

Macro-aftopping alleen van toepassing bij publiekrechtelijk kostenverhaal

Indien een gemeente en een projectontwikkelaar een posterieure exploitatieovereenkomst hebben gesloten zonder een afrekenbeding en er een exploitatietekort optreedt, kan de ontwikkelaar zich niet met succes beroepen op de zogeheten macro-aftoppingsregel om het tekort voor rekening van de gemeente te brengen, aldus het Hof Den Haag in een recent arrest.

R.J. Lucassen¹

Inleiding

In de editie van *Grondzaken in de praktijk* van juli 2018 besprak ik het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 21 maart 2018² over de uitvoering van een posterieure grondexploitatieovereenkomst gesloten tussen de gemeente Westland en projectontwikkelaar Hoogeland Vastgoed BV. Centraal in die zaak stond de vraag of de overeengekomen exploitatiebijdrage, die op een vast bedrag was vastgesteld ('gefixeerd') zonder dat was voorzien in een afrekenbeding, onverkort verschuldigd was nu was gebleken dat de kosten van het woningbouwproject hoger uitvielen dan de opbrengsten. Daardoor dreigde een exploitatietekort en zou het project niet langer rendabel zijn. De kostenoverschrijding zou volgens de ontwikkelaar veroorzaakt zijn doordat in de exploitatieopzet behorende bij het exploitatieplan met te lage inbrengwaarden van de in het exploitatiegebied gelegen gronden zou zijn gerekend. De ontwikkelaar stelde zich op het standpunt dat van betaling van de laatste termijnen van de afgesproken exploitatiebijdrage geen sprake kon zijn zolang er nog geen eindafrekening voorhanden was die volledige duidelijkheid zou bieden over de definitieve exploitatieopzet. In dat verband

deed hij een beroep op de zogeheten 'macro-aftoppingsregel' zoals vastgelegd in art. 6.16 Wro, die bepaalt dat indien in een exploitatieplan het bedrag van de aan de exploitatie verbonden kosten, verminderd met de door de gemeente in verband met die exploitatie ontvangen of te ontvangen subsidies en bijdragen van derden, hoger is dan het in het exploitatieplan opgenomen bedrag van de opbrengsten van die exploitatie, de gemeente die kosten slechts kan verhalen tot maximaal het bedrag van de opbrengsten. De redenering van de ontwikkelaar luidde kennelijk: zouden de gerealiseerde kosten boven de geraamde kosten (in dit geval meer specifiek: de geraamde inbrengwaarden) uitstijgen, dan zou dat in het kader van de eindafrekening van het exploitatieplan worden rechtgetrokken doordat de definitief vastgestelde exploitatiebijdrage neerwaarts zou worden bijgesteld, de ontwikkelaar als grondexploitant een terugbetaling van het te veel betaalde zou ontvangen en de gemeente het tekort zou moeten dragen. Helaas voor de ontwikkelaar ging die vlieger niet op. De rechtbank oordeelde dat niet van de overeengekomen exploitatiebijdrage kon worden afgeweken nu de overeenkomst niet voorzag in een afrekenbeding, gekoppeld aan de eindafrekening behorend bij het exploitatieplan. De macro-aftoppingsregel

is uitsluitend van toepassing op de kosten en opbrengsten zoals vastgesteld in het exploitatieplan, en geldt niet (ook) voor een individueel perceel. Het betoog over de te lage inbrengwaarden in het exploitatieplan kon evenmin gewicht in de schaal leggen, want het exploitatieplan was inmiddels onherroepelijk, aldus de rechtbank. De ontwikkelaar ging van dit vonnis in beroep bij het Hof Den Haag.

Oordeel hof³

Het hof stelt voorop dat er voor wat betreft het (verplichte) kostenverhaal zoals geregeld in afdeling 6.4 Wro de keuze is tussen enerzijds de publiekrechtelijke weg van het exploitatieplan en de omgevingsvergunning, en anderzijds de privaatrechtelijke weg van de anterieure of posterieure overeenkomst. Vervolgens geeft het hof de inhoud van art. 6.16 Wro (de macro-aftoppingsregel) weer en voegt daaraan toe dat deze regel betrekking heeft op de grondexploitatie als zodanig, niet op de exploitatie van individuele percelen of op een relatie met daadwerkelijk betaalde prijzen voor individuele percelen en dus ook niet op de vraag of en op welke wijze een bepaald perceel uiteindelijk winstgevend in de markt gezet kan worden. Anders dan wanneer een ontwikkelaar het laat aankomen op publiekrechtelijk



Foto: Annie van Roekel

kostenverhaal, waarbij het exploitatieplan nog kan wijzigen, staat met een posterieure overeenkomst in principe en behoudens een afrekenbeding, de hoogte van de verschuldigde exploitatiebijdrage vast. Het voordeel van het overeenkomen van een gefixeerde bijdrage, zoals in dit geval, is dat beide partijen daarover zekerheid hebben, maar het nadeel is dat van een wijziging van die bijdrage in principe geen sprake meer kan zijn. Het hof is het niet eens met de stelling van de ontwikkelaar dat uit art. 6.16 Wro zou volgen dat een posterieure overeenkomst voor de betrokken ontwikkelaar niet tot een negatief resultaat kan leiden. De macro-aftoppingsregel is immers niet van toepassing op de posterieure overeenkomst, en de ontwikkelaar heeft niet aangevoerd dat het exploitatieplan in strijd is met art. 6.16 Wro en evenmin dat de posterieure overeenkomst niet voldoet aan het voorschrift van art. 6.24 lid 2 Wro dat de exploitatieovereenkomst moet zijn gebaseerd op het exploitatieplan. Bovendien heeft het exploitatieplan formele rechtskracht gekregen, dus moet het hof ervan uitgaan dat de daarin opgenomen inbrengwaarden ten tijde van het vaststellen van dat plan op de juiste wijze waren begroot. Indien de exploitatie

van enkele individuele percelen later voor de ontwikkelaar niet winstgevend blijkt te zijn, staat art. 6.16 Wro er dan ook niet aan in de weg een ontwikkelaar te houden aan de in een exploitatieovereenkomst gemaakte afspraken, aldus het hof.

Commentaar

Door de raad van de gemeente Westland was in 2010 gelijktijdig met het bestemmingsplan het exploitatieplan Hoogeland Deelgebied vastgesteld. In de van het exploitatieplan deel uitmakende exploitatieopzet waren de door taxatie vastgestelde inbrengwaarden van de gronden in het exploitatiegebied opgenomen. De tussen de gemeente en Hoogeland Vastgoed BV in 2012 overeengekomen exploitatiebijdrage was – conform het voorschrift van art. 6.24 lid 2 Wro – in overeenstemming met de exploitatiebijdrage zoals die uit het vastgestelde exploitatieplan volgde. Toen de gronden benodigd voor de realisatie van het project door de ontwikkelaar moesten worden verworven, bleek dat niet mogelijk voor de bedragen waarop de inbrengwaarden waren vastgesteld. De grondkosten vielen daardoor hoger uit dan geraamd en dus hoger dan het grondkostenbedrag waarmee

de ontwikkelaar in zijn eigen exploitatieopzet had gerekend.

Een initiatiefnemer die omwille van het verkrijgen van zekerheid over de hoogte van de verschuldigde exploitatiebijdrage voornemens is een posterieure exploitatieovereenkomst met de gemeente aan te gaan, doet er verstandig aan het voorgaande in zijn overwegingen te betrekken. Als de gronden benodigd voor de realisatie van het project ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet door de initiatiefnemer zijn verworven, is er een zeker risico dat de kosten van verwerving hoger blijken uit te vallen dan het bedrag waarmee is gerekend bij de berekening van de exploitatiebijdrage. Als de overeenkomst dan, zoals in dit geval, niet voorziet in een afrekening waarbij de overeengekomen exploitatiebijdrage neerwaarts wordt bijgesteld, komt het aldus ontstane exploitatietekort geheel voor rekening van de initiatiefnemer/ontwikkelaar. De zekerheid over de verschuldigde exploitatiebijdrage is dan weliswaar verkregen, maar als er voor de ontwikkelaar financiële tegenvallers optreden, mag hij niet verwachten dat de gemeente hem uit de brand helpt. Dat partijen in de situatie van anterior dan

wel posterieur contracteren een afrekenbeding in hun overeenkomst mogen opnemen, volgt niet alleen uit de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.4 Wro maar vloeit daarnaast rechtstreeks voort uit het beginsel van de contractsvrijheid. Die is op dit punt niet ingeperkt door art. 6.24 lid 2 Wro, want hoewel deze bepaling zekere beperkingen stelt aan de inhoud van een posterieure overeenkomst (zoals dat deze geen afwijkingen van het exploitatieplan mag bevatten), laat zij voor het overige de contractsvrijheid tussen partijen onverlet. Van groot praktisch nut is dit inzicht echter naar mijn inschatting niet, immers het gaat hierbij om een kwestie van risicoverdeling, en naar valt aan te nemen zal geen enkele gemeente bereid zijn in geval van posterieur contracteren het risico van een exploitatiekort van de ontwikkelaar over te nemen (tenzij, wellicht, daar een aantoonbaar voordeel voor haar tegenover staat). Het hof heeft in navolging van de rechtbank geoordeeld dat de macro-aftoppingsregel niet van toepassing is buiten het geval van publiekrechtelijk kostenverhaal. Dat oordeel is volkomen juist want het volgt uit het systeem van de wet. Art. 6.12 t/m art. 6.22 Wro betreffen het publiekrechtelijk kostenverhaal, art. 6.23 gaat over de naar mijn indruk zelden of nooit uitgeoefende bevoegdheid van de gemeenteraad om een exploitatieverordening vast te stellen, en art. 6.24 is het enige artikel dat gaat over het contracteren over kostenverhaal.

In de overweging van het hof dat de macro-aftoppingsregel geen betrekking heeft op de exploitatie van individuele percelen zien we een parallel met een soortgelijke overweging die voorkomt in verschillende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In beroepen tegen exploitatieplannen waarin sprake is van kostentoe-rekening van bovenwijkse voorzieningen aan het exploitatiegebied werd, althans in het verleden, nogal eens door appellanten aangevoerd dat die toerekening onterecht was omdat hun percelen geen profijt van die voorzieningen ondervonden. De Afdeling heeft dergelijke betogen altijd consequent van de hand gewezen met de overweging dat het toerekeningscriterium 'profijt' als bedoeld in art. 6.13 lid 6 Wro ziet op de toedeling van kosten voor werken etc. aan het exploitatiegebied als geheel. Of een individuele grondeigenaar in het gebied profijt heeft, en zo ja in welke mate, van een specifieke voorziening of maatregel, is verder niet van belang, omdat de toerekeningscriteria geen betrekking hebben

op de verdeling van de kosten binnen het exploitatiegebied.⁴

Een interessant punt is nog dat zowel de rechtbank als het hof erop wijzen dat het exploitatieplan inmiddels onherroepelijk is en dat daaraan dus formele rechtskracht toekomt. De leer van de formele rechtskracht is van groot belang voor de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter. Zij komt er kort gezegd op neer dat indien tegen een besluit beroep heeft open gestaan bij de bestuursrechter, en dat beroep ongegrond is verklaard dan wel geen beroep is ingesteld, de civiele rechter bij de beoordeling van een bij hem ingestelde vordering dient uit te gaan van de rechtmatigheid van dat besluit, zowel naar inhoud als wijze van totstandkoming. In deze zaak was de ontwikkelaar van oordeel dat de gronden in het exploitatiegebied tegen te lage inbrengwaarden in de exploitatieopzet behorend bij het exploitatieplan waren opgenomen. Dat betoog kon niet slagen vanwege de formele rechtskracht van het exploitatieplan. De burgerlijke rechter moet zich dan onthouden van een oordeel over de juistheid of rechtmatigheid van de inhoud daarvan, in dit geval de juistheid van de opgenomen inbrengwaarden.

Conclusie

Het belang van dit arrest schuilt vooral daarin dat een gerechtshof als hoogste feitenrechter nu klip en klaar heeft geoordeeld dat de ontwikkelaar die door middel van een posterieure exploitatieovereenkomst de verschuldigde exploitatiebijdrage heeft gefixeerd en niets is overeengekomen over een afrekening op grond van de daadwerkelijk gerealiseerde kosten, zelf op de blaren moet zitten als zijn project door financiële tegenvallers minder of zelfs niet rendabel blijkt te zijn geworden.

Noten

- 1 Mr. Robert Lucassen is advocaat bij CMS, sectie Vastgoed&Overheid.
- 2 Rb. Den Haag 21 maart 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5140.
- 3 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:545.
- 4 Zie bijvoorbeeld AbRS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4922 en AbRS 16 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1573.