



de Rechtspraak

003535

[Recht in Nederland](#) | [Naar de rechter](#) | [Organisatie](#) | [Actualiteiten](#) | [Uitspraken en registers](#) | [Procedures](#) | [Werken bij](#)

Query

Lees voor

[Home](#) > [Organisatie](#) > [Gerechtshoven](#) > [Amsterdam](#) > [Nieuws](#)[Amsterdam](#)[Nieuws](#)[Zittingsroosters](#)[Werk- en rechtsgebied](#)[Bezoekinformatie](#)[Over het gerechtshof](#)[Regels, procedures en klachten](#)[Veelgestelde vragen](#)[Contact](#)

## Provincie Noord-Holland in gelijk gesteld in geschil Distriport Noord-Holland

Amsterdam, 27-1-2015

In een geschil over de realisatie van bedrijventerrein Distriport Noord-Holland heeft het gerechtshof Amsterdam de provincie Noord-Holland in het gelijk gesteld. De Peyler, Zeeman Vastgoed en Distriport CV/BV zijn hoofdelijk veroordeeld tot het betalen van € 2.289.249,39 voorschot op schadevergoeding aan de provincie. De vorderingen van die partijen op de provincie zijn afgewezen.

De provincie en (toen nog geheten) De Peyler Projectontwikkeling B.V. en Zeeman Vastgoed B.V. zouden het project gezamenlijk realiseren. Die samenwerking is afgebroken.

### Overeenkomst ontbonden

De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed hadden tegen betaling grond aan de provincie geleverd, met de bedoeling om een fiscaal voordeel voor het project te behalen. De provincie zou deze grond vervolgens (tegen betaling) 'fiscaal bouwrijp' terugleveren. De provincie heeft daartoe werkzaamheden verricht en vervolgens De Peyler, Zeeman Vastgoed en het samenwerkingsverband (Distriport CV/BV) gesommeerd de grond terug te nemen. Dat hebben ze niet gedaan. De provincie heeft daarop de overeenkomst, op basis waarvan zij de grond moest terugleveren, ontbonden en de grond gehouden.

### Schadevergoeding

Partijen verschillen vooral van mening over de vraag of die ontbinding gerechtvaardigd was. Beide partijen eisten in hoger beroep schadevergoeding, alsmede betaling van een voorschot: Distriport CV/BV, de Peyler en Zeeman Vastgoed vorderden een voorschot van € 2.737.509,03, de provincie een voorschot van (primair) € 13.885.471,71 of (subsidiar) € 2.289.249,39.

### Aan verplichting voldaan

Het hof heeft geoordeeld dat de provincie aan haar verplichtingen met betrekking tot de grond en de financiering van het project heeft voldaan. Ze mocht dus ontbinden en de grond houden. Distriport CV/BV, De Peyler en Zeeman Vastgoed hadden geen goede redenen om niet mee te werken aan teruglevering van de grond. De gevolgen daarvan zullen ze moeten dragen.

### Vonnissen

De rechtbank Haarlem (nu Noord-Holland) heeft zich in vier vonnissen tussen 9 november 2011 en 29 mei 2013 vergelijkbaar uitgesproken als het gerechtshof nu, alleen kreeg de provincie geen voorschot op schadevergoeding toegewezen en werd De Peyler niet hoofdelijk veroordeeld.

Uitspraken: [ECLI:NL:GHAMS:2015:127](#)



**ECLI:NL:GHAMS:2015:127**

instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	27-01-2015
Datum publicatie	27-01-2015
Zaaknummer	200.136.210/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	22 WvK, 21 lid 2 WvK

Projectontwikkeling. Samenwerking bedrijventerrein. Partiele ontbinding. Toezeggingen van de Provincie? In beginsel kan slechts worden afgegaan op hetgeen door of namens de Provincie als uitkomst van het formele besluitvormingsproces wordt medegedeeld, of uit met de Provincie gesloten overeenkomsten blijkt. Geen dwaling. Totstandkoming commanditaire vennootschap. Vereenzelviging. Hoofdelijke aansprakelijkheid van commandieten. Beheershandelingen van commandieten. Samenloop van hoedanigheid van beherend vennoot en van commandiet in de personen van directeurs. Belang bij voorschot op schadevergoeding.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

**Uitspraak**

arrest

---

**GERECHTSHOF AMSTERDAM**

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer : 200.136.210/01

zaak/rolnummer rechtbank Noord-Holland : 185685 / HA ZA 11-1013

**arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 27 januari 2015**

inzake

1. de commanditaire vennootschap

**DISTRIPORT NOORD-HOLLAND C.V.**,  
gevestigd te Scharwoude,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**DISTRIPORT NOORD-HOLLAND B.V.**,  
gevestigd te Scharwoude,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**OOMS PROJECTONTWIKKELING B.V. voorheen genaamd DE PEYLER  
PROJECTONTWIKKELING B.V.**,  
gevestigd te Scharwoude,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**DISTRIPORT VASTGOED B.V. voorheen genaamd ZEEMAN VASTGOED B.V.**,  
gevestigd te Hoorn,  
appellanten,  
tevens incidenteel geïntimeerden,  
advocaat: mr. J.F. de Groot te Amsterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon  
**PROVINCIE NOORD-HOLLAND,**  
zetelend te Haarlem,  
geïntimeerde,  
tevens incidenteel appellante,  
advocaat: mr. G.J. Huijth te 's-Gravenhage.

## 1 Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna respectievelijk ook Distriport CV, Distriport BV, De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud, gezamenlijk Distriport c.s. en de Provincie genoemd.

Distriport c.s. zijn bij dagvaarding van 27 augustus 2013 in hoger beroep gekomen van de vonnissen van de rechtbank Haarlem, thans Noord-Holland, van 9 november 2011, 2 mei 2012, 12 december 2012 en 29 mei 2013 gewezen tussen Distriport c.s. als eiseressen in conventie, tevens verweersters in reconventie en de Provincie als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens houdende wijziging van eis, met producties;
- memorie van antwoord in principaal appel met akte uitlaten wijziging eis in conventie tevens memorie van grieven in incidenteel appel en akte wijziging eis in reconventie, met producties;
- memorie van antwoord in (deels voorwaardelijk) incidenteel appel, tevens akte uitlating wijziging van eis in reconventie, met een productie.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 18 september 2014 doen bepleiten, Distriport c.s. door mr. De Groot voornoemd en mr. B.T.M. van der Wiel, advocaat te Amsterdam, de Provincie door mr. Huijth voornoemd en mr. L.M. Engels, advocaat te 's-Gravenhage, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Distriport c.s. hebben geconcludeerd, onder vermeerdering van eis, dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en - uitvoerbaar bij voorraad - alsnog zal beslissen zoals gevorderd in het petitum van de memorie van grieven en als aangevuld bij akte houdende vermeerdering van eis tevens akte houdende in het geding brengen productie van 18 september 2014, met beslissing over de proceskosten, met nakosten. In het incidenteel appel hebben Distriport c.s. tot ongegrondverklaring van de grieven geconcludeerd, met beslissing over de proceskosten, met nakosten.

De Provincie heeft - samengevat en eveneens onder vermeerdering van eis - geconcludeerd tot vernietiging van de vonnissen voor zover in het (voorwaardelijk) incidenteel appel bestreden, afwijzing van de vorderingen van Distriport c.s., toewijzing van haar vordering om appellanten, waaronder De Peyler Projectontwikkeling hoofdelijk te veroordelen tot schadevergoeding, nader op te maken bij staat en tot betaling van een voorschot van (primair) € 13.885.471,71 ex btw, (subsidiar) € 2.289.249,39 ex btw, steeds met rente en bekrachtiging van de vonnissen waarvan beroep voor het overige, met - uitvoerbaar bij voorraad - beslissing over de proceskosten, met nakosten.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## 2 Feiten

- 2.1 Als niet dan wel onvoldoende weersproken komen de feiten - samengevat - neer op het volgende.
- 2.2 De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed B.V. oud zijn projectontwikkelaars. Alle aandelen in Zeeman Vastgoed oud worden via Zeeman Management B.V. (hierna Zeeman

Management) gehouden door Zeeman Real Estate B.V. (voor 5 december 2013 de Stichting Administratiekantoor Zeeman Management). Op 16 december 2013 heeft Zeeman Real Estate een vennootschap genaamd Zeeman Vastgoed B.V. opgericht (hierna: Zeeman Vastgoed nieuw).

- 2.3 Het Ontwikkelingsbedrijf Noord-Holland Noord N.V. (hierna: NHN) is belast met de uitvoering van de Diensten van Algemeen Economisch Belang (DAEB) voor de Provincie. De Provincie houdt 50% van de aandelen in NHN. De Kamer van Koophandel en 26 gemeenten, waaronder de gemeente Koggenland, houden de andere 50% van de aandelen in NHN. NHN houdt 100% van de aandelen in NHN Vastgoed B.V. (hierna: NHN Vastgoed).
- 2.4 Distriport BV is beherend vennoot van Distriport CV. De aandelen in Distriport BV worden gehouden door NHN Vastgoed en De Peyler Projectontwikkeling samen met (naar Distriport c.s. stelt:) de besloten vennootschap Zeeman Bestuur B.V. of (naar de Provincie stelt:) Zeeman Vastgoed. Het bestuur van Distriport B.V. wordt gevormd door NHN Vastgoed, Zeeman Bestuur B.V. en De Peyler Projectontwikkeling. Zij zijn gezamenlijk bevoegd.
- 2.5 Sinds 2006 hebben de Provincie, Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling overleg gevoerd over de totstandkoming van een samenwerkingsverband voor de ontwikkeling en realisering van een bedrijventerrein Distriport Noord-Holland in de gemeente Koggenland, destijds geheten "Jaagweg".
- 2.6 Op 20 juni 2007 hebben de Provincie, NHN, Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling een document ondertekend getiteld "Afsprakenkader inzake de ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein c.a. Jaagweg te Koggenland, onder meer bestaande uit contractovernames en een koop en verkoop van de gronden als aangegeven in deze overeenkomst, alsmede uit intenties met betrekking tot een tot stand te brengen samenwerking (sovereienkomst) c.a. terzake" (hierna: het Afsprakenkader). In het Afsprakenkader is, voor zover relevant, het volgende vermeld:
- 1.1. *Partijen hebben de intentie om – op basis van een nader tussen hen te bepalen verdeling – voor gezamenlijke rekening en risico en op basis van een nog definitief tussen hen te bepalen participatie in het resultaat, de deelname in het kapitaal en de benodigde financiering(en) en de terzake te stellen garanties en te verstrekken zekerheden samen te werken bij de verdere ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein Jaagweg c.a. in het Plangebied, waarbij er vooralsnog vanuit wordt gegaan dat NHN – in de plaats van de provincie – naast de ontwikkelaars terzake zal participeren en dat Zeeman, De Peyler en NHN ieder terzake voor een gelijk deel zullen participeren.*
- (...)
- 2.3 *De intentie van partijen is erop gericht dat NHN – dan wel de provincie – De Peyler en Zeeman ieder voor een gelijk deel zullen participeren in het resultaat van de Grondexploitatie. Voorts zullen partijen volgens een nog nader tussen hen te bepalen verdeling deelnemen in het kapitaal en bijdragen in de financiering van de Grondexploitatie en de terzake benodigde garanties afgeven en de terzake benodigde zekerheden verstrekken. Voordat tot een winstuitkering zal worden overgegaan dienen – voorzover ingevolge deze Overeenkomst, de Samenwerkingsovereenkomst en/of nog nader tussen partijen in onderlinge overeenstemming te maken afspraken terzake, aanspraak op een vergoeding ervan bestaat – alle kosten, die de betreffende partij met het oog op de verdere ontwikkeling en realisering van het bedrijventerrein c.a. heeft gemaakt, aan de betreffende partij te worden vergoed, verhoogd met een rentevergoeding daarover, ten aanzien waarvan partijen het percentage nog in onderlinge overeenstemming zullen bepalen en vastleggen in de Samenwerkingsovereenkomst (...)*
- (...)
3. Contractovername en mogelijk (terug-)verkoop en –koop van de Koopovereenkomst-gronden I en II
- (...)
4. De verkoop en levering van de Verworven gronden
- (...)
- 2.7 Bij de gedingstukken bevindt zich een door de Provincie opgesteld en als "interne notitie concept voorstel afspraken PNH inzake bedrijventerrein Jaagweg" aangeduid stuk, gedateerd 29 november 2007, dat ook aan Zeeman Vastgoed oud en aan De Peyler Projectontwikkeling is gezonden en dat, voor zover van belang, het volgende inhoudt:
- (...) *Voor de provinciale betrokkenheid (grondoverdracht en, indien nodig, financiering) bij de ontwikkeling van het bedrijventerrein Jaagweg zal de Provincie Noord-Holland garanties/zekerheden van de ontwikkelende partijen vragen. Deze garanties moeten ervoor zorgen dat de Provincie Noord-Holland geen financieel risico loopt en dat het risico komt te liggen waar het thuis hoort: bij de ontwikkelende partijen. (...)*
- 2.8 Op 19 juni 2008 hebben de Provincie, NHN, Zeeman Vastgoed oud, De Peyler Projectontwikkeling en een partij, genoemd Distriport Noord-Holland C.V. i.o., een als grondverkoopovereenkomst met betrekking tot gronden in het (toekomstig) bedrijventerrein c.a. Distriport Noord-Holland te Koggenland aangeduide akte getekend (hierna: de grondverkoopovereenkomst). Distriport Noord-Holland CV i.o. is daarbij vertegenwoordigd door haar beherend vennoot, Distriport Noord-Holland B.V. i.o. In de grondverkoopovereenkomst is, voor zover relevant, het volgende vermeld:
- 1.1 *In het kader van de uitvoering van het Afsprakenkader heeft de Provincie de eigendom verworven van de gronden in het Projectgebied. De onderhavige overeenkomst regelt de verkoop van deze gronden – in de vorm van bouwterrein als bedoeld in artikel 11, lid 1, sub a*

onder 1 jo. Artikel 11, lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968 – aan GEM en de bepalingen en voorwaarden waaronder zulks plaatsvindt.

- 1.2 Het Afsprakenkader blijft tussen partijen voortbestaan. Indien en voorzover het bepaalde in de onderhavige overeenkomst afwijkt van het Afsprakenkader, prevaleert de onderhavige overeenkomst.(...)  
(...)
- 2.2 De in verband met bedoelde koop en verkoop verschuldigde totaalsom - zoals ook in het Afsprakenkader reeds aangegeven - is uit de volgende componenten opgebouwd:  
- (...)  
- de aantoonbaar door de Provincie betaalde redelijk en marktconform te achten kosten inzake het verrichten van vervaardigingshandelingen met betrekking tot de gronden opdat deze zich ten tijde van de levering ervan kwalificeren als bouwterrein (...)  
- een rente over de betalingen (...) vanaf het moment waarop de betreffende betalingen door de Provincie zijn verricht tot aan het moment waarop de betreffende na te noemen (deel)koopsom (men) aan de Provincie voldaan is (zijn), en welke rente overeenkomt met het gemiddelde rentepercentage over de aan het betreffende jaar voorafgaande drie kalenderjaren van het zogenaamde driejaars Staatspapier, zoals dat percentage jaarlijks wordt bepaald door de treasury-manager van de afdeling FEZ van de Provincie (...)
- 2.3 De (juridische) levering van de gronden zal – in afwijking van het terzake bepaalde in het Afsprakenkader – plaatsvinden, indien en zodra de gronden zijn aan te merken als bouwterrein in de zin van artikel 11, lid 1 sub a onder 1 jo artikel 11, lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968 Daartoe zal de Provincie voor haar rekening en risico op de kortst mogelijke termijn zodanige vervaardigingshandelingen met betrekking tot de gronden (doen) verrichten dat deze zich als bouwterrein in vorenbedoelde zin kwalificeren. Partijen zullen in onderling en gezamenlijk overleg met een terzake fiscaal deskundige en de Belastingdienst vaststellen welke minimaal noodzakelijk vervaardigingshandelingen moeten worden verricht teneinde de gronden te kunnen aanmerken als bouwterrein. (...) De verkoop van de gronden vindt ook plaats onder de opschortende voorwaarde dat de gronden zich hebben gekwalificeerd als bouwterrein in vorenbedoelde zin. (...)  
(...)
- 7.5 De bepalingen ter zake van ontbinding van een overeenkomst, zoals opgenomen in boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, zijn onverkort van toepassing.  
(...)
- 2.9 Eveneens op 19 juni 2008 hebben de Provincie, NHN, Zeeman Vastgoed oud, De Peyler Projectontwikkeling en een partij, genoemd Distriport Noord-Holland C.V. i.o., een als borgovereenkomst met betrekking tot de (verdere) ontwikkeling en realisering van het (toekomstig) bedrijventerrein) c.a. Distriport Noord-Holland te Koggenland aangeduide akte getekend (hierna: de borgovereenkomst). In de borgovereenkomst, waarin Distriport CV i.o. wordt aangeduid als GEM, is voor zover relevant het volgende vermeld:
- 1.1 Mede ter uitvoering van het Afsprakenkader en voorts als tegenprestatie voor de bereidheid van GEM om geheel onverplicht voor haar rekening en risico een groene buffer met een oppervlak ad circa 50 ha in het Projectgebied aan te leggen, om eveneens geheel onverplicht onder bepaalde voorwaarden een bedrag ad € 6.500.000 (...) aan de Provincie te voldoen als bijdrage in de kosten, verbonden aan het aansluiten van het bedrijventerrein Jaagweg op de A7 en bovendien om eveneens geheel onverplicht - in het kader van de realisering van het Project - 15% ruimtewinst te realiseren en 10% duurzame energie toe te passen, is de Provincie bereid - gelijktijdig met het aangaan van de betreffende Financieringsovereenkomst door GEM met de Financiële Instelling - tot maximaal 80% van de door de Financiële Instelling te verstrekken financiering een borgstelling te verstrekken (...)

## 2. Voorwaarden en bepalingen van borgstelling

- 2.1 De Provincie zal om niet tot maximaal 80% van de te verstrekken financiering jegens de Financiële instelling borg staan voor al hetgeen de Financiële instelling van GEM te vorderen heeft uit hoofde van een tussen die instelling en GEM tot stand te brengen financieringsovereenkomst ten behoeve van de (verdere) ontwikkeling en realisering van het Project.  
(...)
- 2.3 GEM is zelf verantwoordelijk voor het verkrijgen van een financiering bij een Financiële instelling. De terzake door GEM tot stand te brengen financieringsovereenkomst(en) behoeft (behoeven) de voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Provincie. De Provincie zal bedoelde goedkeuring niet op onredelijke gronden weigeren.(...)
- 2.10 Voorts hebben Zeeman Vastgoed oud, De Peyler Projectontwikkeling en NHN Vastgoed op 19 juni 2008 een als samenwerkingsovereenkomst Distriport Noord-Holland te Koggenland aangeduide akte getekend (hierna: de samenwerkingsovereenkomst). In de samenwerkingsovereenkomst is, voor zover relevant, vermeld:

### **Artikel 2 Hoedanigheid van partijen**

- 2.1 NHN, Zeeman Vastgoed en De Peyler gaan de onderhavige overeenkomst voor (...) aan, alsdan in hun hoedanigheid van Commandieten en Aandeelhouders in GEM.

### **Artikel 3 Samenwerking**

- 3.1

*Partijen gaan hierbij een samenwerking aan die gericht is op de gezamenlijke Locatie-ontwikkeling in het Projectgebied en het faciliteren van de Projectontwikkeling in het Projectgebied, een en ander zoals in de onderhavige overeenkomst is bepaald.*

**Artikel 4 Oprichting GEM en GEM Beheer**

- 4.1 Partijen verbinden zich jegens elkaar om zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 6 maanden na de inwerkingtreding van de onderhavige overeenkomst, over te gaan tot de oprichting en het aangaan van de in dit artikel 4 bedoelde vennootschappen: GEM Beheer en GEM.
- 4.4 Bij de oprichting van GEM Beheer zullen 120 aandelen worden geplaatst van € 180,= (zegge: éénhonderdtachtig euro) nominaal per aandeel. De aandeelhouders zullen voor een gelijk deel deelnemen.
- 4.5 Partijen (de commandieten) gaan dadelijk nadat GEM Beheer is opgericht met inachtneming van de onderhavige overeenkomst een commanditaire vennootschap, in de onderhavige overeenkomst aangeduid als "GEM" aan(...)
- 4.9 Het kapitaal in GEM bedraagt € 18.000,= (zegge: achttienduizend euro). De vennoten kunnen uitsluitend in onderling overleg bij unanimiteit van stemmen en in schriftelijke vorm besluiten tot wijziging van het kapitaal van GEM (...)
- 4.11 De vennoten van GEM zijn gerechtigd tot de winsten van GEM naar rato van hun kapitaaldeelname in GEM, terwijl verliezen van GEM aan hen worden toegerekend eveneens conform hun kapitaaldeelname in GEM (...)

**Artikel 10 Financiering Locatie-ontwikkeling en te stellen zekerheden en af te geven garanties.**

- 10.1 GEM en GEM Beheer beogen – naast de in artikel 4 bedoelde kapitaalbreng in GEM – in hun financieringsbehoefte zoveel mogelijk te voorzien door middel van externe financiering door derden en waarbij de Provincie zich als borg stelt uit hoofde van de met de Provincie te sluiten Borgovereenkomst. (...)
- 10.2 Indien en voorzover niet door middel van de in artikel 10.1 bedoelde financiering in de financieringsbehoefte van GEM en GEM Beheer kan worden voorzien, zullen Partijen ieder voor een gelijk deel GEM en GEM Beheer voorzien van de door GEM en GEM Beheer benodigde financieringsmiddelen.
- 2.11 Grontmij heeft op 27 januari 2009 een Milieueffectenrapportage voor het bedrijventerrein Distriport Noord-Holland opgesteld.
- 2.12 Bij brief van 24 april 2009 heeft de Belastingdienst Amsterdam de Provincie onder meer bericht:

*U heeft mij een vraag voorgelegd over de levering van onbebouwde terreinen in een gebied, alwaar de Provincie voornemens is het regionale bedrijventerrein Distriport NH te Koggenland te realiseren. De Provincie wenst de levering van rechtswege belast met omzetbelasting te doen plaatsvinden. Daartoe is benodigd dat de onbebouwde grond als bouwterrein in de zin van artikel 11, vierde lid, van de Wet op de omzetbelasting 1968 kwalificeert.*

(...)

*Uitgaande van de door u verstrekte informatie ben ik van mening dat de werkzaamheden aan de brug zijn aan te merken als een voorziening die wordt getroffen met het oog op de bebouwing van het plangebied. Aldus zal de levering van grond in het plangebied, nadat de werkzaamheden aan de brug zijn aangevangen, als de levering van een bouwterrein voor de omzetbelasting kwalificeren.*

*Voor de goede orde wijs ik u nog op het volgende. Beoordeling of sprake is van een bouwterrein dient plaats te vinden op het tijdstip waarop de levering plaatsvindt. Indien een terrein kwalificeert als bouwterrein maar zich nadien omstandigheden voordoen waardoor objectief duidelijk is dat in het plangebied geen bebouwing plaats zal kunnen vinden, kan daardoor de kwalificatie 'bouwterrein' komen te vervallen. (...)*

- 2.13 Bij akte van 9 juni 2009 is Distriport BV opgericht.
- 2.14 Op 24 juni 2009 is een document genaamd "overeenkomst tot het aangaan van een commanditaire vennootschap" (hierna: de CV-akte) getekend. Partijen bij die akte zijn Zeeman Vastgoed oud, NHN Projectbeheer B.V. en Exploitatiemaatschappij De Peyler B.V., als commanditaire vennoten en Distriport BV als beherend venoot. NHN Projectbeheer B.V. en Exploitatiemaatschappij De Peyler B.V. zijn dochtervennootschappen van respectievelijk NHN Vastgoed en De Peyler Projectontwikkeling. In de considerans van de CV-akte is het volgende opgenomen:

**IN AANMERKING NEMENDE DAT:**

*- partijen in het kader van de door hen gesloten Samenwerkingsovereenkomst Distriport Noord-Holland te Koggenland, d.d. 19 juni 2008, hierna te noemen de "Samenwerkingsovereenkomst", overeengekomen zijn een commanditaire vennootschap aan te gaan, waarin NHN, Zeeman Vastgoed en De Peyler commanditaire vennoten en Distriport Noord-Holland B.V. beherend venoot zullen zijn;*

*- deze commanditaire vennootschap in overeenstemming met de Samenwerkingsovereenkomst voor eigen rekening en risico het project, als aangegeven in de Samenwerkingsovereenkomst, hierna te noemen: het "Project", zal ontwikkelen en realiseren.*

2.15 Eind 2009 heeft de Provincie het bouwgebied ontsloten, in die zin dat een reeds bestaande dam zodanig is verstevigd dat toekomstig zwaar bouwverkeer van en naar het projectgebied mogelijk werd gemaakt.

2.16 Bij brief van 9 juli 2009 heeft Distriport CV onder meer aan de Provincie geschreven:

*Op 2 juni hebben wij van u de kopie brief van de Belastingdienst Amsterdam inzake Distriport Noord-Holland en omzetbelasting ontvangen. (...)*

*Wij zijn van mening dat de juridische levering en betaling niet eerder kan plaatsvinden, voordat de inspecteur ter plaatse de uitgevoerde maatregelen m.b.t. het fiscaal bouwrijp maken heeft beoordeeld en goedgekeurd. De inspecteur moet dit dan schriftelijk verklaren, zodat er daarna gepasseerd kan worden bij de notaris.(...)*

2.17 Bij brief van 20 januari 2010 heeft de Provincie onder meer aan Distriport CV geschreven:

*De provincie Noord-Holland, het Ontwikkelingsbedrijf Noord-Holland Noord, Zeeman Vastgoed BV en De Peyler Projectontwikkeling BV hebben op 20 juni 2007 in het zogenaamde Afsprakenkader een aantal afspraken vastgelegd over de voorgenomen ontwikkeling van bedrijventerrein Jaagweg, later Distriport geheten. Deze afspraken zijn nader uitgewerkt in de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst, beide van 19 juni 2008. (...) Op 9 en 24 juni 2009 zijn de Distriport Noord-Holland B.V. en de Distriport Noord-Holland C.V. opgericht. (...)*

*Het fiscaal bouwrijp maken van deze gronden is intussen geaccordeerd door de Belastingdienst en ook feitelijk uitgevoerd. (...)*

*De provincie Noord-Holland wil, conform de afspraken zoals vastgelegd in de Grondverkoopovereenkomst, de verworven grond uiterlijk op 1 april 2010 terugleveren aan de Distriport Noord-Holland C.V. (...)*

*Wij ontvangen graag van u op korte termijn een schriftelijk voorstel hoe u de afname van de grond wil vormgeven. (...)*

2.18 Bij brief van 9 juli 2010 heeft de Provincie onder meer aan Distriport CV geschreven:

*Per brief van 20 januari 2010 heeft de provincie Noord-Holland u schriftelijk verzocht om uiterlijk 1 april 2010 mee te werken aan de teruglevering van de gronden aan Distriport, conform de afspraken zoals vastgelegd in de Grondverkoopovereenkomst. Aan dit verzoek hebt u geen gevolg gegeven. De provincie is tot nu toe terughoudend geweest in aanmanen omdat zij wel begrijpt dat de economische situatie veranderd is. (...)*

*Wij willen u hiermee meedelen dat wij u tot 1 november 2010 de gelegenheid bieden alsnog de bedoelde grond over te nemen. Dit is wat ons betreft de uiterste termijn waarop u aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Grondverkoopovereenkomst kunt voldoen.(...)*

2.19 Daarop heeft[D.] namens de directie van Distriport B.V. de Provincie bij brief van 24 september 2010 onder meer laten weten:

*U maakt er in uw brief voorts melding van dat in het kader van de Borgovereenkomst is afgesproken dat vijf financieringsalternatieven zullen worden uitgewerkt. Gelet op het gezamenlijk belang bij de ontwikkeling van Distriport, acht Distriport Noord-Holland CV het van belang dat het onderzoek in nauw overleg wordt uitgevoerd, zodat daarover ook gedragen besluitvorming kan plaatsvinden. Dit ligt ook volledig in lijn met de in de Borgovereenkomst opgenomen overlegverplichting in geval van wijziging van omstandigheden, zoals hier aan de orde is. In dit verband is het minder gelukkig dat gesprekken over de financiering recentelijk door de provincie zijn uitgesteld. Wij dringen er bij u op aan deze gesprekken thans met voortvarendheid te voeren. (...)*

*Nu de provincie en Distriport Noord-Holland C.V. nog met elkaar in overleg zijn over de financiering, ligt een uiterste afnamedatum niet voor de hand. Van belang hierbij is dat de Grondverkoopovereenkomst direct gerelateerd is aan de Borgovereenkomst. Distriport Noord-Holland C.V. zal op het moment dat de gronden geleverd worden de koopprijs aan de provincie moeten voldoen. De volgorde zal derhalve alleen deze kunnen zijn dat Distriport C.V. eerst haar financiering verkrijgt – in welk kader ook duidelijkheid dient te bestaan omtrent de Borgovereenkomst, al dan niet aangepast of aangevuld – en pas daarna de levering van de gronden en betaling van de koopprijs kan plaatsvinden. (...) Aan het verzoek om uitvoering te geven aan de Grondverkoopovereenkomst kan niet worden voldaan zolang niet ook aan de Borgovereenkomst is voldaan.*

*Ook moet op het volgende worden gewezen. Afname van de gronden zonder zekerheid over het fiscaal bouwrijp behandeld worden van de gronden – dat mede afhangt van het in werking treden c.q. onherroepelijk worden van het bestemmingsplan Distriport – stemt niet overeen met het bepaalde in de Grondverkoopovereenkomst (artikel 2.3). De verkoop van de gronden door de provincie aan Distriport Noord-Holland C.V. vindt plaats onder de opschortende voorwaarde dat de gronden zich hebben gekwalificeerd als bouwterrein. De bevoegde Inspecteur heeft aangegeven dat de beoordeling of sprake is van een bouwterrein plaatsvindt op het tijdstip waarop de levering plaatsvindt, en dat de kwalificatie "bouwterrein" komt te vervallen als zich nadien omstandigheden voordoen waardoor objectief duidelijk is dat in het plangebied geen bebouwing plaats zal kunnen vinden. De kwalificatie als bouwterrein is dus op dit moment voorlopig, en is pas definitief als er geen publiekrechtelijke belemmeringen meer kunnen ontstaan. Dit betekent dat de opschortende voorwaarde (nog) niet ingetreden is zodat geen (onherroepelijke) titel bestaat voor een levering van gronden op dit moment. Gelet op de noodzakelijke financiering en borgstelling kan en mag Distriport Noord-Holland C.V. niet het risico lopen*



*dat als gevolg van bestemmingsplanperikelen wordt geleverd zonder dat de opschortende voorwaarde in werking is getreden.*

- 2.20 Bij brief van 8 oktober 2010 heeft [L.] zich namens (de directie van) Distriport BV tot de Provincie gericht. Hij heeft meegedeeld dat de gronden aan Distriport kunnen worden geleverd nadat aan alle voorwaarden uit de overeenkomst van 2008 met betrekking tot het fiscaal bouwrijp maken is voldaan en dat dit naar overtuiging van Distriport c.s. nog niet het geval is. Verder heeft hij onder meer het volgende geschreven:

*Ten tijde van de totstandkoming van de Borgovereenkomst en de Grondovereenkomst zag de (financiële) wereld er totaal anders uit dan nu. Daar waar financiering van dergelijke projecten voorheen relatief eenvoudig was, is het nu zeer lastig een financier te vinden die onder haalbare marktcondities bereid is de financiering van Distriport Noord-Holland op zich te nemen. Gelukkig hebben wij de Bank Nederlandse Gemeenten hiertoe bereid gevonden. Zij stellen echter een aantal voorwaarden, die helaas niet geheel overeenkomen met de uitgangspunten uit 2008.*

- 2.21 Bij brief van 22 oktober 2010, verzonden op 16 november 2010 heeft de Provincie onder meer aan Distriport BV geschreven:

*Het klopt dat u dit jaar bij herhaling voorstellen heeft gedaan ter financiering van het project Distriport. (...) Alle voorstellen leiden echter tot grotere risico's voor de provincie. (...) De provincie wenst (...) vast te houden aan de inhoud van de overeenkomsten die er liggen.*

*(...)*

*Zoals reeds in onze vorige brief betoogd zijn wij van mening dat voldaan is aan onze verplichting ter zake van het 'fiscaal bouwrijp' maken van de gronden. Niets stond dus aan afname van de gronden op uiterlijk 1 november 2010 in de weg. Wij constateren thans dat u hiermee in gebreke bent gebleven.*

- 2.22 Bij brief van 26 januari 2011 heeft de Belastingdienst Holland-Noord, kantoor Hoorn, aan Ontwikkelcombinatie Distriport NH, p/a Zeeman Vastgoed, ter attentie van [L.] onder meer geschreven:

*(...) In de brief van 9 juli 2009 geeft Distriport aan dat zij omtrent een aantal zaken zekerheid vooraf wenst. Men wil graag een verklaring van de belastingdienst dat er ter zake van de levering van de grond door de provincie aan Distriport geen 6% overdrachtsbelasting is verschuldigd aangezien het een levering betreft die is belast met omzetbelasting. Hiervoor is van belang dat een beoordeling van de werkzaamheden aan de brug leidt tot de conclusie dat er sprake is van "fiscaal bouwrijp" maken.*

*(...)*

*Op 24 januari 2011 hebben namens de belastingdienst (...) geconstateerd, dat de betreffende werkzaamheden aan een drietal toegangsdammen (...) kwalificeren als "fiscaal bouwrijp" maken. De onbebouwde grond kwalificeert als bouwterrein zoals omschreven in artikel 11, lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968.*

*Voor de volledigheid merk ik op dat namens Distriport de heren [L.] en [D.] hierbij aanwezig waren.*

*Nu de levering van de grond is belast met 19% omzetbelasting is op grond van artikel 15 lid 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer 1970 geen 6% overdrachtsbelasting verschuldigd. Dit laatste geldt overigens ook als de Raad van State na de beroepsprocedure uiteindelijk mocht besluiten een andere bestemming aan het bouwterrein te geven.*

- 2.23 Bij brief van 21 februari 2011 hebben Gedeputeerde Staten van de Provincie Noord-Holland onder meer aan Distriport CV geschreven:

#### **Ontbinding**

*Nu Distriport bij herhaling in gebreke is gebleven de gronden over te nemen zoals door partijen is afgesproken in de Grondverkoopovereenkomst en Distriport hiervan reeds in november 2010 in gebreke is gesteld, roept de provincie bij deze de ontbinding in van artikel 2.1 van de Grondverkoopovereenkomst die op 19 juni 2008 is gesloten. De provincie hoeft daarmee niet langer de gronden te leveren aan Distriport. Dit betekent dat de provincie Noord-Holland vrij is om te handelen met de gronden zoals zij goedgevindt. Nu de provincie artikel 2.1 van de Grondverkoopovereenkomst heeft ontbonden zijn de artikelen 2.1 en 2.2 van de Borgovereenkomst niet langer uitvoerbaar voor wat betreft de 'GEM'. Deze bepalingen zijn derhalve voor zover betrekking hebbend op de 'GEM' automatisch ontbonden.*

#### **Schade**

*De overname van de gronden door de provincie zou zeer tijdelijk van aard zijn. Daarnaast zou de provincie niet risicodragend deel uitmaken van de ontwikkeling. Door het bezit van de gronden langer bij de provincie te hebben gelaten heeft de provincie schade geleden. Het hoeft geen betoog dat indien de gronden niet afgenomen worden de kosten en rente over de financiering doorlopen. Voor deze schade stelt de provincie haar contractspartijen en Distriport aansprakelijk.*

- 2.24 Bij brief van 24 juni 2011 van mr. De Groot namens Distriport CV en Distriport BV aan Gedeputeerde Staten is onder meer het volgende vermeld:

*(...) de ontwikkelaars hadden hun gronden niet aan de Provincie verkocht, als de gronden niet tevens zouden worden terugverkocht en geleverd aan de ontwikkelaars. Indien derhalve de ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst geldig zou zijn – quod non – dan zou dit tevens gevolgen hebben voor (de artikelen 3 en 4) van het Afsprakenkader, welk Afsprakenkader immers – zie de Borgovereenkomst en de Grondverkoopovereenkomst – tussen partijen is blijven gelden. Blijft de ontbinding van artikel 2.1 Grondverkoopovereenkomst in stand, dan is gelet op artikel 1.2 Grondverkoopovereenkomst ook het Afsprakenkader ontbonden voor zover dat ziet op verkoop van de gronden van de ontwikkelaars aan de Provincie, althans doet Distriport – door deze en mitsdien voorwaardelijk – een beroep op ontbinding van (de desbetreffende bepalingen van artikel 3 en 4 van) het Afsprakenkader. Dit heeft tot gevolg dat de gronden door de Provincie aan Distriport dienen te worden geleverd.*

*(...)*

*De Provincie is gelet op de sommatie als opgenomen in de brief van 26 mei 2011 in verzuim.*

*(...)*

*Distriport houdt de Provincie integraal aansprakelijk voor alle geleden en nog te lijden schade als gevolg van de handelwijze van de Provincie.*

- 2.25 Op 27 juni 2011 hebben Distriport c.s., na daartoe verkregen verlof, conservatoir leveringsbeslag gelegd op de betreffende gronden.
- 2.26 Bij de gedingstukken bevindt zich een als Geheime besluitenlijst van de vergadering van Gedeputeerde Staten van Noord-Holland op 27 september 2011 aangeduid geschrift. Hierin is, voor zover van belang, het volgende vermeld:
- Het College besluit:*
- In te stemmen met de inhoud en het verzenden door huisadvocaat Pels Rijcken van bijgevoegde conclusie van antwoord als verweer op hetgeen in de dagvaarding door (...) Distriport c.s. is gesteld voor de rechtszitting van 5 oktober 2011.*
- In de bijlage bij deze besluitenlijst is als toelichting op het voorstel vermeld:

*De provincie is door Distriport c.s. gedagvaard voor de zitting van 5 oktober 2011. De dagvaarding is uitgebracht naar aanleiding van het beslag dat Distriport c.s. medio juni 2011 op de gronden van de provincie had gelegd. De conclusie van antwoord is een verweer op de stellingen die door Distriport c.s. ingenomen worden in de dagvaarding. In de conclusie van antwoord dient de provincie tevens een 'reconventionele eis' in tot vergoeding van de schade die de provincie lijdt als gevolg van het voortdurende grondbezit.*

- 2.27 Bij brief van 23 december 2011 heeft de belastingdienst Holland – Noord, kantoor-Hoorn, aan Ontwikkelcombinatie Distriport NH, p/a Zeeman Vastgoed t.a.v. de heer [L.] als volgt laten weten:

*In aanvulling op de brieven van mijn collega's, mevrouw [W-V] en heer Mr. [O.], van 26 januari 2011 en van 15 september 2011 inzake vrijstelling overdrachtsbelasting ter zake van de levering van grond door de provincie aan Distriport wil ik u het volgende nog meedelen c.q. een kleine aanvulling geven op de brieven van mijn collega's.*

*In de brief van 26 januari hebben mijn collega's de onbebouwde grond gekwalificeerd als bouwterrein zoals omschreven in artikel 11 lid 4 van de Wet op de Omzetbelasting 1968. Bij deze beoordeling zijn zij uitgegaan van de situatie zoals die toen bekend was. Daarbij gingen zij er van uit dat de levering van de grond op korte termijn zal plaatsvinden en er verder niets aan de feiten/situatie zou wijzigen. Er was in hun ogen ook geen aanleiding om van zo'n mogelijkheid uit te gaan. Daar hebben zij wellicht ten onrechte geen clause, zoals in de brief van de Belastingdienst Amsterdam van 24 april 2009 wel het geval was, opgenomen voor het geval de bestemming van de grond zou wijzigen.*

*Naar nu blijkt heeft de levering van de grond nog niet plaatsgevonden en is onzeker of de bestemming van de grond gehandhaafd blijft. In verband hiermee wil ik u er op wijzen dat de verleende vrijstelling vervalt als op het moment van levering de grond door een of andere wijziging in feiten of omstandigheden niet meer kwalificeert als bouwterrein. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de Raad van State (de wijziging van) het bestemmingsplan vernietigt, een en ander conform de eerder door de Belastingdienst Amsterdam aangebrachte nuancering. In verband met de bestemmingswijziging loopt er immers nog een procedure bij de Raad van State.*

*Mijn collega's hebben destijds zo volledig mogelijk willen antwoorden op uw verzoek teneinde te proberen om duidelijkheid te verschaffen. Maar hierbij konden zij uiteraard géén rekening houden met veranderende omstandigheden. Regel blijft echter dat uiteindelijk pas op het moment van levering (als het belastbare feit zich voordoet) definitief beoordeeld kan worden op deze levering al dan niet belast is met omzetbelasting. Die vraag kan en moet, als er op dat moment nog onduidelijkheid is, beantwoord worden door de belastingdienst eenheid die competent is voor de leverende partij. In het geval dat de provincie Noord-Holland leverende partij is de belastingdienst Amsterdam dus de competente eenheid.(...)*

- 2.28 De Provincie heeft, na daartoe verkregen verlof, op 14 mei 2012 conservatoir beslag gelegd op aan Zeeman Vastgoed oud toebehorende gronden, en op diezelfde datum ten laste van Zeeman Vastgoed oud onder de Rabobank conservatoir derdenbeslag gelegd. Bij

akte van 30 december 2013 heeft Zeeman Vastgoed oud nagenoeg haar gehele vastgoedportefeuille, waaronder de onder 2.23 genoemde gronden, via Zeeman Management verkocht en geleverd aan Zeeman Real Estate B.V. Zeeman Real Estate B.V. heeft in kort geding opheffing van het conservatoir beslag op de gronden gevorderd, welke vordering bij vonnis van 4 augustus 2014 door de voorzieningenrechter is afgewezen.

2.29 De gronden zijn nog in eigendom bij de Provincie.

### 3 Beoordeling

- 3.1 Het geschil tussen partijen vloeit voort uit de overeenkomsten (het Afsprakenkader, de grondleveringsovereenkomst, de borgovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst) aangaande de realisatie van bedrijventerrein Distriport Noord-Holland in de gemeente Koggenland. De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud hadden daartoe gronden verworven. Om de kosten van het project te beperken door van vrijstelling van overdrachtsbelasting te kunnen profiteren hebben zij de gronden - tegen in het Afsprakenkader overeengekomen betaling - aan de Provincie geleverd; de gronden zouden, na het zogenoemde fiscaal bouwrijp maken ervan, door de Provincie tegen betaling aan Distriport CV worden doorgeleverd. De centrale vraag in dit geding is wat de rechtsgevolgen zijn van de door de Provincie ingeroepen ontbinding van artikel 2.1 van de grondverkoopovereenkomst (zie r.o. 2.23), die tot gevolg heeft gehad dat de beoogde (door)levering aan Distriport CV niet heeft niet plaatsgevonden en de gronden eigendom van de Provincie zijn gebleven.
- 3.2 In eerste aanleg hebben Distriport c.s. vorderingen ingesteld die strekten tot nakoming van hetgeen de Provincie volgens Distriport c.s. op basis van de onder r.o. 2.6, 2.8 en 2.9 genoemde overeenkomsten verplicht was, zodat de gronden alsnog aan Distriport CV zouden kunnen worden geleverd en Distriport CV het project in uitvoering zou kunnen nemen (zie memorie van grieven, 7.2). De Provincie heeft verklaringen voor recht gevorderd, hoofdelijke veroordeling van Distriport c.s. tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat alsmede een voorschot op schadevergoeding. De rechtbank heeft de vorderingen van Distriport c.s. afgewezen en die van de Provincie (behoudens de hoofdelijke veroordeling van De Peyler Projectontwikkeling en het gevorderde voorschot) toegewezen.
- 3.3 In hoger beroep hebben Distriport c.s. hun koers gewijzigd. Thans vorderen zij geen nakoming meer maar vergoeding van de door hen geleden schade alsmede betaling van een voorschot van € 2.737.509,03. De eiswijzigingen van Distriport c.s. bij memorie van grieven en de nadere eiswijzigingen bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep zijn niet in strijd met de regels van een goede procesorde, zodat het hof op de gewijzigde eis recht zal doen. Grief I van Distriport c.s. richt zich tegen alle bestreden vonnissen voor zover de daarin door de rechtbank neergelegde overwegingen en beslissingen niet met hun vorderingen en de daarop gegeven toelichting verenigbaar zijn. Grief II betreft de ontbinding door de Provincie, grief III de hoofdelijke aansprakelijkheid van Zeeman Vastgoed oud, grief IV de hoofdelijke aansprakelijkheid van Distriport CV en Distriport BV en de door de Provincie gestelde schade en grief V de kostenveroordeling.
- 3.4 De Provincie heeft bezwaar gemaakt tegen grief I, stellende dat deze niet is gericht tegen een specifieke eindbeslissing. Dat bezwaar is terecht. Het hof zal met deze grief slechts rekening houden voor zover uit de stellingen van Distriport c.s. volgt dat expliciet bezwaar is gemaakt tegen een bepaald concreet onderdeel van het vonnis van de rechtbank en uit het verweer van de Provincie ook voldoende duidelijk volgt dat zij dat bezwaar ook als grief heeft opgevat.
- 3.5 De Provincie heeft in incidenteel appel vijf grieven geformuleerd. Grief I betreft het onrechtmatig handelen door Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling, grief II de hoofdelijke aansprakelijkheid van De Peyler Projectontwikkeling, grief III de vraag wie de commanditair vennoten zijn van Distriport CV en grief V de afwijzing van het gevorderde voorschot op schadevergoeding. Grief IV betreft een eiswijziging. Deze eiswijziging is niet in strijd met de regels van een goede procesorde, zodat het hof ook op de gewijzigde eis van de Provincie recht zal doen.

#### *Rechtsgeleidige ontbinding?*

- 3.6 Grief II van Distriport c.s. betreft de (centrale) vraag of de Provincie op 21 februari 2011 gerechtigd was tot ontbinding van artikel 2.1 van de grondverkoopovereenkomst, dat strekt tot verkoop door de Provincie van de gronden aan Distriport CV. Distriport c.s. menen (samengevat) dat de Provincie dat recht niet toekwam omdat (a) de opschortende voorwaarde van de fiscale bouwrijpheid van de gronden niet was vervuld en (b) aan de Provincie te wijten is dat er nog geen financiering was. De Provincie stelt zich op het standpunt dat Distriport CV in verzuim verkeerde en niet op een ondergeschikt punt was tekortgeschoten, zodat zij mocht ontbinden.

#### *(a) Gronden fiscaal bouwrijp?*

- 3.7 Volgens artikel 2.3 van de Grondverkoopovereenkomst diende de juridische levering van de gronden - in afwijking van het bepaalde in het Afsprakenkader - plaats te vinden indien en zodra de gronden "zijn aan te merken als bouwterrein in de zin van artikel 11, lid 1 sub a onder 1 jo artikel 11, lid 4 van de Wet op de omzetbelasting 1968".
- 3.7.1. Volgens Distriport c.s. (onder 8.2.6 van hun memorie van grieven) moet dit artikel zo worden uitgelegd dat de levering eerst zou plaatsvinden wanneer definitief zekerheid bestond dat de levering van de gronden niet met overdrachtsbelasting zou worden belast

maar deze (zonder voorbehoud) in de omzetbelastingsfeer zouden overgaan. De financiële gevolgen wanneer dat niet het geval zou zijn, namelijk het alsnog verschuldigd zijn van ca. € 1.500.000,- aan overdrachtsbelasting, zou immers niet meer te repareren zijn. Volgens Distriport c.s. moet, gezien de van de Belastingdienst ontvangen berichten, ervan worden uitgegaan dat pas met de gunstige uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 april 2012 waarmee de bestemmingsplanwijziging onherroepelijk werd, de gronden met zekerheid kwalificeren als fiscaal bouwrijp.

- 3.7.2. Volgens de Provincie volstond dat zij de voor levering noodzakelijke (in overleg met een fiscaal deskundige vast te stellen) vervaardigingswerkzaamheden had voltooid. Zij heeft op haar beurt erop gewezen dat zowel de tekst als de strekking van de Grondverkoopovereenkomst zich tegen de uitleg van Distriport c.s. verzetten. In de tekst is nergens bepaald dat de kwalificatie "fiscaal bouwrijp" definitief moet zijn, er staat slechts dat de gronden als zodanig "zijn aan te merken". De bepaling strekt tot een snelle doorlevering naar Distriport CV, namelijk "indien en zodra" de gronden fiscaal bouwrijp zijn, en daarmee is de uitleg van Distriport c.s. - die meebrengt dat het jaren kan duren voordat de vereiste zekerheid er is - onverenigbaar.
- 3.7.3. Volgens vaste jurisprudentie geldt bij de uitleg van mondelinge of schriftelijke overeenkomsten en bij de beantwoording van de vraag of en in welke zin een overeenkomst tot stand is gekomen, de Haviltexmaatstaf. Volgens deze maatstaf dient uitleg niet plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het contract of de betrokken wilsverklaring of mededeling is gesteld (alhoewel die taalkundige betekenis vaak wel van groot belang is, zeker in een geval als het onderhavige waarbij professionele partijen zijn betrokken die zich door juridisch deskundigen hebben laten bijstaan), maar komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden daaraan redelijkerwijs mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij zijn de omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen, van beslissende betekenis.
- 3.7.4. Toepassing van deze maatstaf brengt mee dat Distriport c.s. niet in de door hen voorgestane uitleg kunnen worden gevolgd. Het volgende is daarvoor redengevend. Uit de tekst van artikel 2.3 van de grondverkoopovereenkomst kan niet worden afgeleid dat partijen een definitieve kwalificatie ter zake van de fiscale bouwrijpheid voor ogen stond. De bewoordingen "zijn aan te merken als bouwterrein (...)" duiden niet op het bereikt hebben van een definitieve fiscale status, doch op een oordeel over de vraag, of aan bepaalde daaraan te stellen eisen is voldaan. De vervolgzin van artikel 2.3 bouwt daarop voort, door te bepalen dat de Provincie op de kortst mogelijke termijn zodanige vervaardigingshandelingen zal (doen) verrichten dat deze zich "als bouwterrein in de vorenbedoelde zin kwalificeren". Aansluitend wordt vervolgens bepaald hoe zal worden vastgesteld welke minimale vervaardigingshandelingen nodig zijn (te weten: in onderling en gezamenlijk overleg met een fiscaal deskundige) teneinde "de gronden te kunnen aanmerken als bouwterrein". Ook uit deze passages, in onderlinge samenhang beschouwd, volgt dat het de vervaardigingshandelingen zijn die tot de mogelijkheid van kwalificatie als bouwterrein leiden.
- 3.7.5. Aanknopingspunten waaruit volgt dat het partijen voor ogen stond dat pas geleverd zou worden indien de gronden definitief als fiscaal bouwrijp kwalificeren en dat daarvan onderdeel uitmaakt dat de bestemming van de gronden als bedrijventerrein onherroepelijk vaststaat, ontbreken in de bewoordingen van de grondverkoopovereenkomst. De feiten en omstandigheden die Distriport c.s. voor het overige hebben gesteld leiden ook niet tot dat oordeel. Uit de brief van Distriport CV van 9 juli 2009 (r.o. 2.16) volgt integendeel dat Distriport op dat tijdstip zelf meende dat geleverd kon worden indien de inspecteur ter plaatse de uitgevoerde maatregelen had beoordeeld en goedgekeurd. Zij maakte daarbij geen voorbehoud in verband met het niet onherroepelijk zijn van het bestemmingsplan.
- 3.7.6. Distriport c.s. stellen nog wel (8.2.11 memorie van grieven) dat de definitieve kwalificatie als fiscaal bouwrijp slechts was te bewerkstelligen door een bevestiging door de Belastingdienst, maar dat is nog geen aanwijzing dat partijen ook waren overeengekomen dat pas na een dergelijke bevestiging zou worden geleverd. Het standpunt van Distriport c.s. dat de fiscaal bouwrijpe status definitief moest zijn is verder des te minder aannemelijk nu uit de door hen in het geding gebrachte brieven van de Belastingdienst, in het bijzonder die van 23 december 2011, r.o. 2.27) volgt dat pas op het moment van levering definitief beoordeeld kan worden of deze al dan niet belast is met omzetbelasting. Daarmee is niet verenigbaar dat die zekerheid voorafgaand aan de levering kan worden verkregen door een bevestiging van de Belastingdienst.
- 3.7.7. Distriport c.s. stellen ook dat het voor alle betrokken partijen evident was dat Distriport CV de gronden niet zou kunnen laten leveren als het risico bestond dat zij over de levering van de gronden overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn, maar dat volstaat in het licht van het hiervoor overwogene niet om de grondverkoopovereenkomst - bij gebreke aan aanknopingspunten in de door Distriport c.s. bedoelde zin - in die zin uit te leggen. Opvallend is daarbij bovendien dat bewoordingen die duiden op de door Distriport c.s. voorgestane uitleg geheel ontbreken. In dat verband neemt het hof tevens in ogenschouw dat de grondverkoopovereenkomst een overeenkomst tussen professionele, ter zake deskundige partijen betreft die zich bij de onderhandelingen en het concipiëren van hun overeenkomsten van externe juridische bijstand hebben voorzien, zodat zij de gevolgen van de bepalingen zoals geredigeerd moeten hebben kunnen doorgronden. Dat Distriport CV in haar brief van 24 november 2010 schrijft dat zij niet het risico mag lopen van "bestemmingsplanperikelen" volstaat verder niet om aan te nemen dat partijen hebben beoogd ook dat risico in hun overeenkomst uit te sluiten c.q. bij de provincie neer te

leggen. Ten slotte kan uit het enkele feit dat partijen hebben gekozen voor de "grondrouting via de Provincie" om te bewerkstelligen dat geen overdrachtsbelasting verschuldigd was niet worden afgeleid, dat zij in dat verband ook (moeten) zijn overeengekomen dat doorlevering eerst zou plaatsvinden als de kwalificatie van de gronden als fiscaal bouwrijp onherroepelijk vast zou staan.

- 3.7.8. Distriport c.s. erkennen ten slotte (memorie van grieven 8.2.10) dat partijen de bedoeling hadden om de gronden niet langer bij de Provincie te laten dan nodig was. Met deze bedoeling is slecht verenigbaar dat de gronden jarenlang, totdat de Raad van State definitief zou hebben beslist, eigendom van de Provincie zouden blijven.
- 3.7.9. Al het voorgaande leidt tot het oordeel dat, nadat de Provincie eind 2009 de in r.o. 2.15 beschreven vervaardigingshandelingen had verricht, de gronden fiscaal bouwrijp waren. Het betoog van Distriport c.s. dat de voorwaarde met betrekking tot het fiscaal rijp zijn van de gronden niet was vervuld, faalt daarom.

(b) *Financiering*

- 3.8 Distriport c.s. hebben zich voorts op het standpunt gesteld dat er (primair) contractueel, dan wel (subsidiair) op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid sprake was van dubbele voorwaardelijkheid, in de zin dat teruglevering van de gronden (naast de voorwaarde van fiscale bouwrijpheid) ook afhankelijk was van het verkregen zijn van externe financiering door de joint venture en goedkeuring daarvan van de Provincie; deze voorwaarde was ten tijde van de ontbinding evenmin vervuld, zodat Distriport c.s. niet in verzuim konden zijn. De Provincie heeft deze dubbele voorwaardelijkheid betwist.
- 3.9 Vooropgesteld zij, dat geen van de tussen partijen gesloten overeenkomsten een bepaling bevat die de door Distriport c.s. bedoelde tweede voorwaarde behelst. Artikel 2.3 van de borgovereenkomst bepaalt dat Distriport CV zelf verantwoordelijk is voor het verkrijgen van een financiering. De rol van de Provincie is krachtens diezelfde bepaling ertoe beperkt, dat de door Distriport CV ter zake tot stand te brengen financieringsovereenkomsten voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de Provincie behoeven, die de Provincie niet op onredelijke gronden zal onthouden. Distriport c.s. hebben echter niet gesteld dat zij een financieringsovereenkomst tot stand hebben gebracht en die ter verkrijging van goedkeuring aan de Provincie hebben voorgelegd, zodat aan de vraag of de Provincie daaraan op onredelijke gronden haar goedkeuring heeft onthouden niet wordt toegekomen.
- 3.10 Beoordeeld moet dan worden of die voorwaarde van (samengevat) voorafgaande financiering niettemin in de overeenkomsten besloten ligt, dan wel of de toepasselijkheid daarvan moet worden aangenomen op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en of ter zake het niet-ervullen van die voorwaarde de Provincie in schuldeisersverzuim verkeerde. Distriport c.s. hebben daartoe - samengevat - aangevoerd dat zij er van aanvang af vanuit gingen dat de rechtspersoon die in de plaats van de Provincie in Distriport CV deelnam, NHH, door de Provincie van kapitaal zou worden voorzien (zou worden "gefund"), dat de Provincie dat niet heeft gedaan als gevolg waarvan (in de context van de uitwerking van de financiële crisis sedert medio 2008) Distriport CV er buiten haar schuld niet in is geslaagd om een financiering voor het project te verkrijgen.

*Funding door de Provincie?*

- 3.10.1. Distriport c.s. hebben in dat verband in het bijzonder op de volgende stukken gewezen:
- De concept-notulen van 25 april 2007 van de stuurgroep het Regionaal Bedrijventerrein Jaagweg, Koggenland, waarin namens de Provincie is vermeld "Het ontwikkelingsbedrijf [hof: NHH] zal met geld van de Provincie partij worden in het samenwerkingsverband."
  - Een nota GS over het onderwerp "Participatie in ontwikkeling Jaagweg" voor de vergadering van gedeputeerde staten van 19 juni 2007 waarin onder meer is vermeld: "Voorgesteld wordt om als Provincie mee te financieren in het project en hierover op korte termijn intentionele afspraken te maken met de andere betrokken partijen."
  - Een brief van NHH aan de Provincie van 16 november 2012 (productie 92 van Distriport c.s.) waarin onder meer staat: "De Provincie is er altijd van de op de hoogte geweest dat NHH (...) voor 1/3 deel zou participeren in de B.V./C.V. De Provincie was ook bij de ondertekening van de desbetreffende overeenkomsten aanwezig. Dat lag ook voor de hand, nu NHH de facto de positie innam die oorspronkelijk voor de Provincie zelf bedoeld was. NHH is er later "tussengeschoven". Daarmee kwam op de Provincie de verplichting te rusten om NHH te funden voor zover nodig om NHH haar verplichtingen na te kunnen laten komen. De provincie wist als 50% aandeelhouder dat NHH zelf niet over middelen beschikte om Distriport te funden."
  - Een schriftelijke verklaring van [L.] (productie 83 van Distriport c.s.) waarin hij onder meer verklaart dat in de verslagen van de stuurgroep namens de Provincie werd verklaard dat het ontwikkelingsbedrijf (hof: NHH) met geld van de Provincie partij zou worden in het samenwerkingsverband en dat die mededeling voor de marktpartijen cruciaal was.
- 3.10.2. De Provincie heeft bestreden de intentie tot funding te hebben gehad en in dat verband onder meer verwezen naar de in r.o. 2.7 aangehaalde interne notitie.
- 3.10.3. Het hof is van oordeel dat uit de door Distriport c.s. naar voren gebrachte stukken kan worden afgeleid dat het op enigerlei wijze risicodragend participeren in het project op enig moment door (ambtenaren van) de Provincie kan zijn overwogen, maar niet meer dan dat. Voor verdergaande conclusies bestaan geen aanwijzingen. Dat ligt ook in de rede, gezien de inhoud van de door de Provincie aangehaalde interne notitie. Distriport c.s. hebben niet bestreden dat zij die notitie kenden. Daarbij komt dat de Provincie als

overheidsorgaan een bijzondere vertegenwoordigingsstructuur en besluitvormingsprocedure kent, die belangrijke beperkingen meebrengt aan hetgeen Distriport c.s. aan uitlatingen van ambtenaren van de Provincie konden ontlenuen. In beginsel kan slechts worden afgegaan op hetgeen door of namens de Provincie als uitkomst van het formele besluitvormingsproces van de Provincie wordt medegedeeld, of uit met de Provincie gesloten overeenkomsten blijkt. Distriport c.s. moeten, als professionele (vastgoed)partijen, daarmee bekend zijn geweest.

3.10.4. Uit de borgovereenkomst van 19 juni 2008 blijkt dat de Provincie zich (uiteindelijk) heeft verplicht om tot 80% borg te staan voor de externe financiering van Distriport CV met een maximum van € 50 miljoen. Daarmee heeft zij naar 's hof oordeel kennelijk invulling gegeven aan haar (financiële) bijdrage aan de samenwerking die in artikel 1.1 van het Afsprakenkader was voorzien. Dat de borgstelling uitsluitend een tegenprestatie was voor bijdragen in investeringen die Distriport c.s. op zich hadden genomen en dus stond van de 1/3 participatie door NHN, zoals Distriport c.s. stellen, is niet in overeenstemming met artikel 1.1 van de borgovereenkomst. Daaruit volgt immers dat de borgstelling niet alleen als tegenprestatie geschiedt voor onverplichte bijdragen van Distriport c.s. maar "mede ter uitvoering van het Afsprakenkader". De borgovereenkomst bepaalt ook, zoals reeds in r.o. 3.9 werd overwogen, dat Distriport CV zelf verantwoordelijk is voor het verkrijgen van een financiering bij een financiële instelling, terwijl in die overeenkomst, alsmede in de overige op 19 juni 2008 getekende overeenkomsten (de grondverkoopovereenkomst en de samenwerkingsovereenkomst) bepalingen ontbreken die de Provincie tot een verdergaande financiële bijdrage verplichten. De samenwerkingsovereenkomst bepaalt weliswaar dat NHN als commanditaire vennoot, naast commanditaire vennoten De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud, zal gaan deelnemen in Distriport CV maar dat brengt op zichzelf nog geen verplichting mee voor de Provincie om NHN van kapitaal te voorzien: hiervoor zijn specifieke daartoe strekkende contractuele verplichtingen nodig, die ontbreken. In deze constellatie moet het voor Distriport c.s. op 19 juni 2008, bij het ondertekenen van genoemde overeenkomsten, duidelijk zijn geweest hoever de financiële betrokkenheid van de Provincie strekte. Deze betrokkenheid hebben zij door het ondertekenen van de overeenkomsten kennelijk aanvaard. Gesteld noch gebleken is dat zij voorafgaand aan het sluiten van die contracten aan de Provincie te kennen hebben gegeven dat zij - buiten de borgstelling - verdere financiële bijdragen van de Provincie verwachtten en evenmin op grond waarvan die verwachting gerechtvaardigd was. De Provincie heeft gesteld dat partijen er altijd vanuit zijn gegaan dat het project volledig extern zou worden gefinancierd en Distriport c.s. hebben dat bevestigd.

3.10.5. Distriport c.s. hebben nog een beroep gedaan op wijziging van omstandigheden als gevolg van de financiële crisis vanaf medio 2008. Dat beroep faalt. Niet alleen hebben zij in dat verband nagelaten te stellen waarom dat de Provincie tot het aanvaarden van een (groter) financieel risico had moeten brengen, maar ook hebben zij onvoldoende feiten gesteld en concreet toegelicht waaruit volgt dat zolang de Provincie niet bereid was om verdergaande financiële verplichtingen te aanvaarden, het voor hen onmogelijk was geworden om voor het project een financiering te verkrijgen.

3.10.6. Voor zover Distriport c.s. zich ook in hoger beroep erop beroepen dat zij door overmacht geen financiering hebben kunnen verkrijgen faalt dat beroep, als onvoldoende concreet toegelicht.

3.11 Ook op de onder r.o. 3.8 genoemde grondslagen valt dus geen voorwaarde te baseren die de Provincie in verband met de ontbinding kan worden tegengeworpen dan wel die leidt tot tekortschieten van de Provincie in haar verplichting om haar goedkeuring niet op onredelijke gronden te weigeren. Van schuldeisersverzuim is evenmin sprake.

#### *Dwaling*

3.12 Distriport c.s. hebben op grond van dwaling de partiële vernietiging gevorderd van het Afsprakenkader, de grondverkoopovereenkomst en de borgovereenkomst, namelijk voor zover deze overeenkomsten nog niet zijn uitgevoerd.

3.12.1. Zij voeren daartoe allereerst aan dat het gezien de uitlatingen van de Provincie vast staat dat de Provincie bij het aangaan van die overeenkomsten wist dat NHN, die als een van de commanditaire vennoten zou deelnemen in de CV, door het ontbreken van funding nimmer als gelijkwaardige partij naast Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling zou kunnen functioneren. Dit argument staat haaks op hun eigen betoog dat uit de besluiten van Gedeputeerde Staten blijkt dat deze pas op 23 maart 2010 en 15 februari 2011 (dus jaren na het aangaan van de overeenkomsten) hebben besloten dat NHN niet wordt gefund en dat de Provincie ter zake dus haar opstelling heeft gewijzigd. Het enkele feit dat de Provincie uiteindelijk heeft besloten niet NHN te funden maar voor 80% borg te staan voor de externe financiering die Distriport c.s. zouden verwerven, maakt op zichzelf nog niet dat NHN niet als gelijkwaardige vennoot zou deelnemen en te minder, dat de Provincie dat wist.

3.12.2. Distriport c.s. worden evenmin gevolgd in hun betoog dat zij een onjuiste voorstelling van zaken hadden omtrent de funding door de Provincie die aan een inlichting van de Provincie te wijten is (artikel 6:228 lid 1 sub a BW). Uit hetgeen hierboven onder 3.10.1. is aangehaald en onder 3.10.3 e.v. is overwogen volgt niet, dat dergelijke inlichtingen zijn verstrekt en dat Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling daarop mochten vertrouwen. Ook het (mede door de Provincie ondertekende) Afsprakenkader ontbeert dergelijke inlichtingen nu artikel 1.1 daarvan slechts rept van een "intentie" die tussen partijen bestaat om voor gezamenlijke rekening en risico te gaan samenwerken, dat (o.a.) de deelname in het kapitaal en de benodigde financiering "nog definitief tussen hen te

bepalen" zijn en dat "vooralsnog" NHN, Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling voor een gelijk deel zullen participeren. Dergelijke met slagen om de arm gedane mededelingen zijn ook geen toereikende inlichting aan Distriport c.s. met de strekking dat de Provincie NHN zou funden. Uit de verklaringen die Distriport c.s. nog in het geding hebben gebracht (producties 80 e.v. memorie van grieven Distriport c.s.) blijkt niet dat (ambtenaren van) de Provincie stelliger mededelingen hebben gedaan voorafgaand aan het Afsprakenkader, nog daargelaten de beperkte waarde die, gelet op het onder r.o. 3.10.3 overwogene, aan dergelijke mededelingen toekomt. Uit de nadere uitwerking van de intenties in het Afsprakenkader in de op 19 juni 2008 ondertekende borgovereenkomst, samenwerkingsovereenkomst en grondverkoopovereenkomst blijkt, dat die overeenkomsten de Provincie uitsluitend verplichten tot de borgstelling: een verplichting tot funding van NHN (en overigens ook van de andere beoogde commanditaire vennoten) ontbreekt. Van een inlichting als bedoeld in artikel 228 lid 1 onder a BW is dan ook geen sprake.

- 3.12.3. Distriport c.s. beroepen zich voorts op de dwalingsgrond van artikel 6:228 lid 1 onder b BW. Ook dit beroep faalt. Distriport c.s. hebben zich kennelijk niet verzet tegen de hiervoor in r.o. 3.12.2 genoemde contractuele uitwerking van het Afsprakenkader, doch integendeel die overeenkomsten ondertekend. Waarom het desondanks en in weerwil van het onder r.o. 3.10.4 overwogene kenbaar moet zijn geweest voor de Provincie dat zij daarbij in de onjuiste veronderstelling verkeerden dat de Provincie (los van haar borgstelling) NHN van kapitaal zou voorzien, is niet dan wel onvoldoende gesteld en concreet toegelicht.

#### *Ontbinding*

- 3.13 De Provincie heeft bij brief van 20 januari 2010 Distriport CV een termijn gesteld voor medewerking aan de teruglevering van de gronden. Vervolgens heeft de Provincie bij brief van 9 juli 2010 Distriport CV nogmaals tot nakoming van de gemaakte afspraken aangespoord en tot 1 november 2010 gelegenheid gegeven alsnog de grond over te nemen. Daarbij heeft de Provincie aangegeven zulks als een uiterste termijn te beschouwen. Deze brief dient als een ingebrekestelling te worden opgevat. Distriport CV heeft bij brief van 24 september 2010 afwijzend gereageerd en de gronden niet binnen de door de Provincie gestelde termijn teruggenomen. Nu hiervoor is geoordeeld dat de redenen waarop Distriport CV zich in dat verband als verweer had beroepen niet deugdelijk waren, was Distriport CV na het verstrijken van de haar gestelde termijn, dus vanaf 1 november 2010, in verzuim. De verplichting van Distriport CV om mee te werken aan de teruglevering van de gronden betreft een essentieel onderdeel van de grondleveringsovereenkomst, zodat haar tekortkoming niet van ondergeschikte aard was. De Provincie mocht daarom op 21 februari 2011 artikel 2.1 van de grondleveringsovereenkomst (strekking tot verkoop aan Distriport CV) ontbinden. De slotsom luidt dat grief II van Distriport c.s. faalt.
- 3.14 Nadat het verzuim van Distriport CV op 1 november 2010 was ingetreden zijn Distriport c.s. voortgegaan met het zoeken naar een financieringsoplossing en zijn uitgangspunten/voorstellen daartoe aan de Provincie gepresenteerd. De Provincie kan niet worden tegengeworpen dat zij enerzijds haar belangen zekerstelde door op 21 februari 2011 de ontbinding in te roepen, maar dat zij anderzijds voor en na die datum zich heeft ingespannen om te pogen de samenwerking niettemin tot een goed einde te brengen. Gelet op het reeds ingetreden verzuim van Distriport CV was de Provincie daartoe niet verplicht, laat staan dat zij gehouden was om alsnog verdergaande risico's te accepteren dan eerder tussen partijen was afgesproken. Dat de Provincie, terwijl Distriport c.s. in verzuim verkeerden, term-sheets en (financierings)voorstellen in aanmerking heeft willen nemen (niet is gebleken dat de Provincie reeds vóór het intreden van het verzuim term-sheets ter beoordeling voorgelegd heeft gekregen) maar uiteindelijk heeft afgewezen kunnen Distriport c.s. de Provincie dan ook niet verwijten. Voor de juistheid van het betoog van Distriport c.s. dat zij in de periode na de ontbinding door de Provincie aan het lijntje zijn gehouden en aan het werk zijn gezet terwijl de uitkomst al vaststond zijn onvoldoende aanknopingspunten voorhanden, nog daargelaten dat Distriport c.s. niet duidelijk hebben gemaakt wat van dat betoog de gevolgen moeten zijn.
- 3.15 De slotsom luidt dat de Provincie jegens Distriport c.s. niet toerekenbaar is tekortgeschoten. Dat brengt mee dat de vorderingen van Distriport c.s. zoals geformuleerd aan het slot van haar memorie van grieven onder k (tot verklaring voor recht dat de Provincie jegens Distriport c.s. toerekenbaar is tekortgeschoten, met veroordeling van de Provincie tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat) moeten worden afgewezen. De daarop voortbouwende vordering onder l (tot partiële ontbinding van Afsprakenkader, grondverkoopovereenkomst en borgovereenkomst wegens toerekenbaar tekortschieten) wordt eveneens afgewezen. Hetzelfde lot treft de vorderingen onder m en n (tot verklaring voor recht dat de overeenkomsten zijn vernietigd wegens dwaling).

#### *Onrechtmatige daad Provincie?*

- 3.16 Volgens Distriport c.s. heeft de Provincie jegens hen onrechtmatig gehandeld. Daartoe hebben zij aangevoerd dat, door NHN niet te funden, NHN voorzienbaar tekort zal schieten in de nakoming van op NHN (althans haar groepsvennootschappen) rustende verplichtingen en dat de Provincie door deze wanprestatie zal zijn gebaat. Voorts betogen zij dat de Provincie ongefundeerd vertrouwen bij Distriport c.s. heeft gewekt dan wel gerechtvaardigd vertrouwen heeft geschonden. De Provincie, die als grootaandeelhouder aan NHN haar wil kan opleggen en zich in de praktijk intensief met NHN bemoeit, wist dat NHN haar contractuele verplichtingen niet zou nakomen, heeft meegewerkt aan het creëren van een schijn van kredietwaardigheid en nagelaten Distriport CV en de beide andere commandieten te waarschuwen en/of ander maatregelen te treffen die schade hadden kunnen voorkomen. Aldus Distriport c.s.

3.17

In dit betoog ligt besloten dat op de Provincie de verplichting zou rusten om NHN te funden, dan wel dan Distriport c.s. daarop gerechtvaardigd mochten vertrouwen. Het betoog bouwt in zoverre voort op de onderwerpen waarover hiervoor onder r.o. 3.10 e.v. is overwogen en beslist en strandt op dezelfde overwegingen. Daarenboven is onvoldoende concreet gesteld dat NHN toerekenbaar is tekortgeschoten, dan wel concreet voorzienbaar tekort zal schieten, in enigerlei verplichting jegens haar wederpartijen, dat zulks onrechtmatig is jegens Distriport c.s. en dat de mogelijkheid van schade als gevolg daarvan aannemelijk is. De vordering van Distriport c.s. onder o zal worden afgewezen.

*Ongerechtvaardigde verrijking*

- 3.18 Ten slotte hebben Distriport c.s. gesteld dat de Provincie, door niet meer gehouden te zijn tot teruglevering van de gronden op de contractueel voorziene wijze en tot borgstelling, ongerechtvaardigd is verrijkt, terwijl Distriport c.s. zijn verarmd. Hoewel dat niet was beoogd is de Provincie thans definitief eigenaresse van de gronden, die door de inspanningen van Distriport C.V. de status van juridisch bouwrijpe grond hebben verkregen. De Provincie kan daarmee de kosten die zij heeft gemaakt via exploitatie terugverdienen en daarnaast het positief contractbelang realiseren. Distriport c.s. hebben inspanningen gedaan en kosten gemaakt die tot bestemmingswijziging van de gronden heeft geleid. Die kosten kunnen zij niet meer goedmaken. Het daarmee samenhangende bedrag begroten Distriport c.s. op € 2,7 miljoen.
- 3.19 Het hof overweegt dat, indien al sprake zou zijn van verrijking (hetgeen onaannemelijk is, gelet op hetgeen hierna onder r.o. 3.31 e.v. wordt overwogen) deze niet ongerechtvaardigd is. De oorzaak van het feit dat de Provincie thans eigenaresse van de gronden is, is immers gelegen in het verzuim van de zijde van Distriport c.s. en de daarop volgende ontbinding door de Provincie. De op deze stellingen betrekking hebbende vordering van Distriport c.s. onder p, die onder meer strekt tot verwijzing naar de schadestaatprocedure, wordt daarom afgewezen.

*Overige vorderingen Distriport c.s.*

- 3.20 Bij deze stand van zaken bestaat geen grondslag voor de vorderingen van Distriport c.s. onder s (voorschot op schadevergoeding) en t (terugbetaling van het ter voldoening van het vonnis in eerste aanleg betaalde), zodat deze zullen worden afgewezen. De vordering onder r (reconventionele vorderingen van de Provincie) zal hieronder bij de bespreking van het incidenteel appel van de Provincie worden betrokken.
- 3.21 Uit het hiervoor overwogene volgt dat het niet (tijdig) afnemen van de gronden een tekortkoming in de nakoming van de contractuele verplichtingen van Distriport CV oplevert; daarvoor zijn Distriport CV en Distriport BV (de beherend vennoot) hoofdelijk aansprakelijk.

*Onrechtmatige daad Distriport c.s.*

- 3.22 Met haar grief I voert de Provincie aan dat de rechtbank in r.o. 4.31 van het tussenvonnis van 2 mei 2012 ten onrechte niet heeft geoordeeld dat Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling in hun hoedanigheid van bestuurder van Distriport BV de nakoming van de verplichtingen van Distriport CV bewust hebben getraineed om te voorkomen dat Distriport CV grotere risico's zou lopen. Zij meent dat beide aansprakelijk zijn jegens de Provincie omdat zij als directeur/feitelijk beleidsbepalers van Distriport BV hebben bewerkstelligd dat Distriport CV haar verplichting tot afname van de grond niet nakwam en daarmee ernstig verwijtbaar jegens de Provincie hebben gehandeld. Uit de toelichting op deze grief leidt het hof af dat de Provincie meent dat daarnaast ook Distriport CV en Distriport BV onrechtmatig hebben gehandeld, in het bijzonder door steeds aanvullende voorwaarden te stellen die partijen niet waren overeengekomen en daardoor de afname te traineren.

- 3.22.1. Wat betreft Distriport BV en Distriport CV heeft de Provincie bij haar grief geen belang, nu in r.o. 3.21 reeds is geoordeeld dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn uit toerekenbare tekortkoming.

*Hoofdelijke aansprakelijkheid Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling als bestuurders van (de bestuurder van) Distriport CV*

- 3.22.2. Wat betreft Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling geldt dat zij in hun hoedanigheid van bestuurder van de beherend vennoot van Distriport BV slechts aansprakelijk zijn indien hen een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Het feit dat de redenen die Distriport c.s. hebben aangevoerd om de gronden niet af te nemen in dit geding als ondeugdelijk zijn beoordeeld, is niet voldoende om die conclusie te kunnen dragen. De Provincie heeft haar stellingen, dat het steeds weer stellen van voorwaarden een kwestie was van welbewust traineren teneinde de Provincies met de risico's "op te zadelen" verder ook niet concreet toegelicht en evenmin onderbouwd. De grief faalt daarom.

*Hoofdelijke aansprakelijkheid van Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling als commanditaire vennoten*

- 3.23 Met grief III keren Distriport c.s. zich tegen het oordeel van de rechtbank, dat Zeeman Vastgoed oud als commanditaire vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor de schade van de Provincie. In dat verband vorderen zij onder meer verklaring voor recht dat de onder Zeeman Vastgoed oud gelegde beslagen en het conservatoir derdenbeslag onder Rabobank ten laste van Zeeman Vastgoed oud onrechtmatig zijn, opheffing van die beslagen en schadevergoeding.
- 3.24 Grief II van de Provincie is gericht tegen het oordeel dat De Peyler Projectontwikkeling als commanditaire vennoot niet hoofdelijk aansprakelijk is.



- 3.25 Grief III van de Provincie is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de commanditaire vennootschap die op 24 juni 2009 tot stand is gekomen als contractspartij van de Provincie heeft te gelden. Volgens de Provincie moet de samenwerkingsovereenkomst worden beschouwd als CV-akte.
- 3.26 De grieven zullen gezamenlijk worden behandeld.
- 3.26.1. Het belang van de met grief III door de Provincie opgeworpen vraag is erin gelegen, dat De Peyler Projectontwikkeling betwist dat zij commanditair vennoot van Distriport CV is. Volgens haar is De Peyler Projectontwikkeling partij bij de samenwerkingsovereenkomst, maar niet bij de CV-akte: in die akte is dat Exploitatiemaatschappij De Peyler BV.
- 3.26.2. Artikel 22 Wetboek van Koophandel (WvK) bepaalt dat een vennootschap onder firma kan worden aangegaan bij onderhandse akte. Dat geldt ook voor een commanditaire vennootschap. De Provincie betoogt terecht dat de samenwerkingsovereenkomst (die dateert van 19 juni 2008) de essentialia voor de gezamenlijke uitoefening van de onderneming bevat. In artikel 3.1 van de samenwerkingsovereenkomst staat ook dat het samenwerkingsverband "bij deze wordt aangegaan (...) als in de onderhavige overeenkomst bepaald" (r.o. 2.9). Een voorbehoud dat nog nader zal worden bepaald wie als commandieten zullen participeren, heeft het hof niet aangetroffen. De samenwerkingsovereenkomst (die dateert van 19 juni 2008) bepaalt met zoveel woorden dat NHN Vastgoed B.V., Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling de commanditaire vennoten zullen zijn. Met deze overeenkomst werd naar buiten toe de CV/BV Distriport bekendgemaakt, hetgeen wordt ondersteund door de tekst van de uitnodiging van 16 juni 2008 voor de bijeenkomst ter ondertekening van de samenwerkingsovereenkomst op 19 juni 2008 (productie 11 bij dagvaarding) "*Hiermee is de BV/CV Distriport een feit.*" Distriport CV i.o. (hoe ook moet worden geoordeeld over de status van een CV i.o.) is, vertegenwoordigd door haar beherend vennoot Distriport Noord-Holland BV i.o., als zodanig ook partij bij de op die datum gesloten borgovereenkomst (r.o. 2.8). Onder deze omstandigheden komt geen zelfstandige betekenis meer toe aan de bepaling in de samenwerkingsovereenkomst dat zo spoedig mogelijk zal worden overgegaan tot oprichting van een CV. Dat Distriport BV op 19 juni 2008 nog (notarieel) moest worden opgericht, staat aan de totstandkoming van Distriport CV met Distriport BV i.o. als beherend vennoot niet in de weg.
- 3.27 De CV-akte, in het bijzonder de considerans daarvan, laat er intussen geen twijfel over bestaan dat daarmee is beoogd de door de drie partijen bij de samenwerkingsovereenkomst overeengekomen, en naar de buitenwereld reeds als voldongen feit gepresenteerde, vennootschap (verder) te formaliseren. Een onderscheid met die vennootschap is, anders dan de Provincie pleit, naar het oordeel van het hof kennelijk niet beoogd. Dat in die CV-akte in plaats van De Peyler Projectontwikkeling haar 100% dochtermaatschappij Exploitatiemaatschappij De Peyler B.V. als commanditaire vennoot is vermeld, maakt dat niet anders. De motieven voor deze wijziging heeft De Peyler Projectontwikkeling in dit geding slechts toegelicht met de stelling, dat alle drie initiële partijen nog hebben overwogen welke vennootschap uit hun concern risicodragend aan de CV zou gaan deelnemen. De Provincie heeft erop gewezen dat Distriport c.s. er, ook jaren nadat de CV-akte was opgemaakt, zelf vanuit gaan dat De Peyler Projectontwikkeling aandeelhouder/commandiet in de CV is. Zij heeft ter illustratie gewezen op het financieringsvoorstel van 22 mei 2011, productie 45 inleidende dagvaarding) en op het persbericht van Distriport CV van 27 juni 2011 (productie 54 bij dagvaarding, vermeld op de website van Distriport CV) waarin wordt verklaard: "*Distriport is een commanditaire vennootschap met drie vennoten: Zeeman Vastgoed, de Peyler Projectontwikkeling en Ontwikkelingsbedrijf Noord-Holland (NHN).*" Ook indien wordt aangenomen dat, zoals Distriport c.s. stellen, in dat persbericht van Distriport CV slordigheden voorkomen, is het hof van oordeel dat tegen deze achtergrond de Provincie niet kan worden tegengeworpen dat volgens de CV-akte niet De Peyler Projectontwikkeling maar haar dochtervennootschap Exploitatiemaatschappij De Peyler BV commanditair vennoot is.
- 3.28 Als zelfstandige grondslag komt daarbij, dat (zoals de Provincie aanvoert) De Peyler Projectontwikkeling en Exploitatiemaatschappij De Peyler met elkaar vereenzelvigd kunnen worden omdat - onbetwist - De Peyler Projectontwikkeling aandeelhouder is van haar dochtervennootschap Exploitatiemaatschappij De Peyler BV, beide vennootschappen dezelfde vertegenwoordigers kennen en De Peyler Projectontwikkeling zelf ook geen onderscheid tussen beide vennootschappen heeft gehanteerd doch integendeel zich jegens derden ook na de CV-akte als commandiet is blijven presenteren.
- 3.29 De slotsom luidt daarom dat De Peyler Projectontwikkeling in dit geding als commanditair vennoot jegens de Provincie heeft te gelden en dat het ontbreken van een akte de Provincie in zoverre niet kan worden tegengeworpen. Grief III van de Provincie slaagt. Dit brengt - anders dan Distriport c.s. bepleiten - niet mee dat de Provincie niet ontvankelijk is in haar vorderingen. Deze zijn immers gericht tegen de partijen die zij op grond van het Afsprakenkader en de op 19 juni 2008 gesloten overeenkomsten als haar contractspartij beschouwde en mocht beschouwen, te weten Distriport c.s., en Distriport c.s. hebben de onderhavige procedure ingeleid.
- 3.30 Vervolgens moet worden nagegaan, of de commanditaire vennoten de Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud naast Distriport CV hoofdelijk aansprakelijk zijn. Dat is het geval indien zij beheershandelingen hebben verricht als bedoeld in artikel 21 lid 2 WvK.
- 3.30.1. De Provincie heeft in onderdeel 4.4 van haar memorie van antwoord deze vraag bevestigend beantwoord met de stelling dat de heren [L.] en [D.] (hierna: [L.] en [D.]) - handelend in hun hoedanigheid van vertegenwoordigers van Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling - ook (de) feitelijke beleidsbepalers waren binnen de CV, zonder daarbij in de externe communicatie een duidelijk onderscheid te maken in welke

hoedanigheid zij handelden. Distriport c.s. hebben verweer gevoerd met het betoog dat besluitvorming binnen de CV, waar ook NHN bij betrokken was, op basis van unanimitieit geschiedde (paragraaf 2.1.5 memorie van antwoord in incidenteel appel) maar daarmee onweersproken gelaten dat [L.] en [D.] in hun externe communicatie hun hoedanigheid in het ongewisse lieten, zodat dat als vaststaand zal worden aangenomen.

- 3.30.2. Het hof heeft aan de hand van de stukken in het dossier (waaronder het Afsprakenkader, de borg-, grondverkoop- en samenwerkingsovereenkomst, alsmede verschillende vergaderstukken en correspondentie met de Provincie en de Belastingdienst) geconstateerd dat [L.] en [D.] directeur van (de directeurs van) Distriport B.V. waren en ook namens Distriport BV jegens de Provincie en de Belastingdienst hebben geageerd (zie bijvoorbeeld r.o. 2.19, 2.20, 2.22 en 2.27), terwijl zij gelijktijdig ook directeur zijn (geweest) van de vennootschappen die in dit geding als commanditaire vennoot jegens de Provincie gelden, namelijk De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud. De samenloop van al die hoedanigheden in de personen van de directeuren brengt mee dat ook waar [L.] en [D.] aangaven namens (de directie van) Distriport BV op te treden (derden daardoor de indruk gevend dat zij in werkelijkheid beherend vennoot zijn), dat optreden bezwaarlijk kan worden geabstraheerd van hun hoedanigheid als (en optreden namens) directeur van een commanditair vennoot. Het hof gaat er daarom vanuit dat de handelingen van deze directeuren van De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud (zoals het overleg met de Belastingdienst over de fiscale bouwrijpheid en het overleg met de Provincie over de financiering) als handelingen van die commanditaire vennoten gelden en dat laatstgenoemden daarmee in beginsel beheershandelingen hebben verricht als bedoeld in artikel 20 lid 2 WvK (vgl. ECLI:NL:HR:2009:BB9390). Een andere benadering zou meebrengen dat de commanditaire vennoten in staat zouden zijn om zonder eigenlijke persoonlijke verbondenheid de CV de door hen gewenste handelingen in het rechtsverkeer te laten verrichten, hetgeen de wetgever met artikel 21 lid 2 WvK heeft willen voorkomen.
- 3.30.3. Op het uitgangspunt dat in beginsel beheershandelingen zijn verricht zijn uitzonderingen denkbaar, bijvoorbeeld vanwege de specifieke aard van de handeling. In dat verband hebben Distriport c.s. aangevoerd dat Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling in hoedanigheid van zelfstandig contractspartij van de Provincie conservatoir leveringsbeslag hebben gelegd onder de Provincie vanwege de vorderingen die zij uit dien hoofde op de Provincie hadden, en niet in hun hoedanigheid van commanditair vennoot zodat die beslaglegging geen beheershandeling was. Nu in dit geding vast staat (zie r.o. 4.3 van het tussenvonnissen van 2 mei 2012, waartegen geen grief is gericht) dat De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud zelfstandig contractspartij van de Provincie waren en zij (naast Distriport CV en Distriport BV) in dit geding ook uit eigen hoofde vorderingen tegen de Provincie hebben ingesteld, en Distriport BV voorts zelf ook conservatoir beslag heeft gelegd in verband met haar eigen vorderingen, kan worden aangenomen dat hun beslaglegging niet in hoedanigheid van commanditaire vennoot is geweest. Dat staat evenwel niet in de weg aan het onder r.o. 3.30.2 gegeven oordeel dat zowel Zeeman Vastgoed oud als De Peyler Projectontwikkeling overigens wel beheershandelingen hebben verricht. Zij zijn daarom naast Distriport BV en Distriport CV hoofdelijk aansprakelijk. Het hof overweegt nog dat Distriport c.s. hebben opgeworpen dat als de Provincie daadwerkelijk van mening is dat de partijen bij de samenwerkingsovereenkomst niet alleen bestuurder zijn van Distriport BV, maar ook commanditaire vennoot, ook NHN Vastgoed een (hoofdelijk) aansprakelijkheidsrisico loopt (paragraaf 2.3.2. memorie van antwoord in incidenteel appel). De positie van NHN Vastgoed is echter geen onderwerp van deze procedure.
- 3.30.4. Dat brengt mee dat grief II van de Provincie slaagt, terwijl grief III van Distriport c.s. faalt.

#### *Schadevordering Provincie*

- 3.31 Thans is de vordering van de Provincie tot vergoeding van schade aan de orde. Voor zover Distriport c.s. met grief IV betogen dat eventuele schade van de Provincie hen niet kan worden toegerekend omdat er sprake is van overmacht aan haar zijde, faalt dat betoog omdat daarover onder r.o. 3.10.6 juist anders is geoordeeld. Voor zover Distriport c.s. met deze grief IV aanvoeren dat het de Provincie niet vrijstond om (onderdelen van) de overeenkomsten eenzijdig te ontbinden en vervolgens het palet aan verplichtingen dat Distriport c.s. zonder te beschikken over de gronden niet meer kan nakomen als schade te vorderen, vormt dat betoog een onvoldoende weerspreking dat als gevolg van de ontbinding schade aannemelijk is. In de grief kan ook een beroep op voordeelsberekening worden gelezen, namelijk waar wordt betoogd dat de Provincie de gronden had kunnen verkopen/ontwikkelen. De enkele mogelijkheid van toekomstig voordeel is echter onvoldoende grondslag om de vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure af te wijzen.
- 3.32 Uit het onder r.o. 3.6 e.v. overwogene volgt dat Distriport CV, zodra de Provincie de gronden fiscaal bouwrijp had gemaakt, deze had moeten afnemen en dat hetgeen zij ter rechtvaardiging van haar niet-nakoming heeft aangevoerd, vergeefs is opgeworpen. Bij de vraag of de vordering van de Provincie tot verwijzing naar de schadestaatprocedure voor toewijzing vatbaar is gaat er erom, of aannemelijk is dat de Provincie schade heeft geleden als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten aan de zijde van Distriport c.s. Die vraag beantwoordt het hof met de rechtbank bevestigend. Als gevolg van de niet-nakoming door Distriport CV is de Provincie met de gronden (en het daarmee samenhangende economische risico) blijven zitten, terwijl zij nooit beoogd ontwikkelaar daarvan was en ook geen ontwikkelaar van gronden is. De Provincie heeft wel voor de gronden moeten betalen (een bedrag van meer dan € 25.000.000,-) en daarvoor kosten moeten maken. Als onvoldoende betwist staat vast dat de Provincie tot nu toe slechts agrarisch gebruik van de gronden heeft kunnen realiseren, met een beperkte opbrengst. Distriport c.s. hebben intussen op hun beurt geen belangstelling (meer) om de gronden alsnog geleverd te

krijgen, hetgeen veelzeggend is: zij zijn immers wel professionele vastgoedontwikkelaars. Dat de Provincie schade heeft geleden en nog steeds lijdt, is aldus voldoende aannemelijk. Haar vordering tot vergoeding van schade, op te maken bij staat is terecht toegewezen. In zoverre faalt grief IV van Distriport c.s.

- 3.33 Welke van de door de Provincie gevorderde posten voor vergoeding in aanmerking komen en zo ja in welke mate, en of bepaalde kosten die Distriport c.s. hebben gemaakt daarop in mindering moeten worden gebracht, bijvoorbeeld in het kader van voordeelstoerekening, dient verder in de schadestaatprocedure aan de orde te komen.

*Voorschot op schade*

- 3.34 De Provincie heeft na eiswijziging gevorderd dat Distriport c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling bij wijze van voorschot van een bedrag van (primair) € 13.885.471,71 althans (subsidiar) € 2.289.249,39, exclusief btw en vermeerderd met wettelijke rente vanaf 27 juni 2012. Distriport c.s. hebben die vordering gemotiveerd betwist.
- 3.35 Om voor toewijzing in aanmerking te komen is onder meer vereist dat de Provincie voldoende belang heeft bij veroordeling van Distriport c.s. tot betaling van een voorschot op een toe te kennen schadevergoeding. De Provincie heeft in dat verband gesteld dat dat belang is gelegen in het feit dat Distriport CV en Distriport BV lege projectvennootschappen zijn en de kredietwaardigheid van De Peyler Projectontwikkeling en Zeeman Vastgoed oud steeds beperkter is. Zeeman Vastgoed oud heeft er volgens de Provincie sedert 2013 alles aan gedaan om verhaal door de Provincie op haar vermogensbestanddelen te beperken; zo heeft zij al haar ontwikkelactiviteiten ondergebracht in een andere vennootschap (ook Zeeman Vastgoed genaamd) en alle grond die zij in eigendom had bij akte van 30 december 2013, via haar enig aandeelhouder Zeeman Management BV, verkocht en geleverd aan een concernvennootschap genaamd Zeeman Real Estate BV. De Provincie vreest dat binnen het concern waartoe De Peyler Projectontwikkeling behoort eveneens gepoogd zal worden verhaal door de Provincie te frustreren.
- 3.36 Het hof is van oordeel dat de Provincie haar belang bij toekenning van een voorschot op de te bepalen schadevergoeding voldoende aannemelijk heeft gemaakt. Dat Distriport BV en Distriport CV niet of nauwelijks verhaal (zullen) bieden is onweersproken gebleven. Verhaal op de commanditaire vennoten zal dus soelaas moeten bieden. Uit de geschetste gang van zaken omtrent de beslaglegging op gronden van Zeeman Vastgoed oud volgt voldoende dat de Provincie in toenemende mate het risico loopt met een onverhaalbare vordering tot schadevergoeding te blijven zitten: daarbij komt dat de Provincie in dit geding ook geen vervangende zekerheid is aangeboden. Anderzijds lopen Zeeman Vastgoed oud en De Peyler Projectontwikkeling, met de Provincie als debiteur, geen restitutie risico.
- 3.37 In verband met de toewijsbaarheid van de vordering tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding dient in het oog te worden gehouden dat in de schadestaatprocedure ter bepaling van de schade van de Provincie de vraag moet worden beantwoord in welke positie de Provincie zou zijn geraakt bij volledige nakoming van de grondleveringsovereenkomst. Het antwoord op die vraag kan in dit stadium van het geding nog niet worden gegeven. Zo zal de omvang van de schade in belangrijke mate afhangen van de waarde die de gronden hebben; die waarde kan, bij gebreke van een actuele taxatie, thans niet worden ingeschat.
- 3.38 Wel is het hof van oordeel dat de Provincie voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar schade in ieder geval het subsidiair gevorderde bedrag van € 2.289.249,39 bedraagt. Daartoe is met name redengevend dat er vanuit kan worden gegaan dat de Provincie geen rentekosten over de door haar betaalde aankoopssommen gehad zou hebben. De grondleveringsovereenkomst ging er immers vanuit (zie artikel 2.2) dat bij de levering (onder meer) die kosten van de Provincie onvoorwaardelijk zouden worden vergoed. Die kosten zullen Distriport c.s. in elk geval (hoofdelijk) moeten dragen.
- 3.38.1. Distriport c.s. betwisten de stelling van de Provincie dat de rentekosten tot en met 30 mei 2012 € 2.483.342,35 bedroegen. Zij hebben, onder verwijzing naar een schriftelijke antwoord van Gedeputeerde Staten van de Provincie op vragen van enkele statenleden (productie 103 bij memorie van antwoord in incidenteel appel) aangevoerd en onderbouwd dat de Provincie in 2014 een pachtopbrengst van de gronden realiseerde van € 53.000,= en dat de rentelast voor wat betreft Distriport CV in 2013 € 48.599,71 bedroeg, hetgeen was gebaseerd op financiering uit het eigen vermogen van de Provincie en het feit dat de Interne rente dat jaar historisch laag was. De Provincie baseert zich ter onderbouwing van haar vordering echter op het rentepercentage dat voortvloeit uit artikel 2.2 van de grondverkoopovereenkomst. Het hof acht voldoende waarschijnlijk dat de rechter in de schadestaatprocedure zal oordelen dat de Provincie gerechtigd is tot het overeengekomen rentepercentage, omdat dat het percentage was dat bij behoorlijke nakoming verschuldigd zou zijn geweest. Distriport c.s. hebben voorts de berekening door de Provincie als zodanig niet bestreden. Wat betreft de duur van de verschuldigde rente acht het hof het redelijk om de door de Provincie voorgestelde einddatum in aanmerking te nemen: dat de Provincie de (rente)schade niet heeft beperkt door de gronden te verkopen kan haar niet worden verweten, nu Distriport c.s. tot aan dit hoger beroep zich op het standpunt stelden dat de gronden aan hen dienden te worden geleverd.
- 3.39 Het hof zal daarom de primaire vordering afwijzen en de subsidiaire vordering, tot betaling van € 2.289.249,39 exclusief btw en vermeerderd met wettelijke rente, toewijzen. Benadrukt zij dat de rechter in de schadestaatprocedure aan deze vaststelling en onderbouwing daarvan niet is gebonden. Het hof leidt uit de opzet van het petitum van de Provincie af dat zij (net als in eerste aanleg) heeft bedoeld te vorderen dat ook deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Dat zal eveneens worden toegewezen.

- 3.40 Dit oordeel leidt ertoe dat grief IV van Distriport c.s. faalt en grief IV van de Provincie gedeeltelijk staagt en voor het overige faalt.
- 3.41 Hetgeen partijen in dit geding of in het geding in eerste aanleg meer of anders naar voren hebben gebracht kan niet tot andere oordelen leiden. Beide partijen hebben bewijs aangeboden maar die bewijsaanbiedingen worden als niet ter zake dienend dan wel als onvoldoende concreet gepasseerd.
- 3.42 De slotsom luidt dat het vonnis waarvan beroep voor zover in conventie gewezen zal worden bekrachtigd. Voor zover in reconventie gewezen zal het vonnis deels worden vernietigd, zal de subsidiaire vordering tot betaling van een voorschot alsnog als na te melden worden toegewezen, zal ook De Peyler Projectontwikkeling hoofdelijk tot vergoeding van schade, op te maken bij staat worden veroordeeld en zal voor het overige het in reconventie gewezen vonnis worden bekrachtigd. Distriport c.s. zijn terecht hoofdelijk in de proceskosten van het geding in eerste aanleg veroordeeld, zodat ook hun grief V faalt. Distriport c.s. zullen als grotendeels in het ongelijk te stellen partij hoofdelijk in de kosten van het principaal en het incidenteel hoger beroep worden veroordeeld.

#### 4 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover in conventie gewezen;

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover in reconventie gewezen, doch slechts voor zover daarbij zijn afgewezen

- de vordering van de Provincie dat De Peyler Projectontwikkeling hoofdelijk wordt veroordeeld tot vergoeding aan de Provincie van de schade die de Provincie lijdt of zal lijden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming door Distriport CV in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens de Provincie, op te maken bij staat; en
- de vordering van de Provincie dat Distriport c.s. hoofdelijk worden veroordeeld tot betaling van een voorschot;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt - in aanvulling op de veroordeling onder 3.6 van het dictum van het vonnis waarvan beroep - De Peyler Projectontwikkeling hoofdelijk tot vergoeding aan de Provincie van de schade die de Provincie lijdt of zal lijden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming door Distriport CV in de nakoming van haar contractuele verplichtingen jegens de Provincie, op te maken bij staat;

veroordeelt Distriport c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende, de ander zal zijn bevrijd, om bij wijze van voorschot op de schade aan de Provincie te voldoen een bedrag van € 2.289.249,38 exclusief btw, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 27 juni 2012 tot aan de dag der algehele voldoening;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover in reconventie gewezen voor het overige;

veroordeelt Distriport c.s. hoofdelijk, des dat de een betalende, de ander zal zijn bevrijd, in de kosten van het geding in principaal en incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van de Provincie in het principaal hoger beroep begroot op € 683,= aan verschotten en € 2.682,00 voor salaris, in het incidenteel hoger beroep op € 1.341,= voor salaris en op € 205,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling(en) en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.C. Meijer, E.P. Polak en M.E. van Rossum en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 27 januari 2015.

