

Aan de gemeenteraad

datum	25-5-2021
behandeld door	NJW Visser
ons kenmerk	2021-0069642
doorkiesnummer	7706232
Onderwerp	Onverschuldigde betaling aan Rivierendriesprong

Geachte mevrouw, heer,

Per memo van 31 maart 2020 bent u geïnformeerd over de door de gemeente onverschuldigde betaling aan Van Herwijnen Beheer BV, als gevolg van een vergissing in de renteberekening, in het kader van de zaak met betrekking tot de planschadeclaim.

De gemeente heeft een rechtszaak tegen het bedrijf aangespannen om het teveel betaalde bedrag terug te vorderen.

Op 12 mei jl heeft de rechtbank Rotterdam de gemeente in het gelijk gesteld. Alle door het bedrijf aangedragen verweren zijn afgewezen.

Van Herwijnen Beheer BV dient aan de gemeente het bedrag van € 717.404,93 en de rente hierover, beslag-, na- en proceskosten te betalen.

Voor nadere details over de zaak verwijzen wij u graag naar de bijgevoegde uitspraak en de door onze advocaat opgestelde samenvatting van het vonnis.

Hoogachtend,

Burgemeester en wethouders van Papendrecht,
de secretaris,



J.M. Ansems

de burgemeester,



A.J. Moerkerke

mr. D. van Leersum
Postbus 380
3300 AJ Dordrecht

Handel

bezoekadres
Wilhelminaplein 100 / 125
3072 AK Rotterdam

correspondentieadres
postbus 50954
3007 BR Rotterdam

t 088-36 11915
f 088-36 10554

www.rechtspraak.nl

Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.

datum 12 mei 2021
contactpersoon K.X. Roosburg
doorkiesnummer 088-36 22378
ons kenmerk C/10/600751 / HA ZA 20/700
uw kenmerk
bijlage(n) 1
onderwerp GEMEENTE PAPENDRECHT/VAN HERWIJNEN

Ter informatie

- Om te behouden
- Volgens afspraak van
- Op uw verzoek van
- In dank terug
- Voor de vergadering van
- Uw advies vóór
- Uw commentaar vóór
- Terugzenden vóór
- Ter verdere behandeling



In naam van de Koning

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/600751 / HA ZA 20-700

Vonnis van 12 mei 2021

in de zaak van

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE PAPENDRECHT,
zetelend te Papendrecht,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. D. van Leersum te Dordrecht,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VAN HERWIJNEN BEHEER B.V.,
gevestigd te Kerkdriel,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mr. P.J. Peters te Rotterdam.

Partijen zullen hierna de Gemeente en Van Herwijnen genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding, met producties;
- de conclusie van antwoord in conventie, tevens houdende conclusie van eis in reconventie, met producties;
- de brief van 16 oktober 2020 van de rechtbank, waarbij een mondelinge behandeling is bepaald;
- de conclusie van antwoord in reconventie, met producties;
- de spreekantekeningen zijdens de Gemeente;
- de pleitaantekeningen zijdens Van Herwijnen;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 16 maart 2021.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Op 6 februari 2006 heeft Van Herwijnen bij de Gemeente een bouwvergunning aangevraagd. Bij beschikking van 31 mei 2006 heeft de Gemeente de bouwvergunning geweigerd. Op 21 juni 2006 heeft Van Herwijnen tegen de weigering een bezwaarschrift ingediend. In 2007 heeft Van Herwijnen de bouwwerken waarvoor de vergunning bij beschikking van 31 mei 2006 was geweigerd, zonder dat een vergunning was verleend, gerealiseerd. In 2008 is het ter plaatse geldende bestemmingsplan gewijzigd. Eind 2011 heeft de Gemeente Van Herwijnen verzocht voor de bouwwerken alsnog een vergunningsaanvraag in te dienen en heeft Van Herwijnen de Gemeente gewezen op de aanvraag van 2006. Op 25 juni 2012 heeft de Gemeente alsnog een bouwvergunning voor de reeds gerealiseerde bouwwerken verleend.

2.2. Bij uitspraak van 30 september 2016 van de rechtbank Rotterdam is de Gemeente, voor zover hier van belang, veroordeeld tot betaling aan Van Herwijnen van *“een tegemoetkoming in planschade van € 1.145.000,00 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van de ontvangst van de aanvraag”*.

2.3. Bij uitspraak van 6 februari 2019 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) de uitspraak van de rechtbank bevestigd.

2.4. In haar uitspraak van 6 februari 2019 heeft de ABRvS, ten aanzien van de in 2006 door Van Herwijnen aangevraagde bouwvergunning, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:

“10 (...) Voorts voert zij [Van Herwijnen, rechtbank] aan dat, gegeven deze situatie, een aanvraag om verlening van bouwvergunning voor het nog onbebouwde deel van de waterzone met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid was ingewilligd.

(...)

10.2. Dat het - onbebouwde - deel van 6.200 m² van de gronden van de waterzone feitelijk bouwterrein was, op het restant van de gronden van de waterzone bebouwing is opgericht en aan vorige eigenaren van de onroerende zaak meerdere malen bouwvergunning is verleend, laat onverlet dat het realiseren van bedrijfsbebouwing op dat deel van de gronden van de waterzone in planologische zin niet was toegestaan. Dat feitelijk in strijd met het planologische regime bouwvergunningen zijn verleend, doet er niet aan af dat deze juridisch op grond van de toenmalige wetgeving niet zonder vrijstelling van dat regime konden worden verleend. Dat betekent ook dat als een nieuwe aanvraag voor bebouwing zou zijn gedaan, deze in beginsel moest worden geweigerd.”

2.5. Op 6 februari 2019 heeft de toenmalige advocaat van de Gemeente, D. Roelands (verder “Roelands”), aan de toenmalige gemachtigde van Van Herwijnen, D. Frikkee (verder “Frikkee”), een e-mail gezonden met, voor zover hier van belang, de volgende inhoud:

“Beste Diana,

Jullie hebben de uitspraak van de AbRvS van vanochtend inzake planschade ongetwijfeld ook gezien. Gefeliciteerd met deze uitkomst.

De gemeente zal op basis van deze uitspraak de wettelijke rente berekenen en jullie eerst die berekening voorleggen alvorens tot het overmaken van het bedrag wordt overgegaan. Mag ik alvast vernemen op welk rekeningnummer het bedrag t.z.t. kan worden overgemaakt?”

2.6. De reactie per e-mail van 12 februari 2019 om 9.23u van S.A. Van Gemeren (verder "Van Gemeren") namens Frikkee luidt, voor zover hier van belang:

"Geachte mevrouw Roelands,

Mede namens mijn collega Diana Frikkee mail ik u.

Dank voor uw felicitaties, mede namen de heer Van Herwijnen.

U kunt het toegekende bedrag en de wettelijke rente overmaken op rekeningnummer NL49RABO0153.4056.43 t.n.v. Van Herwijnen.

Namens onze cliënt Van Herwijnen Beheer c.s. stellen wij voor om nu al tot betaling van de hoofdsom over te gaan. De wettelijke rente kan dan worden betaald na akkoord van Van Herwijnen op uw voorstel daartoe. De betaling van de hoofdsom hoeft daar niet van af te hangen."

2.7. Ook op 12 februari 2019, om 10.49u, stuurt Roelands per e-mail de navolgende reactie:

"Geachte mevrouw Van Gemeren,

Toevallig ontving ik zojuist van de gemeente bijgevoegde berekening van de wettelijke rente. Deze berekening gaat uit van betaling per 15 februari a.s.

Indien uw cliënt akkoord is, zorgt de gemeente voor betaling van dit totaalbedrag per genoemde datum.

Mag ik spoedig van u vernemen?"

Bij deze e-mail was als bijlage onderstaande renteberekeningstabel gevoegd.

Verwerkingsdatum: 7 februari 2019

Wettelijke renteberekening

Dossier: Van Herwijnen Beheer BV
Periode: 23-03-2011 tot en met 15-02-2019
Rente: Wettelijke handelsrente

Resultaat
Planschade op 23-03-2011 1.145.000,00
Rentebedrag 975.304,28
Totaal te betalen per 15-02-2019 2.120.304,28

Renteberekening

Van	Tot	Rentedagen	Percentage	hoofdsom	rente
23-3-2011	1-7-2011	100,00	8,00%	1.145.000	25.095,89
1-7-2011	1-1-2012	184,00	8,25%	1.145.000	47.619,45
1-1-2012	23-3-2012	82,00	8,00%	1.145.000	20.522,40
23-3-2012	1-1-2013	284,00	8,00%	1.238.238	76.865,47
1-1-2013	16-3-2013	74,00	7,75%	1.238.238	19.455,60
16-3-2013	23-3-2013	7,00	8,75%	1.238.238	2.077,86
23-3-2013	1-7-2013	100,00	8,75%	1.336.637	32.042,66
1-7-2013	1-1-2014	184,00	8,50%	1.336.637	57.273,97
1-1-2014	23-3-2014	81,00	8,25%	1.336.637	24.471,44
23-3-2014	1-7-2014	100,00	8,25%	1.450.425	32.783,57
1-7-2014	1-1-2015	184,00	8,15%	1.450.425	59.590,60
1-1-2015	23-3-2015	81,00	8,05%	1.450.425	25.910,94
23-3-2015	1-1-2016	284,00	8,05%	1.568.710	98.257,11
1-1-2016	23-3-2016	82,00	8,05%	1.568.710	28.292,50
23-3-2016	1-7-2016	100,00	8,05%	1.695.259	37.286,44
1-7-2016	1-1-2017	184,00	8,00%	1.695.259	68.180,93
1-1-2017	23-3-2017	81,00	8,00%	1.695.259	30.096,66
23-3-2017	1-1-2018	284,00	8,00%	1.830.823	113.962,49
1-1-2018	23-3-2018	81,00	8,00%	1.830.823	32.503,39
23-3-2018	1-1-2019	284,00	8,00%	1.977.289	123.079,49
1-1-2019	16-2-2019	46,00	8,00%	1.977.289	19.935,41
					<u>975.304,28</u>

2.8. Per e-mail van 12 februari 2019, 11:44u antwoord Van Gemeren:

“Geachte mevrouw Roelands,

Dank voor uw snelle reactie. Onze cliënt Van Herwijnen Beheer c.s. is akkoord met het voorstel van de gemeente Papendrecht.

U kunt het totale bedrag overmaken op het eerder genoemde rekeningnummer.”

2.9. Op 15 februari 2019 heeft de Gemeente aan Van Herwijnen € 2.122.660,80, inclusief het in de onder 2.7 weergegeven renteberekeningstabel genoemde rentebedrag van € 975.304,28.

3. Het geschil

in conventie

3.1. De Gemeente vordert – samengevat – veroordeling van Van Herwijnen tot betaling van € 717.404,93, primair uit hoofde van onverschuldigde betaling en, subsidair, uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, vermeerderd met rente en kosten, waaronder de beslagkosten.

3.2. De Gemeente voert hiertoe aan dat zij abusievelijk de wettelijke rente als bedoeld de artikelen 6:119a en 6:119b BW (verder de “handelsrente”) heeft betaald, terwijl zij slechts de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW (verder de “niet-handelsrente”) verschuldigd was. De grondslag voor de betaling waartoe zij veroordeeld was (en waarover rente betaald moest worden) betrof namelijk niet een handelstransactie. Voor het boven de niet-handelsrente betaalde bedrag, bestond derhalve geen rechtsgrond tot betaling, zodat dit meerdere (€ 717.404,93) onverschuldigd aan Van Herwijnen is betaald, aldus de Gemeente.

3.3. Van Herwijnen voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen in conventie met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten. Van Herwijnen voert daartoe het navolgende aan:

- primair: de dagvaarding is nietig aangezien daarin niet is vermeld dat van de gedaagde een griffierecht zal worden geheven en binnen welke termijn dat griffierecht betaald moet worden;
- subsidiair: er is geen sprake van onverschuldigde betaling omdat aan die betaling een beschikking als bedoeld in artikel 4:99 Algemene wet bestuursrecht (Awb) ten grondslag ligt, welke beschikking formele rechtskracht heeft;
- meer subsidiair: er is geen sprake van onverschuldigde betaling omdat aan die betaling een vaststellingsovereenkomst ten grondslag ligt;
- nog meer subsidiair: er is geen sprake van onverschuldigde betaling omdat de Gemeente bij die betaling een (voorwaardelijk) bevoordelingsmotief had.

3.4. Uiterst meer subsidiair beroept Van Herwijnen zich op verrekening met hetgeen de Gemeente aan haar verschuldigd is uit hoofde van onrechtmatige daad, zoals in reconventie zal worden gevorderd.

3.5. Op de stellingen van partijen in conventie wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

3.6. Van Herwijnen vordert – samengevat – bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- I voor recht te verklaren dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de dientengevolge geleden schade;
- II veroordeling van Gemeente tot betaling van € 518.840,00 vermeerderd met rente en kosten.

3.7. Van Herwijnen voert daartoe aan dat de Gemeente te laat op het bezwaarschrift van 21 juni 2006 heeft beslist. Daardoor had Van Herwijnen (nog) geen bouwvergunning verkregen ten tijde van de bestemmingsplanwijziging en daardoor heeft Van Herwijnen een lagere planschadevergoeding toegekend gekregen dan wanneer zij die bouwvergunningen op dat moment wel had gehad. Het is aannemelijk dat, als de Gemeente wel tijdig op het bezwaar had beslist, voor de wijziging van het bestemmingsplan (alsnog) een bouwvergunning was verleend.

3.8. Gemeente voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen in reconventie met veroordeling van Van Herwijnen in de proceskosten. De Gemeente betwist onder meer dat, indien wel tijdig op het bezwaarschrift zou zijn beslist, wel een

bouwvergunning zou zijn verleend. De gevraagde bouwvergunning kon namelijk wegens strijd met het geldende bestemmingsplan niet verleend worden zonder dat een vrijstelling zou zijn verleend. Dat een dergelijke vrijstelling daadwerkelijk zou zijn verleend staat geenszins vast, aldus de Gemeente.

3.9. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie

Nietigheid van de dagvaarding

4.1. Juist is dat de dagvaarding is behept met een gebrek waardoor deze met nietigheid wordt bedreigd. In de dagvaarding is immers niet voldaan aan het voorschrift van artikel 111 lid 2 sub k Rv.

4.2. Van Herwijnen is echter in het geding verschenen. Gesteld, noch gebleken, is dat Van Herwijnen, als gevolg van het gebrek aan de dagvaarding, onredelijk in haar belangen is geschaad. Daarmee is de nietigheid gedekt als bedoeld in artikel 122 lid 1 Rv. De dagvaarding is geldig.

Algemeen

4.3. De conventie draait om de rente die betaald is uit hoofde van de (op 6 februari 2019 door de ABRvS bekrachtigde) uitspraak van 30 september 2016 van de bestuursrechter te Rotterdam.

4.4. Van Herwijnen heeft niet betwist dat op grond van deze uitspraak de Gemeente de niet-handelsrente verschuldigd was en niet de handelsrente. Daarmee staat in deze procedure vast dat, alhoewel de uitspraak van 30 september 2016 op zich de rechtsgrond is voor betaling van vertragingsrente, deze uitspraak slechts de rechtsgrond is voor de betaling van de niet-handelsrente, doch niet voor betaling van het meerdere boven het bedrag van de niet-handelsrente. Voor dit meerdere (van – eveneens niet betwist – € 717.404,93) dient daarom een andere rechtsgrond te bestaan. Is geen sprake van zo'n andere, zelfstandige, rechtsgrond voor de betaling van dit meerdere, dan is dit bedrag onverschuldigd betaald en zal het terugbetaald moeten worden.

4.5. Van Herwijnen heeft drie zelfstandige rechtsgronden voor de betaling van het meerdere boven de niet-handelsrente gesteld (zie r.o. 3.3). Elk van deze gestelde rechtsgronden vormt een afzonderlijk bevrijdend verweer, waarvoor stelplicht en bewijslast, conform artikel 150 Rv, steeds op Van Herwijnen rusten.

Beschikking met formele rechtskracht

4.6. Van Herwijnen heeft ten eerste gesteld dat de rentebetaling haar grondslag heeft in een beschikking als bedoeld in artikel 4:99 Awb. Van Herwijnen heeft daartoe de door Roelands met haar e-mail van 12 februari 2019, 10.49u meegestuurde renteberekening betiteld als "betalingsbeschikking".

4.7. Van Herwijnen heeft in de randnummers 80 tot en met 91 van haar conclusie van antwoord in conventie weliswaar een aantal definities, omschrijvingen en kenmerken van een besluit in de zin artikel 1:3 van de Awb en de formele rechtskracht van zo'n besluit opgenomen, en, in dat verband, tevens verschillende artikelen uit de Awb aangehaald, maar Van Herwijnen heeft niet concreet onderbouwd op grond waarvan de renteberekeningstabel moet worden beschouwd als een beschikking in de zin van artikel 4:99 Awb. De rechtbank begrijpt uit het betoog van Van Herwijnen als geheel echter dat de stelling is gegrond op het feit dat de renteberekeningstabel op schrift is gesteld, de omstandigheid dat artikel 4:99 Awb, een besluit nou eenmaal voorschrijft en dat de rentebetaling in de besluitenlijst van de Gemeente is vermeld.

4.8. De Gemeente heeft gemotiveerd betwist dat deze renteberekeningstabel een beschikking in de zin van artikel 4:99 Awb is. De Gemeente heeft er daarbij, onder meer, op gewezen dat:

- in artikel 4:85 lid 3 Awb is bepaald dat titel 4.4 Awb, waarvan artikel 4:99 Awb onderdeel uitmaakt, niet van toepassing is op verplichtingen tot betaling die door de bestuursrechter zijn opgelegd;
- in de begeleidende e-mail op geen enkele wijze naar de renteberekeningstabel is verwezen als zijnde een beschikking van de Gemeente;
- de renteberekeningstabel niet is ondertekend door de Gemeente en niet door de Gemeente aan Van Herwijnen is toegestuurd;
- de advocaat van de gemeente die niet bevoegd was namens de Gemeente een beschikking te nemen.

4.9. De uitzondering van artikel 4:85 lid 3 Awb, waarop de Gemeente zich beroept, doet zich in dit geval niet voor. Bij vonnis van 30 september 2016 heeft de bestuursrechter zelf de inhoud van een door de Gemeente te nemen financiële beschikking bepaald (de toekenning van een bepaald bedrag aan planschade). Een dergelijke uitspraak is niet voor tenuitvoerlegging vatbaar zonder dat alsnog een corresponderend besluit van het veroordeelde bestuursorgaan (in dit geval de Gemeente) volgt, en valt daarom niet onder de uitzondering van artikel 4:85 lid 3 Awb.

4.10. De op grond van de uitspraak van 30 september 2016 verschuldigde rente behoorde, conform artikel 4:99 Awb dus inderdaad bij beschikking te worden vastgesteld. Dat de wet voorschrijft dat de rente bij beschikking moet worden vastgesteld, betekent echter nog niet dat die wettelijk voorgeschreven beschikking ook daadwerkelijk is genomen. De vraag is dus of in dit geval een dergelijke beschikking wel of niet is genomen.

4.11. In dat verband merkt de rechtbank op dat vast staat dat de renteberekeningstabel niet is ondertekend. Artikel 59a Gemeentewet schrijft echter voor dat alle stukken die van het college (van burgemeester en wethouders) uitgaan, door de burgemeester ondertekend en door de secretaris medeondertekend (of een ander indien de tekenbevoegdheid is gemandateerd) dienen te zijn.

4.12. In de begeleidende e-mail van Roelands wordt daarnaast niet naar de renteberekeningstabel verwezen als zijnde een besluit van de gemeente. Verwezen wordt enkel naar de "*bijgevoegde berekening van de wettelijke rente*".

4.13. Voor zover Van Herwijnen bedoeld zou hebben dat de beschikking niet zozeer bestaat uit louter de bijgevoegde renteberekeningstabel, maar uit de begeleidende e-mail van Roelands, of uit de e-mail en de renteberekeningstabel gezamenlijk, heeft Van Herwijnen niet weersproken is dat Roelands niet bevoegd was tot het nemen van een dergelijke beschikking.

4.14. Overigens is ook Van Herwijnen zelf ambivalent in haar kwalificatie van de renteberekening. Behalve als “betalingsbeschikking” betitelt Van Herwijnen de berekening immers ook als “betalingsvoorstel” (randnummer 59 conclusie van antwoord in conventie). Dit zijn echter elkaar uitsluitende grootheden. Een beschikking kan naar haar aard geen voorstel zijn en vice versa.

4.15. Dat de bij de e-mail van 12 februari 2019, 10:49u Roelands gevoegde renteberekeningstabel kwalificeert als een beschikking als bedoeld in artikel 4:99 Awb, heeft Van Herwijnen in het licht van het voorgaande onvoldoende gemotiveerd.

4.16. Het bestaan van enige andere schriftelijk beslissing van de Gemeente aangaande de te betalen rente, die wel als een beschikking in de zin van artikel 4:99 Awb zou kwalificeren, is gesteld, noch gebleken. De enkele omstandigheid dat de rentebetaling in de besluitenlijst van 19 februari 2019 van de Gemeente is vermeld maakt dit niet anders.

4.17. Alhoewel vast staat dat weldegelijk op grond van het vonnis van de bestuursrechter een bedrag aan rente door de Gemeente is betaald, kan in deze procedure niet worden vastgesteld dat de in dat verband wettelijk voorgeschreven beschikking ook daadwerkelijk is genomen. Dat een dergelijke beschikking de grondslag voor de betaling door de Gemeente van het bedrag boven de niet-handelsrente zou zijn, kan daarmee evenmin worden vastgesteld. Het door Van Herwijnen gevoerde bevrijdende verweer faalt. Aan de kwestie van de formele rechtskracht komt de rechtbank gezien het voorgaande niet meer toe.

Vaststellingsovereenkomst

4.18. Een vaststellingsovereenkomst veronderstelt naar haar aard op zijn minst een bestaand of sluimerend verschil van inzicht over een rechtsverhouding, dat zich tot een geschil zou kunnen ontwikkelen. Uitsluitend indien een overeenkomst de doelstelling heeft om zo'n verschil van inzicht te beëindigen of te voorkomen, is sprake van een overeenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Noodzakelijk voor de kwalificatie van een overeenkomst als vaststellingsovereenkomst is dus dat partijen over hun rechtsverhouding van mening verschillen (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/142). Vastgesteld moet kunnen worden dat ten tijde van het aangaan van de overeenkomst tussen partijen onzekerheid of een verschil van inzicht bestond over hun onderlinge rechtsverhouding en dat zij die/dat met de overeenkomst hebben willen beëindigen (HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9917).

4.19. In deze procedure is voldoende vast komen te staan dat bij de Gemeente onzekerheid bestond over welke wettelijke rente zij op grond van het vonnis van de bestuursrechter diende te betalen. De enkele omstandigheid dat bij een van beide partijen onzekerheid bestond en dat “partijen afspraken wilden maken over de omvang van de wettelijke rente” (zoals door Van Herwijnen gesteld in randnummer 134 conclusie van antwoord in conventie), is, gezien wat hiervoor onder 4.18 is overwogen, echter onvoldoende om tot het oordeel te komen dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten.

4.20. Nu Van Herwijnen niet heeft gesteld, en evenmin (uit de door Van Herwijnen aangehaalde e-mail-correspondentie) is gebleken, dat tussen partijen een verschil van inzicht over de verschuldigde rente bestond (en voor zover Van Herwijnen bedoeld heeft zulks te stellen, heeft zij dat niet onderbouwd), heeft Van Herwijnen ten aanzien van het sluiten van een vaststellingsovereenkomst niet aan haar stelplicht voldaan.

4.21. De rechtbank veroorlooft zich daarnaast om, ten aanzien van de gestelde vaststellingsovereenkomst, nog het navolgende op te merken. Indien al kunnen worden vastgesteld dat de Gemeente en Van Herwijnen wel een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot de wettelijke rente zouden hebben gesloten, zou deze nietig zijn. Artikel 4:98 lid 1 Awb bepaalt immers dwingend dat in de door titel 4.4 Awb bestreken gevallen, de wettelijke rente overeenkomstig artikel 6:119 BW verschuldigd is. De door Van Herwijnen gestelde vaststellingsovereenkomst waarin de handelsrente overeengekomen is, zou dus in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling en daarom nietig (artikel 3:40 lid 2 BW). Deze nietigheid kan niet worden gedekt met een beroep op de uitzondering van artikel 7:902 BW. Artikel 7:902 BW bepaalt immers dat een vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermogensrechtelijk gebied ook geldig is als zij in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Van Herwijnen heeft echter uitdrukkelijk gesteld dat "*partijen een geschil over de omvang van de schadevergoeding [hebben] willen voorkomen* [onderstreping, rechtbank]" (randnummer 144 conclusie van antwoord in conventie). Op het voorkomen van een geschil zit de uitzondering van artikel 7:902 BW niet.

4.22. Op grond van het voorgaande kan niet worden vastgesteld dat een tussen partijen een gesloten (geldige) vaststellingsovereenkomst de rechtsgrond vormt voor het door de Gemeente, boven de niet-handelsrente, betaalde bedrag. Ook dit bevrijdende verweer faalt.

Bevoordelingsmotief

4.23. Van Herwijnen heeft tot slot gesteld dat bij de gemeente op het moment van betaling van de rente een voorwaardelijk bevoordelingsmotief bestond, dat nu aan een vordering uit onverschuldigde betaling in de weg staat.

4.24. Van Herwijnen heeft daartoe aangevoerd dat de Gemeente bewust de keuze heeft gemaakt om tot betaling van de handelsrente over te gaan. Daarmee heeft de Gemeente, zo redeneert Van Herwijnen, bewust het risico genomen, en was haar wil daarop ook gericht, dat als de Gemeente niet de handelsrente verschuldigd was, maar eigenlijk slechts de niet-handelsrente, Van Herwijnen, achteraf gezien, bevoordeeld zou zijn.

4.25. De redenering van Van Herwijnen gaat in zijn algemeenheid niet op. Het mag dan zo zijn dat de Gemeente op het moment van betaling bewust heeft gekozen voor betaling van de handelsrente; daarmee staat geenszins ook vast dat de Gemeente op dat moment daadwerkelijk rekening hield met de mogelijkheid dat zij feitelijk slechts de niet-handelsrente verschuldigd zou zijn. Dat de Gemeente, zoals door Van Herwijnen gesteld, bewust dat risico heeft genomen, kan op grond van de in deze procedure vaststaande feiten niet worden vastgesteld. Zeker niet uit te sluiten valt dat de Gemeente er op het moment dat zij tot betaling van de rente overging, domweg van overtuigd was dat zij gewoon datgene betaalde waartoe zij gehouden was; hoe onterecht deze overtuiging dan ook geweest moge zijn.

4.26. Nu Van Herwijnen ten aanzien van het bevoordelingsmotief geen andere feiten of omstandigheden heeft gesteld waaruit het bestaan van dit motief zou blijken, heeft Van Herwijnen niet voldaan aan haar stelplicht. Ook het bevoordelingsmotief kan daarmee niet als grondslag voor de betaling van het bedrag boven de niet-handelsrente worden aangenomen.

4.27. Nu geen van de door Van Herwijnen, bij wijze van bevrijdend verweer, gestelde grondslagen voor de betaling van het meerdere (van € 717.404,93) boven de niet-handelsrente kan worden vastgesteld, terwijl anderzijds tussen partijen niet in geschil is dat de uitspraak van de bestuursrechter in elk geval niet de grondslag voor de betaling van dat meerdere is, heeft de Gemeente het bedrag van € 717.404,93 onverschuldigd aan Van Herwijnen betaald en zal de vordering tot terugbetaling, behoudens in het geval van een geslaagd beroep op verrekening door Van Herwijnen (zie hierna) worden toegewezen.

Verrekening

4.28. Van Herwijnen heeft een beroep op verrekening gedaan met datgene dat de Gemeente, volgens Van Herwijnen, uit hoofde van schadevergoeding ter zake een pretense, door de Gemeente jegens Van Herwijnen begane, onrechtmatige daad verschuldigd is. Dit beroep op verrekening slaagt niet, gelet op hetgeen hierna in reconventie wordt overwogen.

4.29. Tegen de door de Gemeente gevorderde rente is geen verweer gevoerd. Ook deze zal als gevorderd worden toegewezen.

4.30. De Gemeente vordert Van Herwijnen te veroordelen tot betaling van de beslagkosten. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. De beslagkosten worden begroot op € 2.056,27 voor verschotten en € 563,00 voor salaris advocaat (1 rekest x € 563,00).

4.31. Van Herwijnen zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in conventie worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Gemeente worden begroot op:

- dagvaarding	€	87,99
- griffierecht		3.475,00
- salaris advocaat		<u>6.428,00</u> (2,0 punten × tarief € 3.214,00)
Totaal	€	9.990,99

4.32. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

in reconventie

4.33. Van Herwijnen heeft gesteld dat aannemelijk is (randnummer 200 conclusie van eis in reconventie) dat, indien wettig op het bezwaarschrift van 21 juni 2006 zou zijn beslist, de bouwvergunning alsnog zou zijn verleend als gevolg waarvan Van Herwijnen in de later gevoerde planschadeprocedure een hogere planschadevergoeding zou zijn toegekend.

4.34. De vordering van Van Herwijnen is volledig op deze, door Van Herwijnen gestelde, aannemelijkheid gestoeld. De rechtbank zal deze vooronderstelling van Van Herwijnen daarom als eerste bespreken.

4.35. De Gemeente heeft de stelling van Van Herwijnen gemotiveerd betwist en ter onderbouwing, onder meer, verwezen naar de onder 2.4 geciteerde overweging van de ABRvS in haar uitspraak van 6 februari 2019 in de planschadeprocedure tussen de Gemeente en Van Herwijnen.

4.36. Van Herwijnen heeft hiertegen bij de mondelinge behandeling slechts ingebracht dat er voor 2006 wel meer bouwvergunningen zijn verleend, zonder dat ook een vrijstelling was verleend. Dat dit irrelevant is blijkt echter al uit de rechtsoverweging zelf. De ABRvS overweegt immers dat de omstandigheid dat eerder wel bouwvergunningen in strijd met het planologische regime waren verleend aan hetgeen zij daarvoor heeft overwogen niet af doet.

4.37. Uit de onder 2.4 geciteerde overweging van de ABRvS, die de rechtbank overneemt, volgt dus dat geenszins zeker is, en zelfs niet aannemelijk, dat een tijdige beslissing wel tot verlening van de bouwvergunning zou hebben geleid; in tegendeel.

4.38. Met het bovenstaande ontvalt de gestelde feitelijke grondslag aan de vorderingen van Van Herwijnen en deze zullen worden afgewezen.

4.39. Van Herwijnen zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in reconventie worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Gemeente worden begroot op:

- salaris advocaat	€ <u>6.428,00</u>	(2,0 punten × tarief € 3.214,00)
Totaal	€ 6.428,00	

4.40. De door de Gemeente gevraagde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. veroordeelt Van Herwijnen om aan Gemeente te betalen een bedrag van € 717.404,93 (zevenhonderdzeventienduizendvierhonderdvier euro en drieënnegentig eurocent), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van 15 februari 2019 tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt Van Herwijnen in de beslagkosten, tot op heden begroot op € 2.613,27, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW met ingang van de veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt Van Herwijnen in de proceskosten, aan de zijde van Gemeente tot op heden begroot op € 9.990,99, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de veertien dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

5.5. wijst de vorderingen af,

5.6. veroordeelt Van Herwijnen in de proceskosten, aan de zijde van Gemeente tot op heden begroot op € 6.428,00,

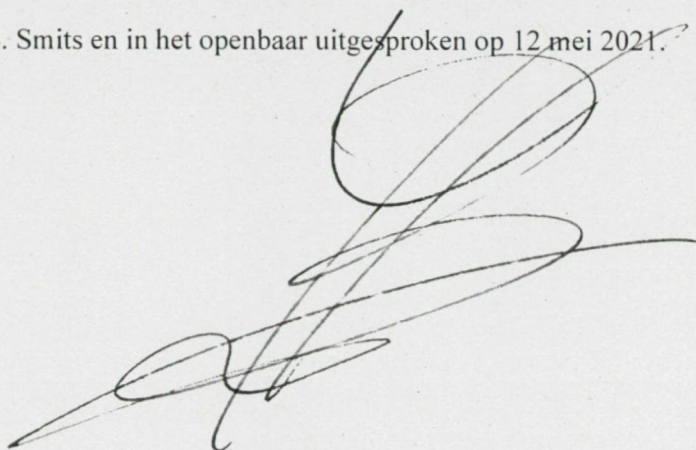
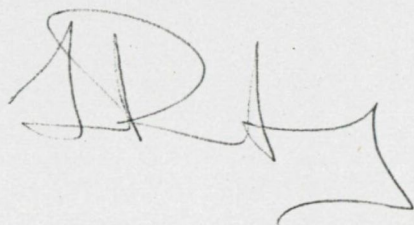
5.7. verklaart dit vonnis in reconventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in conventie en in reconventie

5.8. veroordeelt Van Herwijnen in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 255,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Van Herwijnen niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.9. verklaart dit vonnis in conventie en in reconventie wat betreft de nakosten uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.B. Smits en in het openbaar uitgesproken op 12 mei 2021.
[3195/1876]

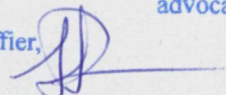


Voor EERSTE GROSSE uitgegeven aan

Mr.

D. v. Leersum
advocaat,

De griffier,



Samenvatting uitspraak Rechtbank Rotterdam van 12 mei 2021 inzake Van Herwijnen

Inleiding

Bij uitbetaling van een planschadevergoeding aan Van Herwijnen Beheer BV (hierna: Van Herwijnen) heeft de gemeente op 15 februari 2019 een bedrag van € 717.404,93 teveel aan wettelijke rente betaald. De 'gewone' wettelijke rente had moeten worden uitgekeerd en niet de handelsrente.

De gemeente heeft het teveel betaalde bedrag teruggevorderd op grond van onverschuldigde betaling, dan wel op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De gemeente heeft voorts wettelijke rente over dit teveel betaalde bedrag gevorderd. Ook heeft de gemeente de kosten van het leggen van conservatoir beslag (ter veiligstelling van haar rechten) gevorderd.

Oordeel van de rechtbank tegen de verweren van Van Herwijnen

Beschikking

Van Herwijnen heeft als verweer tegen het bovenstaande in de eerste plaats aangevoerd dat de gemeente niet onverschuldigd heeft betaald, omdat zij daartoe een beschikking heeft genomen. Op grond van art. 4:99 Awb dient de gemeente het bedrag van de wettelijke rente bij beschikking vast te stellen en dat heeft de gemeente gedaan in de e-mail die zij aan Van Herwijnen zond met daarin de renteberekeningstabel.

De rechtbank is voor dit eerste onderdeel van mening dat de gemeente een beschikking had moeten nemen, ondanks het beroep van de gemeente op art 4:85 lid 3 Awb (waarin staat dat een beschikking niet meer nodig is als de bestuursrechter dit zelf al in de (planschade)uitspraak heeft opgelegd). De e-mail met daarin de renteberekeningstabel kan niet als zodanig worden aangemerkt omdat deze niet is ondertekend door of namens het college. Ook wordt in de begeleidende tekst niet naar de tabel verwezen als zijnde een beschikking. Dat in de besluitenlijst van het college is opgenomen dat er wettelijke rente is betaald kan evenmin aangemerkt worden als beschikking. De rechtbank verwerpt al met al de stelling van Van Herwijnen dat de gemeente een beschikking heeft genomen.

Vaststellingsovereenkomst

In de tweede plaats meent Van Herwijnen dat de gemeente en Van Herwijnen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten.

De rechtbank gaat hierin niet mee, omdat een vaststellingsovereenkomst impliceert dat er dan eerst een verschil van inzicht zou moeten zijn. Een vaststellingsovereenkomst heeft dan tot doel om een verder geschil hierover te voorkomen, maar dit was niet aan de orde. De gemeente en van Herwijnen verschilden (destijds) niet van mening over de hoogte van het rentebedrag. De rechtbank merkt voorts nog ten overvloede op dat de Awb in art. 4:98 Awb expliciet voorschrijft dat de 'gewone' wettelijke rente moet worden betaald en dat om die reden een – door Van Herwijnen beweerde - vaststellingsovereenkomst in strijd is met de wet en daarmee nietig zou zijn. Een beroep op 7:902 BW, die dat weer uitzondert voor vermogensrechtelijke geschillen, zou dit niet anders maken omdat Van Herwijnen een geschil over de omvang slechts wilde voorkomen en niet wilde beëindigen.

Bevoordelingsmotief

In de derde plaats meent Van Herwijnen dat de gemeente Van Herwijnen bewust heeft willen bevoordelen. De gemeente zou volgens Van Herwijnen bewust het risico hebben genomen voor betaling van de (hoge) handelsrente. De rechtbank concludeert echter dat het niet valt uit te sluiten dat de gemeente ten tijde van de betaling van overtuigd was dat zij het juiste bedrag betaalde, hoe onterecht die overtuiging ook was.

De rechtbank concludeert dat Van Herwijnen er niet in is geslaagd aan te tonen dat een van de voornoemde grondslagen aan de orde was. De rechtbank meent daarom dat sprake is van onverschuldigde betaling.

Tegenvordering van Van Herwijnen

Daarnaast heeft Van Herwijnen een tegenvordering ingediend van € 518.840,00. Reden hiervan is dat de gemeente te laat op een ingediend bezwaar van 21 juni 2016 heeft beslist, waardoor Van Herwijnen naar haar mening minder planschadevergoeding heeft gekregen dan wanneer er wel tijdig op dat bezwaar zou zijn beslist. De rechtbank oordeelt dat de gemeente goed heeft gemotiveerd waarom hiervan géén sprake is. Uit de uitspraak van de ABRvS volgt op geen enkele wijze dat een tijdige beslissing van de gemeente tot het verlenen van een bouwvergunning zou hebben geleid. De tegenvordering van Van Herwijnen wordt afgewezen.

Uitspraak rechtbank

De rechtbank veroordeelt Van Herwijnen tot:

- terugbetaling aan de gemeente van het teveel aan rente ontvangen bedrag ad € 717.404,93;
- het betalen van rente hierover vanaf 15 februari 2019 (ongeveer € 32.000,00);
- het betalen van de kosten die de gemeente heeft gemaakt voor het leggen van beslag: € 2.613,27 (te verhogen met wettelijke rente als niet binnen twee weken na betekening van het vonnis betaald wordt);
- het betalen van proceskosten aan de gemeente voor een bedrag van € 9.990,99 voor de zaak die de gemeente is gestart (te verhogen met wettelijke rente als niet binnen twee weken na betekening van het vonnis betaald wordt);
- het betalen van proceskosten aan de gemeente voor een bedrag van € 6.428,00 voor de tegenvordering die Van Herwijnen heeft ingediend;
- betaling van de nakosten aan de gemeente voor een bedrag van € 255,00;

Van Herwijnen kan tegen het vonnis binnen drie maanden hoger beroep instellen bij het Gerechtshof Den Haag. Voor de invordering van het bovenstaande hoeft *niet* te worden gewacht of Van Herwijnen in beroep gaat, en evenmin tot in die eventuele zaak is beslist. Indien Van Herwijnen niet uit zichzelf betaalt nadat het vonnis aan haar betekend is, kan de gemeente het gelegde beslag ten uitvoer laten leggen ('executeren').