

ECLI:NL:GHSGR:2008:BD0803

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	17-04-2008
Datum publicatie	29-04-2008
Zaaknummer	05-431
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Na voortijdige beëindiging van 'no cure no pay' projectontwikkelingsovereenkomst is toch enige 'pay' gegeven. Geen grond voor meer vergoeding.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RCR 2008, 65

Uitspraak

GERECHTSHOF s-GRAVENHAGE

Sector handel

Rolnummer : 05/431

Rolnummer rechtbank : HA ZA 03-3091

arrest van de eerste civiele kamer d.d. 17 april 2008

inzake

[Naam] VASTGOED B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
appellante in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: [appellante],
procureur mr. M. Spaa,

tegen

WILLEMSPLAN B.V.,
voorheen genaamd Planselect B.V. en Willemsplan Bouwprojecten B.V.,
gevestigd te R[O]rdam,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellante in het incidenteel appel,
hierna te noemen: Planselect,
procureur mr. P.A.M. Perquin.

Het geding

Bij exploit van 1 februari 2005 is [appellante] in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis van 1 december 2004. Bij memorie van grieven heeft zij zeven grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord in het principaal appel en van grieven in het incidentele appel met eisvermeerdering (met producties) heeft Planselect de grieven bestreden, harerzijds twee grieven ingediend en haar eis vermeerderd. Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel heeft [appellante] de incidentele grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

De door de rechtbank in het bestreden vonnis onder 2 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Met in achtneming daarvan gaat het in deze zaak om het volgende.

1.1 De heer [naam] (hierna: O) is directeur van Planselect, voorheen genaamd Willemsplan Bouwprojecten B.V., thans genaamd Willemsplan B.V.

1.2 [appellante] was eind 1997 eigenaar van winkelcentrum Middenpolder te Papendrecht (hierna: het winkelcentrum).

1.3 In opdracht van [appellante] heeft [O] van december 1997 tot begin 2001 samen met architect [naam] (hierna: [B]) werkzaamheden verricht die betrekking hadden op het opstellen van een plan voor renovatie van het winkelcentrum, welk plan voorzag in uitbreiding van het winkelcentrum met + 1.000 m² winkelruimte en de realisering van + 36 woonappartementen.

1.4 De onder 1.3 bedoelde (mondelinge) opdracht is verstrekt op "no cure no pay"-basis, waarbij [appellante] loon verschuldigd zou zijn bij verlening van een bouwvergunning voor het plan.

1.5 Omstreeks december 2000 (voordat een bouwvergunning was aangevraagd) heeft [appellante] het winkelcentrum verkocht aan [naam] B.V. (hierna: [H]). In de koopovereenkomst is bepaald dat de overdracht zal plaatsvinden binnen twee weken na afgifte van een bouwvergunning met als uitgangspunt een uitbreiding te kunnen geven aan het winkelcentrum van circa 1.000 m² alsmede het winkelcentrum te renoveren en minimaal 36 woonappartementen op de locatie te realiseren binnen het vigerende bestemmingsplan. De koopovereenkomst is gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat aan de koper geen bouwvergunning wordt verleend binnen het kader van het vigerende bestemmingsplan.

1.6 Na een bespreking in mei 2001 heeft Planselect aan [appellante] voorgesteld haar f 100.000,- (exclusief BTW) te vergoeden. Op 8 december 2001 heeft Planselect aan [appellante] een nota ten bedrage van f 59.500 (inclusief BTW) gestuurd, waarop staat vermeld: "onze vergoeding zoals door u voorgesteld". [appellante] heeft deze nota doorgestuurd aan Weijtens & Koppelaar Notarissen met het verzoek deze in de afrekening bij het transport van het winkelcentrum te verrekenen met Planselect.

1.7 Planselect heeft [appellante] op 20 november 2003 gedagvaard voor de rechtbank te Rotterdam en gevorderd, kort gezegd, dat [appellante] wordt veroordeeld om aan Planselect f 100.000,- plus BTW, zijnde 53.999,84 te betalen, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag van de levering van het winkelcentrum en met kosten.

1.8 In het bestreden vonnis van 1 december 2004 heeft de rechtbank de vordering toegewezen tot een bedrag van 45.899,87 (f 85.000,- plus BTW), vermeerderd met de rente vanaf twee weken na die uitspraak, en [appellante] veroordeeld in de proceskosten.

1.9 Nadat aan [H] op 17 maart 2005 een (op 15 juni 2004 aangevraagde) bouwvergunning was verleend, heeft [appellante] het winkelcentrum op 15 september 2005 geleverd.

2.1 [Appellante] heeft zeven grieven aangevoerd tegen het bestreden vonnis. Met haar eerste grief is zij opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat voldoende vaststaat dat zij de overeenkomst met Planselect en niet met [O] pro se is aangegaan. Haar tweede grief is (kort gezegd) gericht tegen het oordeel dat Planselect met de no cure no pay afspraak in dit geval nog niet ook het risico heeft aanvaard bij een voortijdige beëindiging van de opdracht door [appellante] niets te ontvangen.

De derde, vierde en vijfde grief zijn gericht tegen het oordeel dat Planselect er op mocht vertrouwen dat [appellante] het voorstel van 2 februari 1999 tot een vergoeding van f 100.000,- voor de werkzaamheden van Planselect had aanvaard, dat dat een redelijke vergoeding is en dat aan de hand daarvan het naar redelijkheid vast te stellen deel (bij de voortijdige beëindiging) op f 85.000,- kan worden bepaald. De zesde grief van [appellante] is gericht tegen de toewijzing van de wettelijke rente en haar zevende grief betreft de proceskostenveroordeling.

2.2 Planselect heeft haar eerste incidentele grief gericht tegen toewijzing van minder dan het volle overeengekomen loon ad f 100.000,- plus BTW. Zij heeft haar tweede incidentele grief gericht tegen toewijzing van de wettelijke rente later dan met ingang van primair 29 november 2000, subsidiair 5 december 2000, meer subsidiair 20 november 2003 en haar rente-eis dienovereenkomstig gewijzigd.

2.3 Tegen de eiswijziging heeft [appellante] geen bezwaar gemaakt, zodat het hof de vordering in hoger beroep overeenkomstig de gewijzigde eis zal beoordelen. Het hof zal de (principale en incidentele) grieven gezamenlijk bespreken met het volgende. Daarbij laat het hof in het midden of de opdracht aan [O] pro se is gegeven of aan Planselect, nu dat, zoals zal blijken, niet uitmaakt voor de beslissing.

3.1 Tussen partijen staat vast dat [O] of Planselect de planontwikkeling voor het winkelcentrum heeft verricht in het kader van een no cure no pay-opdracht en dat er pas sprake zou zijn van "cure" als een bouwvergunning voor haar plan was verleend. Vast staat ook dat er nog geen bouwvergunning was verleend toen Planselect om betaling vroeg. Dit betekent dat er geen "cure" in de zin van de overeenkomst was welke op basis van (alleen) die overeenkomst recht op gehele of gedeeltelijke "pay" gaf.

3.2 Tussen partijen staat echter ook, als onbestreden, vast dat de opdracht voortijdig is beëindigd, niet door [O] of Planselect, maar door [appellante] vanwege haar wens om niet (verder) in het plan te investeren. Planselect heeft gesteld, en [appellante] heeft dat niet betwist, dat partijen hiermee bij het sluiten van de overeenkomst geen rekening hielden, omdat partijen er toen juist vanuit gingen nu [appellante] dat herhaaldelijk, zowel vóór als tijdens de opdracht, aan [O] had voorgehouden dat [appellante] het winkelcentrum niet voortijdig zou verkopen (uit fiscale beleggingsoverwegingen).

3.3 Bij een voortijdige beëindiging door [appellante] op een grond waarmee Planselect bij het sluiten van de overeenkomst na mededelingen van [appellante] geen rekening hield, kan de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat [appellante] aan de opdrachtnemer (Planselect of [O]) een naar redelijkheid vast te stellen vergoeding betaalt, afhankelijk van de reeds verrichte werkzaamheden en het voordeel dat [appellante] daarvan heeft gehad.

3.4 Vaststaat dat [appellante], na een bespreking in 2001, een vergoeding van f 50.000,- plus BTW aan Planselect heeft aangeboden ter redelijke vergoeding van de door de opdrachtnemer ([O] of Planselect) verrichte werkzaamheden en dat Planselect dit aanbod heeft aanvaard (als deelbetaling van een hoger bedrag) door toezending van een nota van f 59.500,- (inclusief BTW) op 8 december 2001. [appellante] heeft deze nota voor betaling gereed gemaakt met de doorzending ervan naar de notaris. Hieruit volgt dat tussen partijen een nadere afspraak tot stand is gekomen betreffende de (deel)betaling door [appellante] van een bedrag van in elk geval f 50.000,- (exclusief BTW) en dat, nu het hier een betalingsaanbod betreft dat Planselect reeds heeft aanvaard, deze afspraak niet kan worden geacht later te zijn herroepen.

wegens de door Planselect uitgebrachte dagvaarding met een hogere vordering, zoals [appellante] heeft betoogd.

Het hof merkt voorts op dat Planselect bij dagvaarding in eerste aanleg een betaling van rente vanaf de dag der levering van het winkelcentrum heeft gevorderd en dat [appellante] eerder aan de notaris om betaling op de dag van de levering had verzocht.

3.5 Een en ander brengt naar het oordeel van het hof met zich dat vaststaat dat [appellante] en Planselect (zo nodig namens [O]) in 2001 zijn overeengekomen dat [appellante] aan Planselect betaalt een vergoeding van (in elk geval) f 59.500,- te betalen bij de levering van het winkelcentrum, als zijnde een redelijke vergoeding ([appellante]) of een gedeelte van een redelijke vergoeding (Planselect) voor de door [O] en Planselect ten behoeve van het winkelcentrum verrichte werkzaamheden. [appellante] moet dit bedrag daarom op de dag van de levering van het winkelcentrum, dus op 15 september 2005, aan Planselect betalen.

4.1 Anders dan de rechtbank, ziet het hof geen grond voor toewijzing van een hogere vergoeding. Daartoe overweegt het hof het volgende.

4.2 Planselect heeft gesteld dat zij opdracht kreeg haar idee voor uitbreiding van het winkelcentrum met circa 1.000 m² en 36 woonappartementen te ontwikkelen en dat haar plan nagenoeg in de voor de bouwvergunning vereiste staat verkeerde toen [appellante] het winkelcentrum verkocht onder de ontbindende voorwaarde van een bouwvergunning voor zon plan. Deze stelling is, gelet op het hierna volgende, onvoldoende om een vordering tot vergoeding van f 100.000,- plus BTW, althans meer dan f 59.500,- met rente vanaf leveringsdatum toe te wijzen, zelfs indien de door Planselect gestelde vergoedingshoogte van f 100.000,- bij het aangaan van de overeenkomst tussen partijen was overeengekomen ([appellante] heeft dat bedrag gemotiveerd betwist en het hof laat het thans in het midden).

4.3 Het enkele feit dat het door Planselect tussen 1997 en 2001 ontwikkelde plan op het moment van de beëindiging van de opdracht bijna klaar was wat daar verder van zij brengt nog niet met zich dat de "cure" nabij was. Daartoe was immers nodig dat het ontwikkelde plan zodanig was, dat daarvoor zonder de beëindiging ook daadwerkelijk een bouwvergunning zou worden verleend (en dus ook zou zijn aangevraagd).

Tussen partijen is niet in geschil dat aan de opdracht ten grondslag lag dat het te ontwikkelen plan een investering zou vergen die commercieel verantwoord was en volgens prognose een redelijk rendement bood. Planselect heeft niet betwist dat [appellante] in april 2000 de planbegroting heeft ontvangen en in de maanden daarna tot de conclusie is gekomen dat het plan voor haar te duur (onuitvoerbaar en onhaalbaar) zou worden om te ontwikkelen. Planselect heeft hierover slechts aangevoerd dat zij [appellante] al voordien had gewezen op de mogelijkheid van een rendabeler plan (namelijk een plan met koopappartementen in plaats van sociale huurwoningen); dit is echter eerder een bevestiging dan een betwisting van de financiële onwenselijkheid voor [appellante] van het door Planselect ontwikkelde plan. De conclusie van [appellante] dat het plan (indien klaar) voor haar te duur zou worden, betekent dat er niet van uit kan worden gegaan dat [appellante] voor dat plan een bouwvergunning zou hebben aangevraagd. Planselect had dus nog een ander plan moeten ontwikkelen om tot een "cure" voor [appellante] te komen.

4.4 Het hof kan ook niet vaststellen dat het plan van Planselect, zoals het bij beëindiging van de opdracht voorlag, in feite door [H] is overgenomen. Weliswaar heeft [H] (vier jaar later) een bouwvergunning aangevraagd voor renovatie van de bedrijfsruimte en realisatie van 36 appartementen, maar uit niets kan volgen dat dit (ongeveer) hetzelfde plan is als dat wat eerder door Planselect was ontwikkeld. Immers, zoals Planselect zelf heeft aangevoerd, voorzag haar plan in circa 36 huurwoningen in de sociale woningbouw sector en in een uitbreiding van het oppervlak bedrijfsruimte met circa 1.000 m², terwijl het plan waarvoor de bouwvergunning is verleend voorzag in 36 koopappartementen en minder bouwvolume

aan bedrijfsruimte dan de circa 1.000 m². Dit moet worden beschouwd als een ander plan, reeds omdat het een ander financieel investeringsplaatje geeft en een ander volume heeft (naar Planselect zelf stelt: een duurder bouwvolume met hogere investeringen).

4.5 Betreffende het voorgaande overweegt het hof voorts dat een bouwvergunning alleen mag en moet worden geweigerd op de in artikel 44 van de Woningwet aangegeven gronden. Planselect heeft niets aangevoerd omtrent door haar voor [appellante] bewerkstelligde bestemmingsplanherzieningen of vrijstellingen of andere door haar bewerkstelligde wijzigingen in voorschriften, zonder welke [H] voor haar (nieuwe) plan geen bouwvergunning zou hebben kunnen krijgen. Daarom kan de stelling van Planselect dat de bouwvergunning voor het gerealiseerde plan van [H] aan haar plan en werk is toe te rekenen omdat zij de weg voor het gerealiseerde plan heeft bereid, ook niet door het hof worden gevolgd.

4.6 Planselect heeft nog gesteld dat [appellante] een "dikke winst" op het winkelcentrum heeft geboekt zodra de levering plaatsvond, welke winst aan de werkzaamheden van Planselect (en [B]) is toe te rekenen. Zij heeft hiertoe aangevoerd dat het winkelcentrum voor f 1.400.000,- (exclusief BTW) als historische kostprijs bij [appellante] in de boeken stond en dat [appellante] het op 1 december 1995 in eigendom had verworven voor f 1.570.000,- k.k., terwijl [appellante] het heeft verkocht voor f 3.400.000,- k.k. exclusief BTW. Het hof overweegt dienaangaande dat uit het feit dat een onroerend goed tien jaar na aankoop meer dan het dubbele van de aankoopprijs oplevert, nog niet is af te leiden dat (en in hoeverre) dit is toe te rekenen aan de verrichte werkzaamheden voor een niet gerealiseerd plan. Het hof gaat daarom aan deze stelling van Planselect als onvoldoende geadstrueerd voorbij.

4.7 Verder heeft te gelden dat het hof uit niets kan afleiden welke werkzaamheden Planselect meer of anders heeft gedaan dan de op de overgelegde lijst van de architect en in de brief van 23 juni 2004 onder "ad 2" aangegeven (circa dertig) besprekingen, fax- en briefhandelingen en "regelmatig" bijpraten, hoeveel tijd daarmee gemoeid is geweest en welk uurloon daarvoor redelijk zou zijn. Mitsdien bieden de stellingen omtrent de feitelijk verrichte werkzaamheden het hof evenmin aanknopingspunten om een hogere vergoeding dan de al tussen partijen afgesproken f 59.500,- als redelijk aan te kunnen merken.

5.1 De conclusie is dat [appellante] aan Planselect een vergoeding van 26.999,92 (f 59.500,-) (inclusief BTW) moet betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 15 september 2005 en dat het meer of anders gevorderde moet worden afgewezen. Het vonnis zal worden vernietigd en het hof zal de vordering van [appellante] toewijzen als hierna beslist.

5.2 Nu partijen in het principaal appel ieder deels in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de proceskosten compenseren aldus dat ieder de eigen kosten draagt van zowel de eerste aanleg als het principaal appel (de kosten van het gelegde beslag daarbij inbegrepen). De grieven in het incidenteel appel treffen geen doel, zodat Planselect de kosten van het incidenteel appel moet dragen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep

en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt [appellante] om aan Planselect (thans genaamd Willemsplan B.V.) tegen behoorlijk bewijs van kwijting te voldoen de somma van 26.999,92 te vermeerderen met de wettelijke rente hierover vanaf 15 september 2005 tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

- compenseert de proceskosten van de eerste aanleg en het principaal hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- veroordeelt Planselect in de kosten van het incidenteel hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van [appellante] worden bepaald op nihil aan ver[appellante]n en 816,- aan salaris voor de procureur.

Dit arrest is gewezen door mrs. G. Dulek-Schermers, A.H. de Wild en A.E.A.M. van Waesberghe en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 17 april 2008 in aanwezigheid van de griffier.