sub a Wvg) plaatsvindt, maar materieel wel een daarmee gelijk te stellen resultaat wordt bereikt doordat (in enigerlei mate) de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond wordt overgedragen. Heeft de rechtshandeling op zichzelf beschouwd (in enigerlei mate) een afbreuk doend effect, dan is voldaan aan het kennelijke-strekkingsvereiste.

In de praktijk wordt/werd met koopovereenkomsten gewerkt die er op neer komen, dat de juridische levering is uitgesteld en dus geen vervreemding plaatsvindt, maar dat de beschikkingsmacht over de percelen in enigerlei mate reeds is overgedragen, in zoverre dat de verkoper contractueel niet meer vrij is de percelen aan te bieden aan de gemeente, bijvoorbeeld omdat de verkoper zich er toe verplicht heeft zoveel als in zijn mogelijkheid ligt, er aan mee te werken dat de projectontwikkelaar toch de beschikking over de percelen krijgt (ondanks dat de

gemeente een voorkeursrecht heeft gevestigd). De verkoper had in deze gevallen geen eigen economisch belang meer bij de percelen althans er was in enigerlei mate sprake van overdracht van economisch belang omdat de verkoper vooruitlopend op de betaling van de koopsom gelijk een geldsom ontving, weliswaar bij wijze van geldlening, ten bedrage van 90% van de koopsom.

### **Overwegingen commissie**

De NEPROM stelt zich ten doel de samenwerking te bevorderen tussen de overheid en projectontwikkelingsmaatschappijen bij de totstandkoming van vastgoedprojecten.

Bij deze samenwerking komen zowel publieke als private aspecten om de hoek kijken.

De Wvg betreft een onderwerp dat zich afspeelt op de scheidslijn tussen privaat- en publiek, waarbij gemeenten de regiefunctie (het primaat) hebben. De Commissie is van mening dat NEPROM-leden deze rol op grond van de Gedragscode dienen te respecteren en een op grond van de Wvg reeds gevestigd voorkeursrecht niet behoren te 'ontkrachten'. Met het werkwoord 'ontkrachten' doelt de Commissie niet op het aanwenden van een rechtsmiddel dat op grond van de wet open staat (dat staat iedereen ongeacht de afloop vrij), als wel op het uitvoeren van een zelf bedachte constructie met het oogmerk om het gevestigde voorkeursrecht doelbewust te omzeilen. Is dat laatste het geval, dan kan dit aan een goede samenwerking tussen NEPROM-leden en de (lokale) overheid in de weg staan. Het 'ontkrachten' van een op grond van de WVG reeds gevestigd voorkeursrecht is daarom in strijd met de volgende passage uit de Gedragscode, over 'Gedrag jegens lokale en regionale overheden':

*'Gegeven het bijzondere karakter van het product van de projectontwikkelaar, zullen NEPROM-leden ernaar streven een goede relatie te verkrijgen en te onderhouden met lokale of regionale vertegenwoordiging van de bevolking waar zijn hun activiteit ondernemen. Zij zullen ernaar streven, rekening houdend met gezonde bedrijfseconomische randvoorwaarden, hun activiteiten in goed overleg met de lokale overheid en met inachtneming van de lokale beleidsplannen te ondernemen.'*

De Commissie benadrukt, dat dit oordeel alleen ziet op het ontkrachten van een op grond van de Wvg reeds gevestigd voorkeursrecht en op de relatie tussen projectontwikkelaars en de (lokale) overheid en niet in het algemeen op het 'aftasten' van iedere wet. Het zou te ver gaan die lijn door te trekken omdat het uitgangspunt is dat de grenzen van de wet ter toetsing voorgelegd kunnen worden aan de rechterlijke macht. Per geval kan het daarom verschillen hoe met vergelijkbare situaties over andere onderwerpen omgegaan kan worden.

### **Conclusie en Advies**

**De Commissie vindt, dat op grond van de Wvg gevestigde voorkeursrechten volgens de Gedragscode gerespecteerd dienen te worden en dat er door NEPROM-leden geen constructies bedacht en uitgevoerd dienen te worden die in strijd zijn met dit uitgangspunt.**

**De Commissie adviseert het bestuur deze zaak met adviesnummer 2009/03 openbaar te maken.**