

Posterieuze overeenkomst zonder afrekenbeding: aan de exploitatiebijdrage valt niet te tornen!

De auteur becommentarieert een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 21 maart 2018 over de vrij sporadisch voorkomende posterieuze overeenkomst. Centraal stond de vraag of de gemeente onverkort aanspraak kon maken op de met de ontwikkelaar in een posterieuze overeenkomst overeengekomen exploitatiebijdrage, nu gebleken was dat de verhaalbare kosten de opbrengsten van de projectontwikkeling overstegen en tussen partijen geen afrekenbeding was overeengekomen.

R.J. Lucassen¹

Inleiding

De posterieuze overeenkomst over grondexploitatie vormt een betrekkelijk zeldzaam fenomeen. In het tienjarig bestaan van de Wro ben ik in mijn praktijk slechts één geval tegengekomen, en ik heb de indruk dat anderen binnen het werkveld van de grondexploitatie min of meer dezelfde ervaring hebben. Het is dan ook uitzonderlijk dat juist over een posterieuze overeenkomst onlangs een rechterlijke uitspraak is gedaan, temeer als men bedenkt dat jurisprudentie over de alomtegenwoordige anterieure overeenkomst ook nog maar mondjasmaat voorhanden is.²

De wettelijke grondslag voor de posterieuze overeenkomst is te vinden in artikel 6.24 lid 2 Wro, dat luidt: Na vaststelling van een exploitatieplan nemen burgemeester en wethouders bij het aangaan van een overeenkomst over grondexploitatie het exploitatieplan in acht, met dien verstande dat de overeenkomst bepalingen kan bevatten over de uitwerking van onderwerpen uit het exploitatieplan, maar geen bepalingen kan bevatten over onderwerpen welke deel kunnen uitmaken van een exploitatieplan, maar daarin niet zijn opgenomen.

Waar de contractsvrijheid bij het sluiten van een anterieure overeenkomst relatief groot is, zij het niet onbeperkt, neemt deze aanzienlijk af zodra een exploitatieplan is vastgesteld.

Een belangrijke overweging voor een grondeigenaar om posterieur met de gemeente te contracteren, is om zekerheid te krijgen over de hoogte van de exploitatiebijdrage. Uit het exploitatieplan is af te leiden welke exploitatiebijdrage de eigenaar verschuldigd is. Als de verwachting is dat de kosten van grondexploitatie nog zullen stijgen en via een herziening van het exploitatieplan zullen doorwerken in de exploitatiebijdragen voor projecten die nog gerealiseerd moeten worden, dan is het voor de grondeigenaar aantrekkelijk om de relatief gunstige exploitatiebijdrage van het moment 'vast te klikken'. In het hierna te bespreken vonnis van de Rechtbank Den Haag van 21 maart 2018³ ging het om de vraag of de gemeente onverkort aanspraak kon maken op de met de ontwikkelaar in een posterieuze overeenkomst overeengekomen exploitatiebijdrage, nu gebleken was dat de verhaalbare kosten de opbrengsten van de projectontwikkeling overstegen en tussen partijen geen afrekenbeding was overeengekomen.

Casus

In deze zaak had de gemeente Westland (hierna: de Gemeente) met Hoogeland Vastgoed (hierna: de Ontwikkelaar) een posterieuze overeenkomst gesloten om te komen tot de ontwikkeling en realisatie van 16 koopwoningen. Hiervoor was een exploitatiebijdrage verschuldigd, in vier termijnen te voldoen. De derde en vierde termijn bleven onbetaald. De Ontwikkelaar laat de Gemeente weten dat de betaling daarvan niet kan plaatsvinden totdat er een eindafrekening is die volledige duidelijkheid verschaft over de definitieve exploitatieopzet [klaarblijkelijk wordt hierbij verwezen naar de exploitatieopzet behorende bij het exploitatieplan – *auteur*].

Geschied

De Gemeente stapt daarop naar de rechter en vordert betaling van de resterende termijnen, vermeerderd met contractuele rente. Zij stelt zich daarbij op het standpunt dat zij onverkort aanspraak kan maken op de overeengekomen exploitatiebijdrage, ook al is inmiddels gebleken dat de aan het project verbonden kosten de opbrengsten hebben overstegen. Onder verwijzing naar de *Handreiking Grondexploitatiewet* betoogt zij dat partijen de exploitatiebijdrage in de overeen-



Foto: Tineke ten Have

komst hebben gefixeerd en dat het risico dat die bijdrage achteraf gezien te hoog is, voor rekening van de Ontwikkelaar dient te komen. De Ontwikkelaar op zijn beurt wijst op artikel 6.16 Wro, de zogeheten macro-aftoppingsregel, die inhoudt dat de omvang van de te verhalen kosten beperkt is tot maximaal het bedrag van de geraamde opbrengsten van de exploitatie. Die regel beoogt te voorkomen dat een eventueel exploitatietekort op de particuliere initiatiefnemers van een ontwikkeling in het exploitatiegebied wordt afgewenteld. De Ontwikkelaar is daarom van oordeel dat de overeenkomst, voor zover de verhaalbare kosten de opbrengsten van de ontwikkeling overstijgen, nietig is.

Oordeel rechtbank

De rechtbank citeert uit de genoemde *Handreiking Grondexploitatiewet* en komt op basis daarvan tot de conclusie dat de in de posterieure overeenkomst opgenomen exploitatiebijdrage in beginsel is gefixeerd. Nu er tussen partijen geen afrekenbeding is overeengekomen, is de rechtbank van oordeel dat niet van de overeengekomen exploitatiebijdrage kan worden afgeweken. De macro-aftoppings-

regel van artikel 6.16 Wro heeft uitsluitend betrekking op de kosten en opbrengsten zoals vastgesteld in het exploitatieplan. Toen het exploitatieplan werd vastgesteld overstegen de kosten de opbrengsten niet, de kostenoverschrijding is pas later opgetreden, en niet in geschil is dat de posterieure overeenkomst met het exploitatieplan in overeenstemming is. De rechtbank verwierpt de stelling van de Ontwikkelaar dat artikel 6.16 Wro ook geldt voor een individueel perceel indien het project achteraf niet rendabel blijkt te zijn geweest, omdat voor die stelling onvoldoende aanknopingspunten bestaan. Hieraan kan niet afdoen dat volgens de Ontwikkelaar het exploitatietekort met name het gevolg is van de omstandigheid dat in het exploitatieplan met een onjuiste inbrengwaarde van de gronden is gerekend. Daartoe is van belang dat het exploitatieplan onherroepelijk is geworden en formele rechtskracht heeft gekregen, zodat van de rechtmatigheid daarvan moet worden uitgegaan, terwijl de Ontwikkelaar bovendien geheel vrijwillig deze posterieure overeenkomst is aangegaan. Het verweer inzake de (partiële) nietigheid van de overeenkomst wordt gepasseerd. De

conclusie is dat de Ontwikkelaar onverkort gehouden is de resterende termijnen van de exploitatiebijdrage te voldoen.

Commentaar

Het (ontbreken van een) afrekenbeding

Wie de parlementaire geschiedenis van artikel 6.24 lid 2 Wro erop naslaat, komt al snel tot de vaststelling dat daarin geen aanknopingspunten zijn te vinden voor de beantwoording van de rechtsvraag die in de voorliggende zaak aan de orde was. In de parlementaire stukken wordt benadrukt dat het vastgestelde exploitatieplan maatgevend is voor de inhoud van de posterieure overeenkomst, waarbij het exploitatieplan een uitputtende regeling biedt voor de financiële bijdragen in verband met de grondexploitatie.⁴ De vraag of een overeengekomen exploitatiebijdrage een latere verrekening uitsluit, is wel in het kader van de Invoeringswet Wro, zij het zijdelings, aan de orde geweest in relatie tot anterieure overeenkomsten: de regering wees erop dat met het oog op de situatie dat een exploitatieplan wordt vastgesteld in afwijking van een contract, in het contract zelf inhoudelijke of procedurele

bepalingen kunnen worden opgenomen.⁵ Aannemelijk is dat hiermee werd bedoeld op nacalculatieclausules.

Wat in de voorliggende uitspraak opvalt, is dat de rechtbank 'voldoende onderbouwing' voor de stelling van de gemeente dat de overeengekomen exploitatiebijdrage in beginsel gefixeerd is, ontleent aan de eerder genoemde *Handreiking Grondexploitatiewet*.⁶ Deze Handreiking, tot stand gekomen in samenwerking met het Ministerie van VROM, de VNG en de VVG, is immers geen officiële bron, maar 'slechts' een literatuurbron. Het is over het algemeen niet erg gebruikelijk dat een rechterlijk oordeel met zoveel woorden op vakliteratuur wordt gebaseerd, maar in dit geval zal het ongetwijfeld te maken hebben met het hiervoor genoemde ontbreken van een relevante passage in de parlementaire stukken van de Wro.

De vraag of bij een posterieure overeenkomst bij afwezigheid van een afreken- of verrekenbeding niettemin een afrekening zou moeten plaatsvinden indien – achteraf gezien – de aan de exploitatie verbonden kosten hoger uitkomen dan de opbrengsten, laat zich als volgt duiden. Een posterieure overeenkomst wordt aangegaan op basis van een vastgesteld exploitatieplan, dat tot stand is gekomen met toepassing van de macro-aftoppingsregel. Uit dat exploitatieplan is af te leiden hoe hoog de exploitatiebijdrage is die de eigenaar van grond waarop een aangewezen bouwplan is voorzien, verschuldigd is wanneer hij daarvoor een omgevingsvergunning aanvraagt. De exploitatiebijdrage in de posterieure overeenkomst moet daaraan gelijk zijn. In dit geval waren er méér exploitatiekosten dan -opbrengsten en betoogde de Ontwikkelaar dat de macro-aftoppingsregel nogmaals moest worden toegepast nu de exploitatie was voltooid. Dat zou erop neerkomen dat het kostenverhaal achteraf beperkt zou moeten worden tot het (lagere) niveau van de opbrengsten, wat zou resulteren in gedeeltelijke onverschuldigdheid van de overeengekomen exploitatiebijdrage.

Dat betoog kon geen genade vinden in de ogen van de rechtbank. De macro-aftopping is een eenmalige exercitie die wordt uitgevoerd in het kader van de vaststelling van het exploitatieplan. Zij wordt niet herhaald nadat de exploitatie is voltooid. Als de werkelijke kosten uiteindelijk hoger uitkomen dan aanvankelijk geraamd, kan de gemeente voor dat verschil geen naheffing opleggen. De kosten verbonden aan het bouw- en woonrijp maken van het eigen perceel waren in dit geval duur-

der uitgevallen dan aanvankelijk begroot, terwijl de verkoopopbrengsten als gevolg van de economische crisis waren tegengevallen. Daarnaast zou de kostenoverschrijding met name zijn veroorzaakt doordat in het exploitatieplan met een onjuiste inbrengwaarde van de gronden was gerekend. De Ontwikkelaar was van oordeel dat aan de eigen gronden te lage inbrengwaarden waren toegekend en aan een aantal overige gronden te hoge inbrengwaarden.

In combinatie leidt dat tot een relatief hoge netto-exploitatiebijdrage. Ik zie hier echter geen verband met de beweerde kostenstijging, aangezien de inbrengwaarde van alle gronden in een exploitatiegebied nu eenmaal ten tijde van de vaststelling van het exploitatieplan is gefixeerd op een bepaald bedrag dat nadien in beginsel niet meer wordt aangepast. Dat is alleen anders indien een hertaxatie in opdracht van de raad daartoe aanleiding geeft of wanneer een appellant aannemelijk maakt dat sprake is van een zodanige wijziging van feiten en omstandigheden ten opzichte van het eerder vastgestelde exploitatieplan dat de raad daarin aanleiding had moeten zien om (ook) de inbrengwaarden aan een hertaxatie te onderwerpen.⁷

Conclusie

De conclusie is duidelijk: zonder een afrekenbeding beweegt de posterieure overeenkomst niet mee met de feitelijke exploitatieresultaten. Zodra de posterieure overeenkomst met inachtneming van het exploitatieplan is gesloten, wordt afgerekend conform hetgeen de contracten daarover wel – of juist niet – zijn overeengekomen. De les die uit deze uitspraak volgt is voor de ontwikkelaar een andere dan die voor de gemeente. De ontwikkelaar die het risico wil uitsluiten of beperken dat hij zich verbindt tot betaling van een exploitatiebijdrage die achteraf hoger blijkt uit te vallen dan de herberekende exploitatiebijdrage die de gemeente op grond van artikel 6.20, derde lid, Wro zou verplichten tot terugbetaling van het verschil boven de drempel van vijf procent, zal moeten proberen daartoe een afrekenbeding in de overeenkomst te laten opnemen. Maar het moge tegelijkertijd duidelijk zijn dat dit voor de gemeente ongunstig is, tenzij het afrekenbeding zo wordt vormgegeven dat het twee kanten op werkt, en het de gemeente aanspraak geeft op een nabetaling indien de werkelijke kosten hoger uitvallen dan geraamd. Dat behoort mijns inziens ook tot de contractsvrijheid die partijen bij een posterieure overeenkomst genieten. Of een hogere rechter over de rechtsvraag in deze zaak een ander oordeel zal vellen, lijkt mij

zeer de vraag, maar in elk geval is er appel ingesteld.

noten

- 1 Mr. Robert Lucassen is advocaat bij CMS, sectie Vastgoed & Overheid.
De auteur dankt mr. J. Geelhoed, advocaat van gedaagde in deze procedure, voor het verstrekken van de nodige achtergrondinformatie.
- 2 Ik noem rechtbank. Noord-Holland 30 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:7279.
- 3 Rechtbank Den Haag 21 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5140.
- 4 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 218, nr. 3, p. 45-46.
- 5 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 938, nr. 3, p. 54.
- 6 Van den Brand, Van Gelder en Van Sandick (red.), *Handreiking Grondexploitatiewet*, Den Haag, 2008.
- 7 AbRS 8 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3645 (Valkenswaard).