

De exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst gefixeerd of toch niet?

Door Evert Jan van Baardewijk

De rechtbank Den Haag¹ deed recent een uitspraak over een posterieure overeenkomst in een zaak van de gemeente Westland tegen een ontwikkelaar. Kern is de vraag of een afgesproken exploitatiebijdrage in een posterieure overeenkomst in die zin gefixeerd is dat er geen verrekening volgt als achteraf zou blijken dat de kosten de opbrengsten overstijgen. De rechtbank gaat ervan uit dat, nu er geen bepaling over verrekening is opgenomen in de overeenkomst, de bijdrage vast is en dat deze niet in aanmerking komt voor verrekening. Gevolg daarvan is dat de betaling niet uitgesteld kan worden totdat blijkt welk bedrag uit een eindafrekening zou volgen. Zo'n uitstel was namelijk de inzet van de ontwikkelaar.

De kwestie

De gemeente Westland en Hoogeland Vastgoed (de ontwikkelaar) hebben een posterieure overeenkomst gesloten over de ontwikkeling van een locatie binnen het exploitatieplan Hoogeland Deelgebied II.

Hoogeland wil deelgebied 2B tot ontwikkeling willen brengen ten behoeve van de bouw van een aantal woningen.

Over de betaling van de exploitatiebijdrage rijst tussen partijen een geschil. Afgesproken is dat de bijdrage in termijnen wordt betaald. Nadat de ontwikkelaar de eerste termijn heeft betaald blijven twee volgende termijnen onbetaald. De ontwikkelaar heeft aangegeven niet tijdig aan de betalingsplicht te kunnen voldoen. Uit de correspondentie blijkt dat de ontwikkelaar bezig is geweest een herfinanciering voor het project c.q. de gronden te krijgen om daaruit de eerstvolgende betalingstermijn te kunnen voldoen. Vanwege tijdsverloop verstuurt de gemeente de factuur voor de derde termijn.

Daarna blijkt bericht de ontwikkelaar dat ze de stukken nog eens op een rijtje heeft gezet en tot de conclusie is gekomen dat het betalen van de bijdrage niet kan plaatsvinden totdat er een eindafrekening is en de gemeente haar volledige duidelijkheid geeft over de definitieve exploitatieopzet.

Tussen partijen is met name in geschil of de gemeente onverkort aanspraak kan maken op de in de posterieure overeenkomst opgenomen exploitatiebijdrage, indien achteraf is gebleken dat de aan het project verbonden kosten de opbrengsten hebben overstegen.

De gemeente beroept zich bij haar aanspraak op de bijdrage op de Handreiking Grondexploitatiewet. De ontwikkelaar beroept zich op artikel 6.16 Wro en de wetgeschiedenis dat een particuliere eigenaar niet geconfronteerd kan worden met een tekort en stelt dat de overeenkomst nietig is.

Overwegingen en oordeel van de rechtbank

De rechtbank gaat de Handreiking Grondexploitatiewet na en betreft hoofdstuk 7, paragraaf 2 in haar overwegingen. De auteurs gaan daar uit van het fixeren van de bijdrage en noemen als voordeel daarvan voor een particuliere eigenaar dat deze niet meer geconfronteerd kan worden met een hogere bijdrage als bij een herziening van het exploitatieplan later zou blijken dat de kosten hoger uitvallen. Zij gaan uit van een vast bedrag, tenzij ze afspreken dat de hoogte van de bijdrage volgt uit het herziene exploitatieplan. Dat kan eventueel in een afrekenbeding overeen worden gekomen. De

¹ De uitspraak is van 21 maart 2018, gepubliceerd op 22 mei 2018. ECLI:NL:RBDHA:2018:5140.

rechtbank acht dit voldoende onderbouwing voor de gemeentelijke stelling dat de opgenomen bijdrage in beginsel gefixeerd is.

Het geschil spitst zich toe op de beantwoording van de vraag of het uitgangspunt van fixatie meebrengt dat, wanneer (zoals hier) geen eindafrekening is overeengekomen, niet van de overeengekomen exploitatiebijdrage kan worden afgeweken. De rechtbank is van oordeel dat niet van de bijdrage kan worden afgeweken. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend. De stelling van de ontwikkelaar dat uit artikel 6.16 Wro en de daarbij behorende parlementaire geschiedenis anders zou moeten worden afgeleid, volgt de rechtbank niet. Dit artikel ziet immers op de kosten en opbrengsten zoals vastgesteld in het exploitatieplan. Alleen als op dat moment de kosten de opbrengsten overstijgen, geldt dat de gemeente de kosten slechts kan verhalen tot maximaal het bedrag van de opbrengsten. Deze situatie is hier niet aan de orde. Op het moment van het vaststellen van het exploitatieplan overstegen de kosten de opbrengsten immers niet en niet in geschil is dat de posterieure overeenkomst met het exploitatieplan in overeenstemming is.

De rechtbank ziet ook geen of onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling van de ontwikkelaar dat artikel 6.16 Wro ook geldt voor een individueel perceel, indien het project achteraf – zoals in dit geval volgens Hoogeland Vastgoed – niet rendabel blijkt te zijn geweest. Van strijdigheid met de in de Wro opgenomen verhaalsystematiek is geen sprake en het uiteindelijke negatieve exploitatieresultaat dient, bij gebreke van een afrekenbeding in de overeenkomst, hoe dan ook voor rekening van de ontwikkelaar te komen.

De ontwikkelaar heeft in dit verband aangevoerd dat het exploitatietekort met name hiervan het gevolg is dat in het exploitatieplan met een onjuiste inbrengwaarde van de gronden is gerekend. De rechtbank oordeelt dat dit – of de stelling over inbrengwaarden nu waar is of niet - aan het voorgaande niet kan afdoen. Het exploitatieplan is onherroepelijk is geworden en heeft formele rechtskracht. Daarom moet van de rechtmatigheid van het exploitatieplan worden uitgegaan. De rechtbank overweegt daarbij ook dat de ontwikkelaar als ervaren partij er zelf voor heeft gekozen om met de gemeente een posterieure overeenkomst te sluiten overeenkomstig het exploitatieplan en de daarin opgenomen exploitatiebijdrage. De ontwikkelaar was hiertoe niet verplicht

De rechtbank passeert het verweer dat de overeenkomst, voor zover de verhaalbare kosten de opbrengsten van de ontwikkeling overstijgen, nietig is en concludeert dat de ontwikkelaar de resterende betalingsverplichtingen moet voldoen met de contractueel bepaalde rente.

Beoordeling en belang

De figuur van de posterieure overeenkomst is geregeld in artikel 6.24 lid 2 Wro. Daar is bepaald het exploitatieplan in acht genomen wordt. Dat betekent dat uitgegaan moet worden van het bedrag dat volgt uit (de vigerende herziening van) het exploitatieplan. Dat wil niet zeggen dat het verboden is qua bedrag aan te sluiten bij herzieningen van het exploitatieplan of ook een verrekenbepaling op te nemen die aansluit bij artikel 6.20 Wro over de (eind)afrekening. Zo is er ruimte om te bepalen dat, als een vergunning niet wordt aangevraagd onder de herziening zoals die vigeert tijdens de ondertekening van de overeenkomst, maar op een later moment de bijdrage wordt vastgesteld op het bedrag dat voortvloeit uit de dan vigerende herziening. Immers, ook dan wordt het exploitatieplan in acht genomen. En als er later wordt verrekend op basis van werkelijke kosten, is het bedrag na verrekening nog steeds in lijn met het exploitatieplan, al is het dan in feite de laatste herziening van het exploitatieplan. In die zin sluit ik me aan bij de redenering van de Handreiking Grondexploitatiewet. Ik begrijp alleen niet waarom de rechtbank op die handreiking afgaat. In feite kiest de rechtbank een indirecte route, terwijl ze dit zelf uit de wettekst had kunnen afleiden. Hoe dan ook, het resultaat zou hetzelfde zijn.

Opmerkelijk zijn de redeneringen van de ontwikkelaar. Ik acht die vergezocht. Het is evident dat artikel 6.16 Wro niets met deze kwestie te maken kan hebben. Het is verder bevreemdend om te constateren dat de ontwikkelaar stelt dat de overeenkomst nietig is omdat artikel 6.16 er geen toepassing in heeft gekregen. De ontwikkelaar heeft hiermee haar hand zwaar overspeeld.

De uitkomst van deze rechtszaak is duidelijk. Het is op zich niet nodig in de overeenkomst expliciet te maken dat er geen verrekening geldt bij wijze van eindafrekening. Toch kan het geen kwaad dit wel expliciet te maken (tenzij partijen natuurlijk bewust wel zo'n verrekening willen). Beter duidelijkheid ten overvloede dan een spoortje interpretatieruimte over te laten waar dan vervolgens in wig in gezet kan worden.