

ECLI:NL:GHAMS:2017:5146

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	12-12-2017
Datum publicatie	12-01-2018
Zaaknummer	200.188.099/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Wijziging overeenkomst vanwege onvoorziene omstandigheid met (terug)betalingsverplichting tot gevolg. Zie ECLI:NL:GHAMS:2017:4827.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2018/246 RCR 2018/31

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.188.099/01

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/583152/HA ZA 15-266

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 12 december 2017

inzake

GEMEENTE DRUTEN,

zetelend te Druten,

appellante in principaal appel,

geïntimeerde in incidenteel appel,

advocaat: mr. H.C.J. Oomen te Nijmegen,

tegen

1 UNICA ECOPOWER B.V.,

gevestigd te Hoevelaken,

2. DURA VERMEER GEBIEDSONTWIKKELING INFRA B.V.,

gevestigd te Hoofddorp,

geïntimeerden in principaal appel,

appellanten in principaal appel,

advocaat: mr. J.A. Dullaart te Naaldwijk.

1 Het geding in hoger beroep

1.1 Appellante wordt hierna aangeduid als gemeente Druten en geïntimeerden afzonderlijk als Unica en Dura Vermeer en gezamenlijk als Unica c.s.

1.2. Gemeente Druten is bij dagvaarding van 3 maart 2016, ingetrokken en hersteld bij exploit van 8 maart 2016 (hersteld bij exploit van 11 maart 2016), in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 9 december 2015, onder bovengenoemd zaak- en rolnummer gewezen tussen gemeente Druten als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie, en Unica c.s. als gedaagden in conventie, tevens eiseressen in reconventie.

1.3. Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in (voorwaardelijk) incidenteel appel, met productie;
- memorie van antwoord in incidenteel appel.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 30 maart 2017 doen bepleiten, gemeente Druten door mr. Oomen voornoemd en Unica c.s. door mr. L.C. van den Berg, advocaat te Den Haag, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

1.4. Tenslotte is arrest gevraagd.

1.5. Gemeente Druten heeft in principaal appel (samengevat) geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis voor zover in conventie gewezen (gedeeltelijk) zal vernietigen en alsnog, uitvoerbaar bij voorraad:

- *primair* (a) de concessieovereenkomst met terugwerkende kracht zal ontbinden en (b) Unica c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van een bedrag van 300.000,-, vermeerderd met 63.000,- aan btw, vermeerderd met de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009;
- *subsidiar* (a) de concessieovereenkomst zal ontbinden wegens toerekenbare tekortkoming van Unica c.s. en (b) Unica c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van een bedrag van 300.000,-, vermeerderd met 63.000,- aan btw, vermeerderd met de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009;
- *meer subsidiar* Unica c.s. op straffe van verbeurte van een dwangsom zal veroordelen om binnen een jaar na het te wijzen arrest uitvoering te hebben gegeven aan het bepaalde in artikel 3.1 sub 2, 3 en 5 van de concessieovereenkomst alsmede om op eerste verzoek van gemeente Druten uitvoering te geven aan het bepaalde in artikel 3.1 sub 4 van de concessieovereenkomst;
- *primair, subsidiar meer subsidiar* Unica c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van een bedrag van 4.635,76 aan buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met de kosten van de beslaglegging;
- *primair en subsidiar* Unica c.s. zal veroordelen in de proceskosten, vermeerderd met rente.

Unica c.s. hebben in principaal appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met beslissing over de proceskosten vermeerderd met rente.

1.6. Unica c.s. hebben in incidenteel appel, onder de voorwaarde dat het principaal appel (gedeeltelijk) mocht slagen, geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en opnieuw rechtdoende - uitvoerbaar bij voorraad - alle vorderingen van Unica c.s. in reconventie zal toewijzen, gemeente Druten zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen door Unica c.s. is voldaan uit hoofde van het bestreden vonnis, met beslissing over de proceskosten inclusief rente. Gemeente Druten heeft in incidenteel appel - naar het hof begrijpt - geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis voor zover door de incidentele grieven ontsloten, met beslissing over de proceskosten inclusief rente.

1.7. Unica c.s. hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

- 2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Grief I in principaal appel is gericht tegen het weglaten door de rechtbank van een bepaald onderdeel in het citaat van de notulen van het overleg tussen partijen op 1 juni 2011. De grief slaagt in zoverre, dat dit onderdeel in rechtsoverweging 2.11 hieronder wél wordt opgenomen. Voor het overige zijn de door de rechtbank vastgestelde feiten in hoger beroep niet in geschil en dienen zij derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.
- 2.2. Gemeente Druten heeft in 2000 grond gekocht met als doel dit te ontwikkelen tot bedrijventerrein Westerhout-Zuid. Gemeente Druten wilde dit terrein voorzien van een nieuw te ontwikkelen duurzaam collectief energiesysteem. In dit kader is een programma van eisen opgesteld en heeft in 2007 een aanbestedingstraject plaatsgevonden.
- 2.3. Binnen dit traject hebben Unica c.s. voorstellen gedaan aan gemeente Druten voor het realiseren van een duurzame energieopslag met Warmte Koude Opslag (WKO). Partijen hebben met elkaar in dat kader overleg en correspondentie gevoerd.
- 2.4. Bij brief van 12 juli 2007 hebben Unica c.s. aan gemeente Druten onder meer het volgende geschreven:
- "8. Verkoop prestatieverplichting:*
- a. *Gemeente Druten verwacht de grond in max. 2 jaar te hebben verkocht. Gezien de verwachte omvang van de gebouwen wordt uitgegaan van totaal 50.000 m² BVO (Bruto Vloer Oppervlak) aan te sluiten gebouwen. Om het risico van niet-verkopen van de grond of achterwege blijven van de aangesloten m² BVO enigszins te compenseren is de volgende regeling besproken:*
- i. *De gemeente betaalt bij opdracht en start van het project 300.000 Euro aan de exploitant UDV [Unica c.s. ; hof]. Zodra 80% van de beoogde m² BVO zijn uitgegeven en de levering van warmte en koude aan deze percelen mogelijk is () wordt dit volledige bedrag inclusief rente (EURIBOR) aan de gemeente terugbetaald. Terugbetaling zal plaatsvinden gelijktijdig met het transport van dat perceel waarbij aan deze voorwaarde (80% uitgegeven) is voldaan. De verwachting is dat dit al binnen 1 jaar zal plaatsvinden."*
- 2.5. Bij brief van 26 juli 2007 hebben Unica c.s. aan gemeente Druten onder meer het volgende geschreven:
- "In hoofdlijnen is het alternatief gebaseerd op de volgende uitgangspunten:*
- ()
- ()
- De uitvoering zal plaatsvinden nadat de aannemer (AVG) het terrein bouw- en woonrijp heeft opgeleverd.*
- ()
- 8. Verkoop prestatieverplichting:*
- a. *Gemeente Druten verwacht de grond in max. 2 jaar te hebben verkocht. Gezien de verwachte omvang van de gebouwen wordt uitgegaan van totaal 50.000 m² BVO (Bruto Vloer Oppervlak) aan te sluiten gebouwen. Om het risico van niet-verkopen van de grond of achterwege blijven van de aangesloten m² BVO enigszins te compenseren is de volgende regeling besproken:*
- i *De gemeente betaalt bij opdracht en start van het project 300.000 Euro (excl. BTW) aan de exploitant UDV.*

ii Als alle kavels zijn verkocht en de bedrijven zijn aangesloten op het WKO-systeem wordt de m2 BVO-balans opgemaakt:

De m2 BVO waarvoor de WKO effectief warmte levert, worden getotaliseerd = "m2 BVO totaal". ()

iii Er zal een verrekening plaatsvinden volgens de formule: $BVO\text{-verrekening} = (m2\ BVO\text{-totaal}) / 50.000 \times 300.000$

Dit bedrag is excl. BTW en wordt gecorrigeerd middels de Euribor rente"

2.6. Gemeente Druten heeft op 31 juli 2007 de opdracht aan Unica c.s. verstrekt. Daarop volgend hebben Unica c.s. de haalbaarheid van een proefbron onderzocht. Volgens opgave van Unica c.s. waren de kosten daarvan 74.750,-. Ter bestrijding van deze kosten heeft Gemeente Druten op 13 maart 2008 een bedrag van 50.000,- betaald aan Unica c.s.

2.7. Uiteindelijk zijn partijen op 23 oktober 2008 een concessieovereenkomst (in dit arrest aan te duiden als: de concessieovereenkomst) aangegaan. Deze houdt voor zover relevant het volgende in (waarbij gemeente Druten is aangeduid als "de Gemeente" en Unica c.s. als "de Concessionaris"):

"3. **Verplichtingen Concessionaris**

3.1 *Onverminderd de verantwoordelijkheden van de Gemeente is de Concessionaris onder meer verplicht zich te kwijten van de hierna in dit artikel genoemde vier (4) verplichtingen.*

(1) *De Concessionaris zal de planning opstellen van de werkzaamheden vereist voor de uitvoering van het Project. Deze planning zal afwijken van hetgeen gesteld is in bijlage 5. Deze planning zal vervolgens door de Partijen gezamenlijk worden vastgesteld. De Planning heeft als uitgangspunt dat de Concessionaris haar werkzaamheden ten behoeve van de aanleg van de WKO-Installatie start na afronding en oplevering aan de Gemeente door de Aannemers van de werkzaamheden die zij binnen het Plangebied hebben zullen () verricht, zulks onverminderd het recht van de Concessionaris nadere proefboringen en onderzoeken uit te voeren tijdens de werkzaamheden van de Aannemers.*

(2) *De Concessionaris zal de WKO-Installatie voor eigen rekening en risico en conform de toepasselijke wet- en regelgeving ontwerpen, aanleggen, installeren en onderhouden.*

(3) *De Concessionaris zal door middel van de exploitatie van de WKO-Installatie (een deel van) de door de Kopers op de Bouwkavels te realiseren bedrijfsgebouwen binnen het Projectgebied voorzien van warmte en koude voor een periode van tenminste 30 jaar.*

(4) *De Concessionaris zal met de afnemers een leveringscontract afsluiten. De te hanteren tarieven () zijn in de bijlage 7 opgenomen en zal als onderdeel van de leveringsovereenkomst met de afnemers worden opgenomen.*

(5) *De Concessionaris zal voorts al datgene doen dat dienstig is aan het bereiken van de in de Concessieovereenkomst verwoorde doelstellingen.*

4 Verplichtingen Gemeente

4.1 *Onverminderd de verantwoordelijkheden van de Concessionaris is de Gemeente onder meer verplicht zich te kwijten van de hierna in dit artikel genoemde (12) verplichtingen.*

(1) *De Concessionaris zal alle voor haar relevante vergunningen, ontheffingen en toestemmingen zelf aanvragen. Voor alle relevante vergunning, ontheffingen en toestemming die de concessionaris niet zelf kan aanvragen, zal de Gemeente voortvarend de (voorbereidings)maatregelen treffen met betrekking tot de voor het Project benodigde (publiekrechtelijke) procedures en ten behoeve van het verkrijgen ervan. De Gemeente zal de in dat verband door haar aangevraagde en aan haar verleende relevante vergunningen, ontheffingen en toestemmingen vervolgens overdragen aan de Concessionaris.*

(2) *De Gemeente zal de planning omschreven in artikel 3.1 (1) van de Concessieovereenkomst in overleg met de Concessionaris vaststellen.*

()

(4) De Gemeente zal bedingen in de opdrachtverlening aan de Aannemers dat de Concessionaris desgewenst nadere proefboringen en onderzoeken kan uitvoeren.

()

(6) het leveren van maximale inspanningen zodat door de kopers van de Bouwkavels (als thans voorzien) in totaal beoogd 50.000 m² bruto vloeroppervlak (conform de meest recente NEN 2580) zal worden verwezenlijkt en waarvoor warmte en indien gewenst koude met de WKO-Installatie ter beschikking moet worden gesteld, waarbij de verdeling en combinatie van de eindbestemmingen per Bouwkavel zal worden aangehouden als omschreven in het overzicht dat is bijgevoegd als **Bijlage 6**.

()

(10) Indien door afwijkingen van de (commerciële) uitgangspunten van het Project door de gemeente of ingevolge wijziging en/of toepassing van voor het Project relevante wet- en regelgeving de Concessionaris naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gezien buitenproportionele financiële gevolgen voor de Concessionaris heeft, zullen Partijen in overleg treden en een passende oplossing trachten te bewerkstelligen. Indien dergelijk overleg niet binnen een redelijke termijn van 6 maanden tot een oplossing leidt, komt de Gemeente het recht tot koop van de WKO-Installatie toe ingevolge artikel 9.

(11) Voorts doet de Gemeente al datgene dat dienstig is aan het bereiken van de in de Concessieovereenkomst verwoorde doelstellingen.

()

6. Zekerheid

Teneinde de gevolgen te mitigeren van de situatie waarin (1) de Bouwkavels niet of niet voldoende voortvarend worden verkocht en/of (2) er niet de beoogde 50.000 m² bruto vloeroppervlak (conform de meest recente NEN 2580) zal worden verwezenlijkt in de bestemmingscategorieën als omschreven in Bijlage 6, die moet worden voorzien van warmte en desgewenst koude, komen Partijen het volgende overeen:

(A) de Gemeente betaalt de Concessionaris bij ondertekening van de Concessieovereenkomst een bedrag van EUR 300.000,00 (zegge: driehonderd duizend euro) te vermeerderen met BTW, op een door de Concessionaris op verzoek van de Gemeente op te geven bankrekening;

(B) indien alle Bouwkavels in het Projectgebied onvoorwaardelijk zijn verkocht en de laatste Afnemer binnen het Projectgebied een aanvang heeft genomen met de afname van warmte zij het in ieder geval niet later dan 30 maanden na de eerste levering van warmte door de Concessionaris - wordt door de Concessionaris het totaal aantal vierkante meters bruto vloeroppervlak op basis van de meest recente NEN 2580 vastgesteld, dat effectief wordt voorzien van warmte middels de WKO-Installatie ("Gerealiseerd BVO-Totaal");

(C) vervolgens zal tussen Partijen een verrekening plaatsvinden volgens de formule:

$(\text{Gerealiseerd BVO-Totaal} / 50.000 \text{ m}^2) \times \text{EUR } 300.000,00$

waarbij de uitkomst door de Concessionaris aan de Gemeente wordt gerestitueerd te vermeerderen met BTW en de Euribor rente berekend vanaf de dag van ontvangst van de initiële betaling door de Gemeente.

()

8. Beëindiging Concessieovereenkomst

()

8.3 Indien ten tijde van de beëindiging van de Concessieovereenkomst () de verrekening als bedoeld in artikel 6(B) en artikel 6(C) nog niet heeft plaatsgehad, () zal het bedrag van EUR 300.000,00 () aan de gemeente toekomen.

()

10. Start exploitatie door de Concessionaris

De Concessionaris zal beginnen met de exploitatie van de WKO-installatie ingevolge deze Concessieovereenkomst, niet eerder dan 4 maanden na de oplevering van de in artikel 4 van de Concessieovereenkomst genoemde werkzaamheden door de Aannemers aan de Gemeente, mits hij alsdan over alle vergunningen, ontheffingen en toestemmingen beschikt die noodzakelijk zijn voor de exploitatie van de WKO-Installatie ingevolge de Concessieovereenkomst. Als datum van oplevering van de hiervorengenoemde werkzaamheden wordt 1 juli 2008 aangehouden. Indien dit niet het geval is, zullen partijen in overleg treden om tot een oplossing te komen, zodat de Concessionaris, de Gemeente en de bedrijven die gaan aansluiten op de WKO-installatie hiervan geen nadelige gevolgen () zal ondervinden.

11. Ontbindende voorwaarden

11.1. *Aan de Concessionaris komt het recht toe deze Concessieovereenkomst te ontbinden, indien:*

(A) op 1 juli 2009 niet alle voor het Project noodzakelijke vergunningen, ontheffingen en toestemmingen rechtskracht hebben verkregen ()

11.2 *In geval van ontbinding als bedoeld in artikel 11.1 zullen:*

()

(B) de Partijen ieder de eigen kosten dragen in verband met de uitvoering en beëindiging van de Concessieovereenkomst. Hetgeen door de Gemeente aan de Concessionaris wordt voldaan uit hoofde van artikel 6, wordt door de Concessionaris aan de Gemeente gerestitueerd."

2.8. *Uit hoofde van artikel 6 van de concessieovereenkomst heeft gemeente Druten op 22 januari 2009 een bedrag van 300.000,-, vermeerderd met 57.000,- aan btw, betaald.*

2.9. *In de periode na de totstandkoming van de concessieovereenkomst is slechts één kavel verkocht op het bedrijventerrein Westerhout-Zuid binnen het gebied dat door de concessieovereenkomst wordt beslagen. Dit kavel is verkocht aan Karwei met de verplichting tot het aansluiten op de aan te leggen WKO-installatie. Ten behoeve van Karwei is in pandig een specifieke voorziening aangelegd die op termijn zou kunnen worden aangesloten op de door Unica c.s. aan te leggen WKO-installatie. Omdat deze voorziening kostbaarder is dan een installatie die slechts op aardgas functioneert, heeft gemeente Druten aan Karwei een bedrag van 26.052,- betaald.*

2.10. *In een e-mailwisseling tussen een medewerker van Unica c.s. enerzijds (hierna als eerste geciteerd) en een medewerker van gemeente Druten anderzijds (als laatste geciteerd) van 28 juli 2011 is voor zover relevant te lezen:*

"Daarom stel ik voor dat het potje van 50k die ik nog heb staan van de proefbron, terugbetaal als Karwei de laatste 40k aan UDV [toevoeging hof: Unica c.s.] heeft betaald", waarop is geantwoord:

"Akkoord wat betreft afwikkeling van 50.000,-."

2.11. *In het kader van de concessieovereenkomst vond tussen partijen regulier overleg plaats. Een van die overleggen vond plaats op 1 juni 2011. In de notulen wordt onder meer als volgt vermeld:*

"2 Mededelingen

Er is geen voortgang te melden over de ontwikkeling van het bedrijventerrein ten opzichte van het vorige overleg d.d. 7 april 2011.

()

3 Alternatieven collectieve WKO

Tijdens het vorige overleg is afgesproken dat UDV onderzoekt of individuele bronnen mogelijk zijn als alternatief voor collectieve bronnen. ()

Ten opzichte van de concessie laten beiden alternatieven in alle scenarios een negatiever rendement zien dan het uitgangspunt, de concessie. De gezamenlijke conclusie van partijen is daarom dat het technisch principe voor WKO uit de concessie wordt gehandhaafd als uitgangspunt.

4 Karwei

()

* Gemeente Druten maakt een afspraak met Karwei om de subsidie á 26.052 euro te betalen. ()

()

6 Overig

()

UDV meldt dat de proefbron moet mogelijk worden afgeschreven omdat deze mogelijk niet meer bruikbaar is doordat deze gedurende lange tijd niet in bedrijf is geweest.

7 Afspraken vervolg

* [A] [toevoeging hof: [A] , wethouder gemeente Druten] geeft aan dat de gemeente UDV pas betreft wanneer de verkoop van een kavel zo goed als rond is, dit om onnodige kosten te voorkomen.

* [A] geeft aan dat de gemeente de aanleg van WKO wil starten als het eerste bedrijf met grote warmte/koudevraag zich gaat vestigen.

* [B] [toevoeging hof: [B] van Unica] geeft aan dat de UDV alvorens er wordt geïnvesteerd er eerst overleg plaatsvindt met de directie van UDV en de gemeente over de verwachtingen."

2.12. Omdat tot dat moment geen verdere kavels waren verkocht, zijn partijen op enig moment in 2013 met elkaar in gesprek getreden om de mogelijkheden van beëindiging van de concessieovereenkomst te bespreken. Medio 2013 zijn partijen een mediationtraject ingegaan. Dit heeft niet tot overeenstemming geleid.

2.13. Op 10 december 2013 heeft gemeente Druten het besluit genomen om de bouwkavels op het bedrijventerrein Westerhout/Zuid niet langer aan te bieden onder de verplichting deel te nemen in een WKO-installatie.

3 Beoordeling

In principaal en incidenteel appel

3.1. Gemeente Druten heeft in eerste aanleg in conventie - samengevat en na wijziging en vermeerdering van eis - (primair en subsidiair) gevorderd de concessieovereenkomst (met terugwerkende kracht) te ontbinden en Unica c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling 300.000,- (vermeerderd met btw), 26.052,- (vermeerderd met btw) en 50.000,-, alle bedragen vermeerderd met rente. Meer subsidiair heeft gemeente Druten gevorderd Unica c.s. te veroordelen tot nakoming van de concessieovereenkomst. Primair, subsidiair en meer subsidiair heeft gemeente Druten gevorderd Unica c.s. hoofdelijk te veroordelen tot betaling van 4.635,76 (buitengerechtigde kosten), beslagkosten en proceskosten, vermeerderd met rente.

Gemeente Druten heeft als grondslag voor de vorderingen aangevoerd dat Unica c.s. tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verplichtingen uit hoofde van de concessieovereenkomst en zich

beroepen op onvoorziene omstandigheden en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

3.2. Unica c.s. hebben in eerste aanleg in reconventie - samengevat - gevorderd voor recht te verklaren dat gemeente Druten toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de concessieovereenkomst en dat de concessieovereenkomst is ontbonden. Daarnaast hebben Unica c.s. gevorderd gemeente Druten te veroordelen tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van de niet-nakoming hebben geleden, te weten bedragen van 389.110,- (investeringen en kosten; te vermeerderen met de over de verschillende deelbedragen door Unica c.s. voldane btw) en 500.000,- (gederfde winst).

3.3. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis in conventie Unica c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van bedragen van 76.052,- (= 50.000,- + 26.052,-), vermeerderd met rente, en 1.210,- (buitengerechtigde kosten), het meer of anders gevorderde afgewezen en de proceskosten gecompenseerd. In reconventie heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen en Unica c.s. veroordeeld in de proceskosten.

3.4. De grieven in principaal appel zijn gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de vordering van 300.000,- (vermeerderd met btw) en de motivering die hieraan ten grondslag ligt. Gemeente Druten vordert in hoger beroep weliswaar nog steeds nakoming van de concessieovereenkomst (rechtsoverweging 1.5 meer subsidiair), maar heeft geen voldoende duidelijke en kenbare grief gericht tegen afwijzing van deze vordering door de rechtbank. De afwijzing van de vordering tot nakoming is derhalve onaantastbaar.

De grieven in incidenteel appel zijn gericht tegen de toewijzing door de rechtbank van de vordering van gemeente Druten van 26.052,- en de afwijzing van de vorderingen van Unica c.s. en de motiveringen die aan deze beslissingen ten grondslag liggen. Het gegeven dat Unica c.s. geen grief hebben gericht tegen toewijzing door de rechtbank van de vordering van 50.000,-, heeft tot gevolg dat deze toewijzing onaantastbaar is.

3.5. Het hof zal hierna eerst ingaan op het betoog van zowel gemeente Druten als Unica c.s. dat de andere partij is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de concessieovereenkomst (rechtsoverweging 3.6 respectievelijk 3.7). Vervolgens zal worden ingegaan op het betoog van gemeente Druten dat Unica c.s. het bedrag van 300.000,- (exclusief btw) moet terugbetalen vanwege onvoorziene omstandigheden dan wel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (rechtsoverweging 3.8). Daarna komen de resterende vorderingen van gemeente Druten van 26.052,- en 4.635,76 aan de orde (rechtsoverwegingen 3.9 en 3.10).

3.6. Gemeente Druten voert als grondslag van haar vorderingen tot verklaring voor recht dat de concessieovereenkomst is ontbonden en tot toewijzing van 300.000,- primair aan dat Unica c.s. zijn tekortgeschoten in hun verplichtingen uit hoofde van de concessieovereenkomst, met name de verplichting tot het bouwen van de WKO-installatie. Unica c.s. zijn gehouden tot vergoeding van de schade die gemeente Druten als gevolg van deze tekortkoming heeft geleden (bestaande uit voornoemd bedrag), zo stelt gemeente Druten. Grief II in principaal appel is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Unica c.s. niet zijn tekortgeschoten.

De grieven slagen niet. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de concessieovereenkomst Unica c.s. weliswaar verplichtte om de WKO-installatie te bouwen, maar gemeente Druten heeft onvoldoende betwist dat deze installatie niet is aangelegd omdat zichzelf er niet in slaagde de bewuste kavels op het bedrijventerrein Westerhout-Zuid te verkopen. Partijen hebben naar aanleiding hiervan in onderling overleg (onder meer op 1 juni 2011; zie rechtsoverweging 2.11) besloten (voorlopig) geen uitvoering aan de overeenkomst te geven. Dat van dit besluit is teruggekomen en gemeente Druten alsnog nakoming van Unica c.s. heeft gevraagd is gesteld noch gebleken. Voor zover gemeente Druten bedoelt te betogen dat uit de notulen van de bespreking van 1 juni 2011 blijkt dat Unica c.s. toen (eenzijdig) heeft aangegeven haar verplichting om de WKO-installatie te bouwen op te schorten (" *[B] geeft aan dat de UDV alvorens er wordt geïnvesteerd er eerst overleg plaatsvindt met de directie van*

UDV en de gemeente over de verwachtingen”), heeft zij dit standpunt onvoldoende toegelicht. Voormeld citaat duidt veeleer erop dat Unica c.s. - zoals zij in deze procedure stellen en in het citaat valt te lezen - hebben gezegd dat, alvorens met de bouw zou worden begonnen, eerst overleg zou plaatsvinden. Een dergelijke mededeling houdt geen opschorting in. Dit geldt te minder daar gemeente Druten (zelf) stelt dat zij na voormelde mededeling direct ermee heeft ingestemd dat Unica c.s. niet tot de bouw van de WKO-installatie zouden overgaan: de mededeling is in de notulen ook onder het kopje “afspraken” weergegeven en zo heeft gemeente Druten deze blijkens haar eigen stellingen (4.6 memorie van grieven) ook beschouwd. Voor zover gemeente Druten Unica c.s. verwijt dat de tegenvallende verkoop van de kavels zou zijn veroorzaakt door het niet bouwen door Unica c.s. van de WKO-installatie, heeft zij dat onvoldoende onderbouwd in het licht van haar eigen (herhaalde) stellingen dat de tegenvallende verkoop van bouwgrond, in het bijzonder van bouwgrond met een WKO-verplichting, in de eerste plaats voortvloeide uit de economische crisis sinds 2008 (zie bijvoorbeeld pagina 4 pleitnota). Voorts heeft gemeente Druten geen feiten of omstandigheden aangevoerd die Unica c.s. verplichtten de WKO-installatie te bouwen, ook in het geval geen kavels zouden worden verkocht en er dus geen afnemers van de installatie voorhanden zouden zijn.

- 3.7. Unica c.s. voeren als grondslag voor hun vorderingen (rechtsoverweging 3.2) aan dat gemeente Druten jegens hen is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de concessieovereenkomst, in het bijzonder zich onvoldoende heeft ingespannen kavels te verkopen met de verplichting af te nemen van de WKO-installatie, en dat zij in 2013 ten onrechte heeft besloten de kavels zonder WKO-verplichting te verkopen. De grievens 1 en 2 in incidenteel appel zijn gericht tegen de verwerping door de rechtbank van deze grondslag.

De grieven slagen niet. Partijen zijn het erover eens dat de ernstige en langdurige economische crisis die in 2008 was ingetreden een (zeer) nadelige invloed had op de verkoop van de kavels. In dit licht beschouwd hebben Unica c.s. onvoldoende toegelicht dat gemeente Druten de kavels met andere voorwaarden en een betere marketing beter had kunnen verkopen dan zij in werkelijkheid heeft gedaan. Ook het verwijt dat gemeente Druten tekort is geschoten doordat zij in 2013 heeft besloten de kavels niet meer met een WKO-verplichting te verkopen, is onvoldoende onderbouwd. Gemeente Druten was er in 2013 al vijf jaar niet in geslaagd de kavels te verkopen en partijen gaven in onderling overleg al geruime tijd geen uitvoering meer aan de overeenkomst, terwijl zij in gesprek waren over de financiële voorwaarden waaronder deze kon worden beëindigd. Het falen van de grieven brengt met zich dat de rechtbank de vorderingen van Unica c.s. terecht heeft afgewezen.

- 3.8.1. Gemeente Druten beroept zich als grondslag voor haar vorderingen van 300.000,- (vermeerderd met btw) en ontbinding van de concessieovereenkomst voorts op (primair) onvoorziene omstandigheden dan wel (subsidiar) de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De rechtbank heeft het beroep door gemeente Druten op onvoorziene omstandigheden en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verworpen. De grievens III, IV en V in principaal appel zijn gericht tegen dit oordeel.

- 3.8.2. Gemeente Druten voert ter onderbouwing van haar standpunt aan dat partijen bij het aangaan van (artikel 6 van) de concessieovereenkomst beide ervan uitgingen dat de WKO-installatie hoe dan ook zou worden gebouwd. Artikel 6 voorzag slechts in het geval dat Unica c.s. weliswaar een WKO-installatie zouden hebben gebouwd en ingevolge de concessieovereenkomst verplicht zouden zijn de kopers gedurende dertig jaar van warmte en koude te voorzien en de WKO-installatie gedurende dertig jaar te onderhouden, maar gemeente Druten er niet in zou zijn geslaagd voldoende kopers te vinden. Het bedrag van 300.000,- (of een gedeelte daarvan) gold in dat geval als vergoeding voor de door Unica c.s. gemaakte kosten en gedeerde winst. Artikel 6 is ook zo geredigeerd dat verrekening pas aan de orde zou zijn wanneer beide partijen uitvoering hadden gegeven aan de overeenkomst, met name dat Unica c.s. de WKO-installatie zouden hebben gebouwd en gemeente Druten kavels zou hebben verkocht. De door Unica c.s. aan gemeente Druten geschreven brieven van 12 juli 2007 en 26 juli 2007 (rechtsoverwegingen 2.4 en 2.5) duiden eveneens op deze ratio van artikel 6. In de situatie die zich in feite heeft

voorgedaan, namelijk dat Unica c.s. de WKO-installatie niet zouden bouwen, is in (artikel 6 van) de concessieovereenkomst niet voorzien, aldus nog steeds gemeente Druten.

Naar het oordeel van het hof hebben Unica c.s. voormeld betoog onvoldoende gemotiveerd weersproken. Het hof neemt met Unica c.s. aan dat partijen artikel 6 hebben bedoeld om discussie te voorkomen in het geval de verkoop van de kavels tegenviel, door Unica c.s. op voorhand (in enige mate) te compenseren voor de financiële gevolgen daarvan. In het licht van de redactie van artikel 6 en voormelde brieven, hebben Unica c.s. echter onvoldoende weersproken dat partijen er bij het treffen van deze regeling vanuit gingen dat Unica c.s. de WKO-installatie hoe dan ook zouden bouwen. De situatie die zich in feite heeft voorgedaan, namelijk dat gemeente Druten wél 300.000,- heeft betaald maar Unica c.s. geen WKO-installatie hebben gebouwd, hebben partijen niet voorzien.

Uitgaande van het gegeven dat in (artikel 6 van) de concessieovereenkomst niet is voorzien in het onderhavige geval, namelijk dat gemeente Druten wél 300.000,- heeft betaald maar Unica c.s. de WKO-installatie niet hebben gebouwd, is vervolgens de vraag of artikel 6:258 BW (wijziging en/of ontbinding overeenkomst vanwege onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten) en/of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich brengen dat Unica c.s. dit bedrag aan gemeente Druten dienen terug te betalen. Naar het oordeel van het hof is dit het geval. De regeling van artikel 6 was immers bedoeld als tegemoetkoming in de kosten van Unica c.s. voor het geval de WKO-installatie wel zou zijn gebouwd, maar gemeente Druten er onvoldoende in zou slagen de kavels te verkopen. Dat geval doet zich hier niet voor. Daarbij hebben Unica c.s. niet (gemotiveerd) betwist dat de bouw van de WKO-installatie ruim 2.000.000,- zou hebben gekost. Ook wanneer het hof veronderstellenderwijs uitgaat van de juistheid van de (betwiste) stelling van Unica c.s. dat zij reeds een bedrag van 389.110,- aan kosten hebben gemaakt, hebben zij (bij lange na) niet zoveel geïnvesteerd als de bouw van de WKO-installatie zou hebben gekost. Dat zij reeds kosten hebben gemaakt is uiteraard ongelukkig, maar ook gemeente Druten heeft kosten gemaakt voor dit niet geslaagde project, terwijl deze investeringen al lange tijd niet renderen. Het terugbetalen door Unica van de 300.000,- sluit ook aan bij hetgeen partijen in de concessieovereenkomst hebben afgesproken voor het geval Unica c.s. deze overeenkomst zouden ontbinden omdat niet op 1 juli 2009 alle noodzakelijke vergunningen, ontheffingen en toestemmingen rechtskracht zouden hebben gekregen (en dus - net als hier - niet zou kunnen worden begonnen met de bouw van de WKO-installatie); volgens artikel 11 van de overeenkomst moesten Unica c.s. alsdan de 300.000,- terugbetalen. Het verweer dat de gemeente Druten kan worden verweten dat zij een te positief beeld heeft geschetst van de te verwachten afname van de kavels, hebben Unica c.s. in het licht van het gegeven dat de verkoop (met name) niet is gelukt vanwege de ernstige en langdurige economische crisis sinds 2008, onvoldoende gemotiveerd. Weliswaar bestonden ten tijde van de ondertekening van de concessieovereenkomst op 23 oktober 2008 de eerste voortekenen van een economische crisis, maar gemeente Druten heeft onvoldoende betwist gesteld dat op dat moment voor haar niet voorzienbaar was dat de crisis zo langdurig en ernstig zou zijn. Voor zover Unica c.s. hebben bedoeld te betogen dat een ontbinding (of wijziging) van de concessieovereenkomst niet aan de orde is op grond van omstandigheden die krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van gemeente Druten, hebben zij dit onvoldoende toegelicht.

Voor zover Unica c.s. overigens bedoelen te stellen dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat gemeente Druten de bedragen van 389.110,- (investeringen en kosten) en 500.000,- (gederfde winst) aan hen dient te betalen, hebben zij dit - in het licht van het voorgaande - onvoldoende onderbouwd.

- 3.8.3. Gemeente Druten vordert vanwege de onvoorziene omstandigheid dat Unica c.s. de WKO-installatie niet hebben gebouwd met terugwerkende kracht ontbinding van de overeenkomst en veroordeling van Unica c.s. tot betaling van 300.000,- vermeerderd met btw en de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009. Nu voor de aanvankelijke betaling van de 300.000,- een

rechtsgrond bestond (en is blijven bestaan) maar door de onvoorziene omstandigheid dat Unica c.s. de WKO-installatie uiteindelijk niet hebben gebouwd, later een rechtsgrond is ontstaan tot wijziging van de concessieovereenkomst in de zin dat dit bedrag moet worden terugbetaald, zal het hof de overeenkomst in deze zin wijzigen (het hof begrijpt de vordering van gemeente Druten aldus dat zij dit ook vordert) en Unica c.s. veroordelen tot betaling van 300.000,- aan gemeente Druten, te vermeerderen met btw voor zover daadwerkelijk door gemeente Druten aan Unica c.s. betaald. De vordering tot betaling van de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009 over het bedrag van 300.000,- vermeerderd met btw (voor zover voldaan), zal worden toegewezen, nu deze vordering niet (apart) wordt betwist. Overigens brengen ook de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid met zich dat Unica c.s. het bedrag van 300.000 (exclusief btw), vermeerderd met btw en de 12 maands Euribor rente, moeten terugbetalen.

De vordering tot een algehele ontbinding van de concessieovereenkomst wordt afgewezen omdat voormelde onvoorziene omstandigheid hiertoe als grondslag niet volstaat. Bij die vordering bestaat overigens onvoldoende belang omdat beide partijen de overeenkomst hoe dan ook als beëindigd beschouwen.

- 3.9. Gemeente Druten beroept zich als grondslag voor haar vordering van 26.052,- (naar het hof begrijpt) eveneens op de onvoorziene omstandigheid dat de WKO-installatie niet is gebouwd, dan wel op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Gemeente Druten heeft dit bedrag betaald aan Karwei als tegemoetkoming in de kosten van de aanleg van een voorziening die het op termijn mogelijk maakte dat Karwei op de WKO-installatie zou worden aangesloten. Nu gemeente Druten deze kosten heeft moeten maken omdat Unica c.s. ervoor hadden gekozen nog geen WKO-installatie aan te leggen en Karwei de 26.052,- heeft doorbetaald aan Unica c.s., dienen laatstgenoemden - mede gelet op artikel 3.1 sub 2 van concessieovereenkomst - dit bedrag (terug) te betalen aan gemeente Druten, zo stelt zij. Grief 3 in incidenteel appel is gericht tegen toewijzing door de rechtbank van deze vordering.

De grief slaagt. Partijen zijn het er over eens dat de concessieovereenkomst geen bepaling bevat op grond waarvan Unica c.s. (expliciet) verplicht zijn het bedrag van 26.052,- aan gemeente Druten te betalen. Weliswaar vloeit deze kostenpost voor gemeente Druten voort uit het gegeven dat Unica c.s. de WKO-installatie niet hebben gebouwd, maar voor de conclusie dat deze onvoorziene omstandigheid met zich brengt dat de overeenkomst in die zin moet worden gewijzigd dat Unica c.s. deze kostenpost aan de gemeente moeten vergoeden dan wel dat dit voortvloeit uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, heeft gemeente Druten onvoldoende aangevoerd. Gezien de ernstige en langdurige economische crisis sinds 2008 valt Unica c.s. niet te verwijten dat zij de WKO-installatie niet hebben gebouwd. Beide partijen hebben - doordat geen (volledige) uitvoering aan de concessieovereenkomst is gegeven - kosten gemaakt die zij niet dan wel onvoldoende hebben kunnen terugverdienen. In dit licht beschouwd heeft gemeente Druten onvoldoende duidelijk gemaakt waarom Unica c.s. de kostenpost van 26.052,- van gemeente Druten, aan haar zouden moeten vergoeden. Het enkele gegeven dat Karwei voormeld bedrag aan Unica c.s. heeft doorbetaald, is daartoe onvoldoende, te minder omdat Unica c.s. onbetwist hebben gesteld dat zij hiervoor werkzaamheden ten behoeve van Karwei hebben verricht.

- 3.10. Gemeente Druten vordert een bedrag van 4.635,76 aan buitengerechtelijke kosten. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen tot een bedrag van 1.210,-. Grief VIII in principaal appel is gericht tegen de gedeeltelijke afwijzing van de vordering en grief 4 in incidenteel appel is gericht tegen de gedeeltelijke toewijzing van deze vordering.

Voor zover de vordering tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten betrekking heeft op het incasseren van de vordering van 300.000,- (exclusief btw), mist de regeling als opgenomen in artikel 6:96 lid 5 BW en het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (hierna: het besluit) toepassing. Nu deze vordering niet - zoals vereist - voortvloeit uit de concessieovereenkomst zelf maar de wijziging hiervan door het hof, is de regeling niet toepasselijk. De buitengerechtelijke kosten komen derhalve enkel voor vergoeding in aanmerking in het geval de regels omtrent proceskosten krachtens artikel 241 Rv niet van toepassing zijn (art. 6:96 lid 2 BW). Gemeente Druten heeft - mede in het licht

van de betwisting door Unica c.s. - onvoldoende toegelicht dat kosten zijn gemaakt die betrekking hebben op verrichtingen die meer omvatten dan een (eventueel herhaalde) aanmaning, het enkel doen van een (niet aanvaard) schikkingsvoorstel, het inwinnen van eenvoudige inlichtingen of het op gebruikelijke wijze samenstellen van het dossier. De buitengerechtelijke kosten waarvan gemeente Druten vergoeding vordert moeten dan ook worden aangemerkt als betrekking hebbend op verrichtingen waarvoor de proceskosten een vergoeding plegen in te houden. Omdat de concessieovereenkomst is gesloten vóór 16 maart 2013, wordt ook het minimumbedrag van 40,- van artikel 6:96 lid 4 BW niet toegekend (artikel 183a Overgangswet NBW).

Voor zover de vordering tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten betrekking heeft op het incasseren van de vordering van 50.000,-, is hierop de regeling als opgenomen in artikel 6:96 lid 5 BW en het besluit wél van toepassing. Dit brengt met zich dat het bepaalde in artikel 241 Rv, eerste volzin, toepassing mist en volgens de normering in voormeld Besluit een bedrag van 1.275,- moet worden toegewezen (waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of daadwerkelijk incassomaatregelen zijn genomen).

3.11. Zowel Unica c.s. als gemeente Druten hebben geen concrete stellingen te bewijzen aangeboden, die, indien bewezen, tot andere beslissingen zouden kunnen leiden. Hun bewijsaanbiedingen worden daarom afgewezen, daargelaten dat beide partijen voor zover zij in het ongelijk zijn gesteld hun betoog onvoldoende hebben toegelicht, zodat niet aan bewijslevering wordt toegekomen.

3.12. Uit het voorgaande volgt dat de grieven in principaal appel (grotendeels) slagen en de grieven in incidenteel appel (grotendeels) falen. Voor zover de grieven hierboven niet zijn besproken, bestaat bij afzonderlijke bespreking geen belang. Het bestreden vonnis, voor zover in conventie geweest, zal duidelijkheidshalve in haar geheel worden vernietigd en de vorderingen zullen als na te melden worden toegewezen. Het bestreden vonnis, voor zover in reconventie geweest, zal worden bekrachtigd. Gemeente Druten zal worden veroordeeld tot terugbetaling aan Unica c.s. van een bedrag van 26.052,- vermeerderd met de rente hierover vanaf 18 december 2015 tot aan de dag der betaling, uiteraard enkel voor zover Unica c.s. dit bedrag ter voldoening van het bestreden vonnis aan gemeente Druten hebben voldaan.

Unica c.s. zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van de eerste aanleg in conventie (inclusief de beslagkosten van 613,-) en het principaal appel. Het hof zal de kosten van het incidenteel appel tussen partijen compenseren als na te melden. Grief IX in principaal appel slaagt en grief 4 in incidenteel appel, voor zover gericht tegen de proceskostenveroordeling, faalt.

4 Beslissing

Het hof:

In principaal en incidenteel appel

vernietigt het bestreden vonnis, voor zover in conventie geweest, en opnieuw rechtdoende:

- veroordeelt Unica c.s. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan gemeente Druten van een bedrag van 51.275,-, vermeerderd met de wettelijke rente over 50.000,- vanaf 18 december 2015 tot aan de dag der voldoening;

- wijzigt de concessieovereenkomst in die zin dat het door gemeente Druten op of omstreeks 22 januari 2009 aan Unica c.s. voldane bedrag van 300.000,- (exclusief btw), te vermeerderen met btw (voor zover door gemeente Druten aan Unica c.s. voldaan) en de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009, door Unica c.s. aan gemeente Druten moet worden terugbetaald;

- veroordeelt Unica c.s. hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan gemeente Druten van een bedrag van 300.000,- (exclusief btw), te vermeerderen met btw voor zover door gemeente Druten aan Unica c.s. voldaan, beide bedragen te vermeerderen met de 12 maands Euribor rente vanaf 22 januari 2009;

- wijst af het in conventie meer of anders gevorderde;

bekrachtigt het bestreden vonnis, voor zover in reconventie geweest;

veroordeelt gemeente Druten tot (terug)betaling aan Unica c.s. van een bedrag van 26.052,- vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 18 december 2015 tot aan de dag der betaling, enkel voor zover Unica c.s. dit bedrag ter voldoening van het bestreden vonnis aan gemeente Druten hebben voldaan;

veroordeelt Unica c.s. in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie en principaal appel, aan de zijde van gemeente Druten in eerste aanleg in conventie begroot op 4.571,19 aan verschotten en 5.160,- voor salaris en in principaal appel tot op heden begroot op 5.412,74 aan verschotten en 9.789,- voor salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest aan de kostenveroordeling is voldaan;

compenseert de kosten van het geding in incidenteel appel;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in appel meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. L.R. van Harinxma thoe Slooten, R.J.M. Smit en C.C. Meijer en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 12 december 2017.