

ECLI:NL:GHSHE:2014:4219

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	14-10-2014
Datum publicatie	14-10-2014
Zaaknummer	HD 200.123.208_01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	onrechtmatige overheidsdaad (Gemeente) door sluiting van een bedrijf op onvoldoende gronden. Gevolgschade in de vorm van verlies van inkomsten uit een leveringsovereenkomst niet aangenomen. Gemeente dient wel de uit de op grond van de leveringsovereenkomst voortvloeiende boetes te betalen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.123.208/01

arrest van 14 oktober 2014

in de zaak van

de Gemeente 's-Hertogenbosch,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
appellante in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als de Gemeente,
advocaat: mr. A. Groenewoud te Breda,

tegen

1 MGX Group B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

2. MGX Research Centre B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerden in principaal hoger beroep,
appellanten in incidenteel hoger beroep,
hierna aan te duiden als MGX,
advocaat: mr. J.O. de Wilde te 's-Hertogenbosch,

op het bij exploit van dagvaarding van 7 februari 2013 ingeleide hoger beroep van het vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch, sector civiel recht van 14 november 2012, gewezen tussen de Gemeente als gedaagde en MGX als eisers.

1 Het geding in eerste aanleg (zaaknummer 242231/HAZA 12-97)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2 Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- het exploit van anticipatie van 4 maart 2013 van MGX;
- de memorie van grieven met producties en eiswijziging;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep met producties en eiswijziging;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep met producties;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij brief van 21 januari 2014 door MGX en bij brief van 24 januari 2014 door de Gemeente toegezonden producties, die bij het pleidooi bij akte in het geding zijn gebracht.

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg. Bij brief van 21 januari 2014 heeft de Gemeente bezwaar gemaakt tegen het in het geding brengen van een zevental producties door MGX. Een beslissing op dit punt is gezien de uitkomst van deze procedure niet meer relevant te achten.

3 De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende feiten.

3.1.1. MGX Group is bestuurder en enig aandeelhouder van MGX Research. MGX is de doorstartende onderneming van enkele in 2010 gefailleerde bedrijven die zich hebben bezig gehouden met de ontwikkeling van Megatrax (verder de Megatrax BV's). Megatrax is een toevoeging voor beton waardoor het mogelijk zou zijn afvalstoffen door het beton te mengen. De Megatrax BV's waren gevestigd in [vestigingsplaats 1].

3.1.2. Medio juli 2010 hebben medewerkers van MGX zich gewend tot de afdeling milieu van de gemeente om de mogelijkheden van vestiging op het adres [adres] te [vestigingsplaats 2] te bespreken. Bij besluit van 21 september 2010 heeft de gemeente op aanvraag van MGX ontheffing van het bestemmingsplan verleend om de vestiging van een laboratorium aldaar mogelijk te maken (productie 36 bij dagvaarding).

3.1.3. Op 19 oktober 2010 heeft MGX Group een 'melding activiteitenbesluit' gedaan aan de gemeente (productie 37 bij dagvaarding). In die melding staan als uit te voeren activiteiten genoemd:

- in werking hebben van een laboratorium of praktijkruimte
- activiteiten met luchtmissies in het algemeen
- bodembedreigende activiteiten in het algemeen

Als adres van de inrichting per 25 oktober 2010 staat vermeld: [adres] te [vestigingsplaats 2]. Als datum oprichting is 16 november 2010 vermeld. Onder 'omschrijving processen' staat het volgende: 'Inrichting kent de gebruikelijke kantooractiviteiten. Daarnaast zal er in de bestaande bedrijfshal met een oppervlakte van 2000 m² laboratorium en opslag/mengactiviteiten plaatsvinden. Het lab (ca. 500m²) betreft een onderzoekscentrum waar wordt onderzocht hoe reststoffen kunnen worden verwerkt in beton. Daarnaast zal er opslag plaatsvinden van cement en cementadditieven (ca 750 m²). Voor de mengactiviteiten van cement met additieven zal een mengmachine (afmetingen 5x5x5 meter) worden gebruikt, voorzien van een stofzuiginstallatie (inclusief verkeersruimte ca. 750m²). Jaarlijkse hoeveelheid ca. 200 ton.'

3.1.4. Bij brief van 8 november 2010 heeft de gemeente naar aanleiding van die melding om nadere informatie verzocht. Binnen twee weken diende een plattegrond tekening van de inrichting te worden verstrekt. Binnen vier weken dienden alle gegevens over (gevaarlijke) stoffen en producten die in de inrichting aanwezig zijn te worden toegezonden waarbij gebruik gemaakt kan worden van 'veiligheidsinformatiebladen' of 'productbladen' (productie 38 bij dagvaarding).

3.1.5. Op 10 november 2010 heeft MGX haar bedrijf verhuisd van [vestigingsplaats 1] naar [adres] te [vestigingsplaats 2] door overbrenging van onder andere de gehele voorraad Megatrax verpakt in bigbags en een mengmachine.

3.1.6. Op 10 november 2010 heeft de gemeente informatie ontvangen dat vanuit [vestigingsplaats 1] mogelijk bigbags met gevaarlijke afvalstoffen naar [adres] te [vestigingsplaats 2] worden vervoerd (productie 8 a en b bij conclusie van antwoord). De gemeente ontvangt op die dag ook een kopie van een handhavingsbesluit van de gemeente Tilburg waaruit blijkt dat op de locatie waarvandaan MGX verhuisde, op 27 juli 2010 zonder vergunning afvalstoffen opgeslagen waren (productie 9 bij conclusie van antwoord).

3.1.7. De milieuviseur van MGX ([milieuviseur van MGX] van het bureau Milon) heeft op 11

november 2010 een e-mailbericht gestuurd aan de gemeente waarin hij stelt dat de betreffende stof geen afvalstof is en niet brandbaar, ontplofbaar of giftig (productie 16 bij conclusie van antwoord). Als bijlage bij dat e-mailbericht zit een Engelstalige verklaring van ene Dr. [getuige] waarin staat: 'This is hydrated aluminium silicates which are very stable and safe. (...) I can assure you that the material present in the Megatrax present in [vestigingsplaats 2] are:

1. not a waste product;
2. not inflammable;
3. not toxic;
4. and non-hazardous.'

3.1.8. Op 12 november 2010 heeft de gemeente besloten de opslagruimte van de inrichting aan de [adres] te [vestigingsplaats 2] per direct te sluiten, welk besluit schriftelijk is bevestigd bij brief van 18 november 2010 gericht aan MGX Group (productie 8 bij inleidende dagvaarding). Als reden voor de sluiting is vermeld het opslaan van (gevaarlijke) afvalstoffen zonder omgevingsvergunning en de vrees dat deze stoffen onrechtmatig verwijderd zullen worden.

3.1.9. Op 15 november 2010 doet MGX Group opnieuw een 'melding activiteitenbesluit' (productie 18 bij conclusie van antwoord). In die melding staan als uit te voeren activiteiten genoemd:

- opslaan van gevaarlijke stoffen en bodembedreigende stoffen in verpakking niet zijnde vuurwerk, vaste kunstmeststoffen en andere ontplofbare stoffen opslaan
- opslaan en overslaan van bulkgoederen
- in werking hebben van een laboratorium of een praktijkruimteactiviteiten met luchtemissies in het algemeen
- bodemdreigende activiteiten in het algemeen

Als datum oprichting van de inrichting is opnieuw 16 november 2010 vermeld. De 'omschrijving processen' is niet gewijzigd. Als extra informatie is opgenomen dat de activiteiten uiterlijk 16 november 2010 zullen starten en dat twee weken voor die datum al verhuisactiviteiten zullen plaatsvinden.

3.1.10. Op 25 november 2010 vindt de behandeling ter zitting plaats van een verzoek voorlopige voorziening dat door MGX Group is gedaan. Ter zitting is afgesproken dat MGX zal meewerken aan inventarisatie en bemonstering en dat, nadat de aanwezige stoffen door de gemeente zijn bemonsterd, de sluiting zal worden opgeheven (productie 20 bij conclusie van antwoord). Na monsternamen op 29 november 2010 is de sluiting opgeheven, door de gemeente bevestigd bij brief van 1 december 2010 (productie 21 bij conclusie van antwoord). Op 14 januari 2011 blijkt uit de resultaten van het onderzoek van de genomen monsters dat deze geen gevaarlijke stoffen bevatten.

3.1.11. Bij besluit van 22 februari 2011 wordt het door MGX Group ingediende bewaar tegen het sluitingsbevel gegrond verklaard (productie 8 bij inleidende dagvaarding). Deze beslissing luidt voor zover relevant als volgt:

'Op 14 januari 2011 zijn de analyseresultaten van deze bemonstering bekend geworden. Uit deze resultaten blijkt dat er slechts sprake is van een additief welke voldoet aan de criteria van bouwstof uit het besluit bodemkwaliteit. Er is derhalve geen sprake van opslag van gevaarlijke stoffen. De resultaten van de monsterneming bevestigen uw stelling dat er nimmer sprake is geweest van opslag van (gevaarlijke) afvalstoffen op de locatie [adres]. (...) Hierdoor was er ook geen grondslag voor het toepassen van bestuursdwang. Dit betekent dat het bezwaar gegrond is en het bestreden besluit herroepen moet worden.'

3.1.12. Door MGX is in de procedure (prod. A sub 1 inleidende dagvaarding) overgelegd een leveringsovereenkomst gedateerd 16 september 2010 ([leveringsovereenkomst]) tussen IT Solution Benelux SA (hierna ITS) en MGX Research Centre BV, waarbij ITS kort gezegd kennis en

kunde inkoop bij MGX om reststoffen om te zetten naar beton alsmede het daartoe benodigd additief, Megatraxpoeder.

In voornoemde overeenkomst staat onder artikel 7 (duur van de overeenkomst) het volgende bepaald:

- 1. De overeenkomst wordt geacht in werking te treden bij ondertekening door beide partijen.*
- 2. De looptijd van deze overeenkomst is gelijk aan de onder deze overeenkomst gelicentieerde rechten, met dien verstande dat indien sprake is van meerdere licentierechten, de looptijd van deze overeenkomst gelijk is aan de looptijd van het langstlopende recht.*
- 3. Elk der partijen heeft het recht deze overeenkomst te beëindigen, zonder inachtneming van enige opzegtermijn, indien de ander partij haar verplichtingen niet is nagekomen en na daartoe gemaand per aangetekende brief, dit niet alsnog heeft gedaan na het verstrijken van een periode van één maand. Een en ander onverminderd het recht van de partij, die aldus de overeenkomst beëindigd om schadevergoeding van de andere partij te eisen. Indien MGX RC niet aan zijn leveringsverplichting voldoet kan ITS zonder betaling van schade vergoeding zijn afnameverplichting beëindigen, partijen zullen alsdan in overleg treden voor hervatting of beëindiging van dit contract.*
- 4. Beide partijen hebben het recht om aan het einde van ieder kalender jaar de overeenkomst te beëindigen als om economische gronden blijkt dat door onvoorziene omstandigheden of door de opkomst van andere goedkopere technieken de samenwerking geen levensvatbaarheid kent.*
- 5. Elk van beide partijen heeft het recht deze overeenkomst te beëindigen zonder inachtneming van enige opzegtermijn, indien de andere partij:*
 - wordt verklaard in staat van faillissement, in surseance van betaling komt te verkeren, onder beheer wordt gesteld of haar bedrijfsvoering staakt;*
 - een en ander onverminderd het recht van de partij die deze overeenkomst aldus beëindigd schadevergoeding van de andere partij te eisen."*

In artikel 8 van die overeenkomst is in lid 5 het volgende bepaald:

"Indien MGX RC niet (tijdig) kan leveren op de eerste werkdag van de week wordt MGX RC schadeplichtig jegens ITS met een wachttijd van 2 dagen om deze omissie op te heffen jegens ITS. Indien na deze 2 dagen MGX RC de leveringen niet heeft hervat verbeurd MGX RC een boete van 16.000 euro per werkdag met ingang van de eerste dag van het in gebreke zijn tot de leveranties weer zijn hervat. Dit met een maximum van 320.000 euro per kalender jaar ongeacht het aantal dagen van verzuim".

In artikel 10 van de overeenkomst is het volgende bepaald:

"Ontbindende voorwaarde.

Indien en voor zover een partij, na een schriftelijke ingebrekestelling, de verplichtingen die voortvloeien uit deze overeenkomst niet nakomt, heeft de andere partij het recht deze overeenkomst terstond te beëindigen en een schadeloosstelling te vorderen."

3.1.13. Verder is door MGX in de procedure (productie A sub 25 inleidende dagvaarding) een brief overgelegd gedateerd 6 december 2010 afkomstig van ITS, welke brief als volgt luidt:

"Betreft: Aansprakelijkheidsstelling volgens contract [leveringsovereenkomst]

Geachte Heer [medewerker van ITS],

Via deze weg wensen wij blijf te geven van onze grote teleurstelling betreffende de wijze waarop door uw vennootschap met ons de laatste weken gecommuniceerd werd.

Gezien U uw leveringsverplichtingen niet nakomt, verdient onze vennootschap blijkbaar niet de nodige aandacht en worden wij niet beschouwd als een respectabele klant.

Gezien het feit dat de stagnerende leveringen ons bedrijf zeer grote schade berokkenen, heeft het bestuur van onze vennootschap besloten de overeenkomst van 24 augustus 2010 per direct te beëindigen op basis van artikel 7, 3de en 4de lid, artikel 10 en 11, tweede lid.

MET INGANG VAN HEDEN WORDT HET CONTRACT [leveringsovereenkomst] STOPGEZET.

Het bestuur zal zich voorts beraden over eventuele verder juridische stappen, zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid tot eventueel verder overleg/minnelijke schikking.

Ondertekening: [gevolmachtigde door de Conseil d'Administration], gevolmachtigde door de Conseil d'Administration."

- 3.1.14. MGX heeft (een deel van) de thans gevorderde schade eerder gevorderd in kort geding. Bij vonnissen van 28 juli 2011 en 16 mei 2013 is deze vordering afgewezen door de voorzieningenrechter (productie 12 bij inleidende dagvaarding respectievelijk productie 4 bij memorie van grieven).
- 3.2.1. In de onderhavige procedure vorderde MGX in eerste aanleg, kort samengevat, een verklaring voor recht dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de inrichting van MGX aan de [adres] te sluiten en dat de Gemeente gehouden is de daaruit voortvloeiende schade begroot op € 14.694.000 te vergoeden. Voorts vorderde MGX een voorziening in de vorm van een betaling van € 2.145.568,80 en de wettelijke rente over deelbedragen hiervan vanaf verschillende tijdstippen.
- 3.2.2. Aan deze vordering heeft MGX, kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.
MGX stelt dat het sluitingsbevel jegens haar onrechtmatig is geweest omdat nadien is gebleken, zoals zij steeds heeft beweerd, dat er geen gevaarlijke afvalstoffen in de inrichting aanwezig waren. Als gevolg van die sluiting heeft zij aanzienlijke schade geleden omdat haar enige afnemer de overeenkomst heeft beëindigd.
- 3.2.3. De Gemeente heeft gemotiveerd verweer gevoerd, zowel in de hoofdzaak als in het incident. De gemeente stelt dat de sluiting niet onrechtmatig was, omdat MGX eerder informatie had moeten verschaffen over de aanwezige stoffen. Voorts betwist de gemeente de gestelde schade en het causaal verband met de sluiting.
Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen. Verder vorderde de Gemeente in voorwaardelijke reconventie in het incident het stellen van zekerheid voor het geval in het incident in conventie een bedrag aan MGX zou worden toegewezen.
- 3.3.1. In het tussenvonnissen van 2 mei 2012 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast.
- 3.3.2. In het tussenvonnissen van 14 november 2012 heeft de rechtbank geoordeeld dat de Gemeente onrechtmatig jegens MGX heeft gehandeld. Zij overwoog daartoe in rov. 4.3 het volgende :

"...dat in een geval als het onderhavige, waarin er ten tijde van het sluitingsbevel aan de zijde van de gemeente slechts sprake was van een vermoeden dat er een overtreding werd begaan en dat vermoeden achteraf onjuist blijkt te zijn, dat sluitingsbevel in beginsel onrechtmatig is. Of daar in dit geval van moet worden afgeweken hangt in de eerste plaats af van de vraag of de gemeente, zoals door de gemeente wordt gesteld en door MGX wordt betwist, op 29 november 2010 over meer informatie beschikte dan op 12 november 2010. Indien dat niet het geval was heeft de gemeente (...) onzorgvuldig gehandeld door op 12 november 2010 een bevel tot sluiting te geven terwijl er kennelijk minder verstrekkende alternatieven waren, namelijk monsterneming

met daarbij de afspraak dat afvoer van stoffen aan de gemeente zou worden gemeld. De gemeente dient immers haar handhavingstaak uit te voeren op een wijze die het minst ingrijpt in rechten van burgers als met die minder ingrijpende wijze van uitvoering een voldoende resultaat kan worden bereikt.”

En in rov. 4.4:

"De gemeente heeft ter comparitie verklaard dat op 12 november 2010 door MGX werd medegedeeld dat in de bigbags zeolieten zaten. Daarnaast is door MGX op 11 november 2010, door toezending van de verklaring van Dr. [getuige], schriftelijk aan de gemeente medegedeeld dat in [vestigingsplaats 2] alleen zeolieten lagen opgeslagen. Tijdens de bemonstering op 29 november 2010 is Dr. [getuige] namens MGX met de gemeente door de loods gelopen en heeft per bigbag aangegeven welk type zeoliet daarin zat. De gemeente heeft ook toen niet de beschikking gekregen over milieuhygiënische verklaringen of certificaten. De rechtbank is van oordeel dat gelet op de eigen verklaring van de gemeente dat het voor het onderzoek niet van belang is welk type zeoliet wordt onderzocht of wat de mengverhouding van de verschillende typen zeolieten is, de gemeente onvoldoende heeft onderbouwd dat zij op 12 november 2010 over onvoldoende informatie beschikte om middels monsterneming te kunnen vaststellen of er sprake was van gevaarlijke stoffen. Zowel op 12 als op 29 november 2010 wist de gemeente immers dat er volgens de eigen informatie van MGX zeolieten in de bigbags zat. Dat de gemeente op 12 november 2010 de door MGX gegeven informatie niet vertrouwde en daarop niet wilde afgaan, doet daaraan niet af. Op 29 november 2010 is de gemeente immers ook enkel afgegaan op door MGX verstrekte informatie, en de gemeente heeft geen verklaring gegeven waarom die informatie op dat moment wel voldoende was en op 12 november 2010 niet.

Met betrekking tot de gevorderde schade heeft de rechtbank, kort samengevat, geoordeeld dat de overeenkomst tussen ITS en MGX een reëel karakter kent, dat tegen deze achtergrond de Gemeente gehouden is om de schade als gevolg van het verbreken van die overeenkomst te vergoeden, dat voorshands slechts een bedrag van € 160.000 toewijsbaar is (de door MGX aan ITS verschuldigde boetes), dat de toerekenbaarheid van de Gemeente voor de schade in de vorm van gedeerde winst zich als voorzienbare schade slechts over een periode van twee jaar uitstrekt, dat nadere bewijslevering noodzakelijk is met het oog op de houdbaarheidsdatum van het door MGX uit het faillissement gekochte megatraxpoeder en dat een deskundigenbericht zal worden gelast ter berekening van de door MGX bespaarde kosten doordat zij niet meer gehouden is aan ITS te leveren. De provisionele vordering is tot een bedrag van € 160.000 toegewezen. De daarop gerichte vordering in reconventie is afgewezen. De proceskosten in het incident zijn zowel in conventie als in reconventie gecompenseerd. Alle verdere beslissingen zijn aangehouden met het oog op de uitkomst van bewijslevering en deskundigenbericht.

3.3.3. Bij brief van 1 februari 2013 heeft de Gemeente verzocht om op grond van artikel 337 lid 2 Rv beroep open te stellen van laatstgenoemd tussenvonnissen. Nadat MGX in de gelegenheid was gesteld om op dit verzoek te reageren heeft de rechtbank bij vonnis van 27 februari 2013 bepaald dat van laatstgenoemd tussenvonnissen tussentijds hoger beroep zal kunnen worden ingesteld.

3.4. De Gemeente heeft in hoger beroep 28 grieven aangevoerd en haar eis gewijzigd in die zin dat zij terugbetaling vordert van hetgeen zij ter voldoening aan het tussenvonnissen aan MGX heeft voldaan te vermeerderen met de wettelijke rente. De Gemeente heeft verder geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het toewijzen van haar aldus gewijzigde vordering. MGX heeft haar vordering vermeerderd in die zin dat zij thans betaling vordert van bedragen van € 22.000.000,- als gevolgschade vanwege de beëindiging van de leveringsovereenkomst tussen MGX Research en ITS, respectievelijk € 160.000,- wegens verschuldigde boetes, respectievelijk € 98.803,50 wegens gemiste omzet van twee leveringen in november 2010, respectievelijk € 118.882,- wegens schade voor het over de datum raken van megatraxpoeder.

- 3.5.1. De eerste grief ziet op de weergave door de rechtbank van de vaststaande feiten, meer in het bijzonder de vaststelling dat de bij besluit van 12 november 2010 (vastgelegd in een op 18 november 2010 gedateerde beschikking) de inrichting van MGX aan de [adres] te [vestigingsplaats 2] is gesloten. De grief slaagt in die zin dat in de betreffende beschikking is weergegeven dat slechts de opslag in de inrichting bij wege van acute bestuursdwang is gesloten en niet de gehele inrichting. Het hof heeft deze vaststelling hiervoor reeds opgenomen in de vaststaande feiten.
- 3.5.2. Het hof zal vervolgens de grieven 2 tot en met 6 gezamenlijk behandelen. Door middel van deze grieven betoogt de Gemeente kort gezegd dat zij niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens MGX niettegenstaande de herroeping in bezwaar van de beslissing van 12 november 2010 waarbij acute bestuursdwang werd toegepast. Meer in het bijzonder betoogt de Gemeente dat zij door gebrek aan medewerking van de zijde van MGX op 12 november 2010 wel over moest gaan tot sluiting van de opslag in de inrichting gezien de concrete aanwijzingen dat zich in de opslag van MGX (gevaarlijke) afvalstoffen bevonden zonder dat daartoe een vergunning was verleend en gelet op het risico dat deze afvalstoffen zonder vergunning (weer) zouden worden afgevoerd.
- 3.5.3. Het hof stelt voorop dat voor de vraag of de Gemeente jegens MGX onrechtmatig heeft gehandeld als uitgangspunt heeft te gelden dat indien een besluit naar aanleiding van het daartegen ingestelde bezwaar wordt ingetrokken of herroepen onder de mededeling van het bestuursorgaan dat dit geschiedt omdat het besluit onjuist is, de burgerlijke rechter uit dient te gaan van die aldus erkende onjuistheid bij zijn beoordeling van een vordering die gegrond is op een onrechtmatige daad (zie hiertoe onder meer HR 21 juni 2013, NJ 2013, 422). Een onjuist besluit levert in beginsel een toerekenbare onrechtmatige daad op (zie hiertoe HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112).
- 3.5.4. Het onderhavige besluit van de Gemeente is gericht op handhaving en vormt in die zin een ambtshalve genomen besluit. Op grond van artikel 3:2 Awb dient het bestuursorgaan een besluit zorgvuldig voor te bereiden. De voorbereiding omvat mede een onderzoeksplicht die op het bestuursorgaan rust. Het is aan het bestuursorgaan om het relevante bewijsmateriaal bijeen te brengen en zij heeft de bewijslast en in die zin ook het bewijsrisico. Dat er sprake is van een overtreding dient door het bestuursorgaan te worden bewezen. In dit geval staat echter door erkenning van de Gemeente inmiddels vast dat er geen sprake is geweest van een overtreding. Waar de Gemeente kennelijk op doelt is dat de inhoudelijke onjuistheid van het besluit en de daaruit mogelijk voortvloeiende schade voorkomen had kunnen worden doordat MGX tijdig de Gemeente had voorzien van de juiste informatie en in die zin eigen schuld draagt.
- Een grote verantwoordelijkheid voor informatieverschaffing berust in beginsel bij de aanvrager van een begunstigende beschikking, maar bij ingrijpende besluiten gericht op handhaving zal de burger in beginsel juist niet tegengeworpen kunnen worden dat hij niet tijdig de juiste informatie heeft verschaft, als het bestuursorgaan zonder onevenredige inspanningen de gegevens ook zelf had kunnen achterhalen (vergelijk HR 24 januari 1997, AB 1998, 12, Ridder/Staat).
- Daarnaast heeft nog het volgende te gelden. Niet alleen dient het overheidsorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren, terwijl de bewijslast (als gezegd) bij handhavingsbesluiten (nu deze diep ingrijpen in een bestaande situatie) bij het bestuursorgaan ligt, maar de feiten en omstandigheden die aan een dergelijk besluit ten grondslag liggen moeten bovendien voldoende concreet, objectief en verifieerbaar zijn (vergelijk Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ECLI:NL:RVS:2013:792).
- 3.5.4. Aan de beslissing tot het toepassen van bestuursdwang is ten grondslag gelegd dat er een overtreding is gepleegd door MGX, die kort gezegd hierop neerkomt dat gevaarlijke afvalstoffen stonden opgeslagen zonder de daartoe vereiste vergunningen. Enig concreet, objectief en verifieerbaar gegeven waaruit kon blijken dat er sprake was van een overtreding in de vorenbedoelde zin daarvoor ontbrak op 12 november 2010. De Gemeente beschikte niet over

gegevens waaruit bleek dat er feitelijk gevaarlijke (afval)stoffen vanuit [vestigingsplaats 1] naar de locatie op de [adres] te [vestigingsplaats 2] waren gebracht. Zij beschikte slechts over aanwijzingen van zodanige aard dat een bezoek aan het bedrijfspand van MGX alleszins gerechtvaardigd was. Waar het hier echter om niet gevaarlijke (afval)stoffen gaat kan in redelijkheid niet worden gezegd dat MGX gehouden was om meer gegevens te verschaffen dan zij heeft gedaan. Van eigen schuld is dan ook naar het oordeel van het hof geen sprake. Voorts gaat de stelling van de Gemeente dat het aan MGX is om het vermoeden dat het om gevaarlijke (afval)stoffen gaat te ontkrachten voorbij aan de (hierboven reeds tot uitdrukking gebrachte) eigen bewijspositie van de Gemeente dat er in dit geval sprake is van een overtreding. Met de door MGX aangedragen gegevens was het de Gemeente bovendien mogelijk om op basis hiervan een monstername te verrichten, althans desgewenst in nader overleg met MGX te treden om op korte termijn tot een dergelijke monstername te komen. Het hof vermag in ieder geval niet in te zien welke rol de omstandigheid dat het vrijdagmiddag was daarin zou moeten spelen. Niet valt in te zien waarom de Gemeente op dat moment niet had kunnen overgaan tot een nader onderzoek, zoals dat (uiteindelijk) is verricht op 29 november 2010. De conclusie is dat de grieven niet slagen.

- 3.5.5. Met de vierde grief wordt nog betoogd dat het herroepen besluit niettemin jegens MGX Research formele rechtskracht heeft verkregen, omdat MGX Research, hoewel belanghebbende, niet zelfstandig een bezwaar tegen dat besluit heeft ingediend en ook niet van de onrechtmatigheid kan worden uitgegaan, omdat de Gemeente die niet erkend heeft. De grief kan niet slagen. Nog los van het antwoord op de vraag of er in dit geval niet een vereenzelviging moet worden aangenomen van de MGX Group BV en MGX Research BV geldt hoe dan ook het volgende. In het bovenstaande is geoordeeld dat het besluit van de Gemeente onjuist en daarmee onrechtmatig was. In een dergelijk geval komt aan dat besluit, nu dit is ingetrokken, ook jegens anderen geen formele rechtskracht meer toe. De burgerlijke rechter behoort in een zodanig geval bij de beoordeling van de schadevergoedingsvordering de onjuistheid van dat besluit tot uitgangspunt te nemen (vergelijk HR 8 december 1995, NJ 1997, 163).
- 3.6.1. De grieven 7, 8, 9 en 10 bestrijden allereerst het oordeel van de rechtbank dat het feit dat MGX Research de leveringen van 15 en 22 november niet heeft kunnen uitvoeren de reden is geweest dat ITS de op 16 september 2010 tussen MGX Research en ITS gesloten overeenkomst gericht op (onder meer) de levering van megatraxpoeder heeft beëindigd. In dit kader heeft de Gemeente verder vragen gesteld en opmerkingen gemaakt over het bestaan van ITS als onderneming, het realiteitsgehalte van de betreffende leveringsovereenkomst, de inhoud van de betreffende overeenkomst alsmede de door MGX aan de dag gelegde houding bij de opzegging van die overeenkomst.
- 3.6.2. Het hof stelt voorop dat de schade die de benadeelde stelt te hebben geleden alleen voor vergoeding in aanmerking komt als deze in een oorzakelijk verband staat tot de onrechtmatige (overheids-)daad. Artikel 1:162 BW bepaalt immers dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. Omdat schade doorgaans het uitvloeisel is van een complex aan gebeurtenissen, geeft artikel 6:69 BW een nadere regeling. Volgens dat artikel komt voor vergoeding slechts in aanmerking schade "die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend".
- Bij het oordeel over het al dan niet gegrond zijn van de grieven gaat het hof ervan uit dat tussen ITS en MGX Research een reële overeenkomst is gesloten die erop gericht was om onder meer periodiek (wekelijks) megatraxpoeder te leveren. Reële en verifieerbare aanwijzingen dat het hier om een schijnovereenkomst zou gaan ontbreken, ook al moet gezegd dat MGX slechts mondjesmaat inlichtingen heeft verstrekt over de achtergronden van de overeenkomst en de aard en omvang van ITS, als onderneming. Vaststaat in ieder geval dat op de mede daartoe

voorzien dagen (15 en 22 november 2010) MGX Research niet kon beschikken over het zich in de opslag van haar bedrijf aan de [adres] te [vestigingsplaats 2] bevindende megatraxpoeder. Dat MGX elders ook nog over dit additief beschikte is onvoldoende aannemelijk, zodat haar stelling dat zij in de periode van sluiting van haar opslag niet kon voldoen aan haar verplichtingen om te leveren voldoende vaststaat.

Vaststaat verder dat zij op 29 november 2010 weer vrijelijk over dit additief beschikte en dus wederom aan ITS kon leveren. Zij heeft dat blijkens haar eigen stellingen ook gedaan, te weten op 30 november 2010. Die levering is ook door ITS geaccepteerd én betaald.

Naar moet worden aangenomen liggen in de brief van 6 december 2010 van ITS aan MGX (zoals geciteerd in rov. 3.1.13.) de redenen besloten om de leveringsovereenkomst te beëindigen. Die brief is echter naar het oordeel van het hof geenszins duidelijk in het licht van de tussen die partijen gesloten overeenkomst. Vooreerst wordt gewag gemaakt van een (kennelijk) gebrekkige communicatie tussen MGX en ITS, waarbij ITS aan MGX daarvan een verwijt maakt. Daarnaast wordt gesproken over de stagnerende leveringen, die het bedrijf (ITS) grote schade zouden hebben toegebracht, en dit kennelijk ondanks het feit dat die leveringen inmiddels weer waren hervat. Vervolgens wordt een beroep gedaan op artikel 7 leden 3 en 4 uit de betreffende overeenkomst om de overeenkomst per direct te beëindigen.

3.6.3.a Het hof overweegt dat in lid 4 van artikel 7 voorzien is in een mogelijkheid de overeenkomst te beëindigen op grond van economische gronden (voortvloeiend uit onvoorzien omstandigheden of door opkomst van een andere techniek) die aan het einde van een kalenderjaar partijen het recht geven om de overeenkomst op te zeggen. Het beroep op deze grond(en) in de bewuste brief is echter niet nader feitelijk toegelicht. Enig verband met de tijdelijke sluiting van de opslag van MGX Research wordt daarbij niet gemeld. In een beëindiging met onmiddellijke ingang voorziet dit artikellid bovendien niet.

3.6.3.b Resteert lid 3 waarin ITS de mogelijkheid wordt geboden haar afnameverplichtingen te beëindigen zonder opzegtermijn indien MGX Research niet aan haar leveringsverplichtingen voldoet, waarna een overleg dient te volgen over "hervatting" (van de leveringen) óf beëindiging van het contract. Een beëindigingsgrond voor de overeenkomst als zodanig is daarin naar het oordeel van het hof niet gelegen. Die mogelijkheid wordt in het betreffende lid 3 eerst geboden indien op een aanmaning per aangetekende brief niet is gereageerd. Al bij al kan op grond van de betreffende brief slechts worden vastgesteld dat het tijdelijk uitblijven van leveringen en de reactie van MGX daarop voor ITS kennelijk mede de aanleiding hebben gevormd de overeenkomst te beëindigen. Onduidelijk blijft echter wat nu de exacte reden voor ITS is geweest om de betreffende overeenkomst te willen beëindigen. Verder dan dat het uiteindelijk een vertrouwensbreuk is geweest tussen ITS (en haar afnemers) en MGX (zoals ook door [gevolmachtigde door de Conseil d'Administration] in zijn e-mail van 30 maart 2012, productie 56 van MGX, gesteld), die aanleiding heeft gevormd voor de beëindiging van de overeenkomst, komt MGX eigenlijk niet. Dat lijkt ook te volgen uit de brief van MGX aan ITS van 9 december 2010 (productie 26 MvA). De eveneens in diezelfde e-mail van 30 maart 2012 door [gevolmachtigde door de Conseil d'Administration] betrokken stelling dat hierbij een rol heeft gespeeld dat MGX haar leveringsplicht niet kon nakomen en geen datum kon geven voor de herstart van de leveringen is in ieder geval in het licht van het op 6 december 2010 gestelde besluit van ITS volstrekt onbegrijpelijk gezien de omstandigheid dat de leveringen van megatraxpoeder reeds op 30 november 2010 waren hervat en ook waren geaccepteerd door MGX. Het onrechtmatig handelen door de gemeente was immers op dat tijdstip reeds beëindigd én MGX had de overeengekomen leveringen weer hervat. In die zin deed zich niet de situatie voor dat MGX niet kon leveren én nog onduidelijk was op welke datum MGX de leveringen weer zou kunnen hervatten. Aldus is naar het oordeel van het hof in onvoldoende mate komen vast te staan dat het enkel niet leveren op 15 en 22 november 2010 voor ITS de (enige dan wel de voornaamste) aanleiding is geweest om de overeenkomst te beëindigen. Het daartoe vereiste causale verband acht het hof daarmee onvoldoende aangetoond.

3.6.4. Doch zelfs als zou moeten worden aangenomen dat de voornaamste oorzaak van het verbreken van de relatie tussen ITS en MGX Research gelegen is geweest in het tijdelijk niet (kunnen) leveren van megatraxpoeder, geldt het volgende.

Uit de hiervoor in rov. 3.1.12. geciteerde bepalingen uit de overeenkomst valt af te leiden dat in geen enkel geval een beëindiging van de overeenkomst met onmiddellijke ingang mogelijk is, nu opzegging van de overeenkomst wegens het niet nakomen van de verplichtingen door een partij gepaard dient te gaan met een ingebrekestelling of aanmaning. Uit de door MGX overgelegde stukken valt niet af te leiden dat zij zich op enigerlei effectief te achten wijze en met een beroep op de overeenkomst tegen een beëindiging met onmiddellijke ingang op 6 december 2010 jegens ITS heeft verzet. MGX is kennelijk onmiddellijk overgegaan tot een afwikkeling van het contract in de vorm van een akkoord over het betalen van openstaande facturen door ITS en het betalen door MGX van verschuldigde boetes wegens niet tijdige levering. Uit de door MGX overgelegde brief van 9 december 2010 valt slechts af te leiden dat volgens MGX uit het gesprek tussen ITS en MGX van 8 december 2010 is gebleken *“dat het voortzetten van de contractuele verplichtingen tot levering en afname van Megatraxpoeder door de ontstane leveringsvertraging geen voldoende grond meer kent”* (productie 26 MvA). Dat nu vormt naar het oordeel van het hof geen juiste afspiegeling van de hiervoor genoemde contractuele verplichtingen over en weer. Bovendien wordt in het geheel niet duidelijk waarom ITS, ondanks het feit dat MGX weer vrijelijk kon beschikken over het megatraxpoeder en kennelijk in staat was om te leveren, na een hervatte én geaccepteerde levering niettemin afzag van die verdere leveringen. Enig inzicht in de contractuele (?) relatie van ITS met haar afnemers heeft MGX niet verschaft. Dat klemmt te meer nu, naar stelling van MGX, de afnemers van ITS zich voordien forse financiële inspanningen hadden getroost om hun fabricageproces geschikt te maken om te gaan werken met megatraxpoeder, terwijl verder opvallend is dat een of meer van deze “afnemers” in het tijdsverloop nadien weer betrokken zijn geweest bij een soortgelijk fabricageproces, waarbij wederom megatraxpoeder afkomstig van MGX werd gebruikt. Daarmee slagen de grieven voor zover deze betrekking hebben op het door de Gemeente betwiste causale verband in de hiervoor bedoelde zin tussen de onrechtmatige sluiting van de opslag van MGX door de Gemeente én de beëindiging van de contractuele relatie tussen ITS en MGX en de beweerdelijk daaruit voortvloeiende vervolgschade.

3.6.5. Daarmee is echter niet de gehele vordering van schade van de baan, nu immers het niet kunnen leveren van megatrax volgens MGX tot directe schade heeft geleid in de vorm van het mislopen van omzet en het moeten betalen van boetes wegens niet tijdige levering.

3.6.6. Grief 12 in het principaal appel ziet op de verschuldigdheid van die boetes wegens vertraging in de levering van de megatrax op grond van artikel 8 lid 5 van de leveringsovereenkomst. De Gemeente heeft gesteld dat deze boetes eerst verschuldigd zijn na ingebrekestelling en, nu deze niet heeft plaatsgevonden, de boetes ook niet als verschuldigd kunnen worden aangemerkt, zodat zij ook niet gehouden is op te komen voor deze schade. De Gemeente heeft daartoe ook nog gewezen op het bepaalde in artikel 6:93 BW.

3.6.7. Naar het oordeel van het hof kan die grief niet slagen. Artikel 8 lid 5 van de overeenkomst kent een duidelijke regeling voor het geval de leveringen niet op tijd plaatsvinden. Reeds het enkel niet tijdig leveren van het megatraxpoeder levert na twee wachtdagen een verzuim op met als gevolg dat per dag dat MGX Research nadien in gebreke blijft een aanzienlijke boete is verschuldigd. Daarnaast geeft artikel 7 lid 5 van de overeenkomst ITS de mogelijkheid om de afnameverplichtingen te beëindigen. Het hof zal hierop bij de behandeling van het incidentele appel nog terugkomen. Dat MGX Research in gebreke is gebleven om te leveren op 15 en 22 november staat vast, zodat reeds daarom de als gevolg daarvan verbeurde boetes verschuldigd zijn. MGX stelt dat zij na overleg met ITS uiteindelijk een boete is verschuldigd van € 160.000 wegens niet tijdige levering. Dat bedrag staat gelijk aan 10 verzuimdagen. Kennelijk en niet onbegrijpelijk vormt deze berekening de resultante van het uitblijven van leveranties gedurende twee weken verminderd met (telkens) twee wachtdagen. Vaststaat ook dat MGX dit bedrag door

middel van verrekening met haar vorderingen op ITS heeft betaald.

Daarmee heeft MGX naar het oordeel van het hof de daaruit voortvloeiende schade voldoende aangetoond, zodat de Gemeente voor die schade dient op te komen. Daaruit vloeit tevens voort dat ook de wettelijke rente daarover is verschuldigd. De grief faalt daarom. Voor toewijzing van de vordering van de Gemeente tot terugbetaling van dit (provisieel toegewezen) bedrag met wettelijke rente is geen plaats.

3.6.8. De eerste grief in het incidenteel appel ziet op het afwijzen van de vordering van MGX tot betaling van de schade voortvloeiend uit het feit dat zij twee weken niet heeft kunnen leveren en daardoor de daarmee samenhangende inkomsten is misgelopen. De rechtbank oordeelde dat niet dan wel onvoldoende duidelijk is geworden waarom MGX na de vrijgave van haar opslag niet onmiddellijk de achtergebleven leveringen heeft ingehaald.

MGX heeft ter toelichting op de grief aangevoerd dat ITS het recht had om haar afnameverplichting met onmiddellijke ingang te beëindigen, indien MGX Research in gebreke was (tijdig) te leveren.

3.6.9. Vastgesteld moet worden dat ITS inderdaad het recht had om bij het in gebreke blijven van MGX om tijdig te leveren haar afnameverplichtingen te beëindigen. ITS heeft van dat laatste recht echter eerst gebruik gemaakt op 6 december 2010. Hoewel de vraag gerechtvaardigd is of ITS na de levering van de megatrax op 30 november 2010 nog steeds een beroep op de betreffende bepaling toekwam voor de niet levering op 15 en 22 november 2010, nu zij daarop immers niet dadelijk een beroep heeft gedaan en vervolgens nog wel de levering van 30 november 2010 heeft geaccepteerd, geldt in ieder geval het volgende.

ITS kon eerst vanaf het moment dat zij rechtens een beroep deed op het niet meer verder afnemen van de megatrax afzien van haar afnameverplichtingen, maar dat geldt uiteraard niet voor de afnameverplichting(en) tot dat moment, tenzij de aflevering van megatrax nog steeds niet had plaatsgevonden. Meer in het bijzonder heeft te gelden dat MGX tot dat moment nog steeds met een beroep op het bij de overeenkomst vastgestelde leveringsschema had kunnen leveren en ITS ook gehouden was om die leveringen te accepteren. MGX heeft echter nagelaten om die nalevering uit te voeren dan wel deze leveringen alsnog tijdig aan te bieden. In beide situaties komt daarmee de daardoor MGX gederfde omzet/winst niet als schade voor vergoeding in aanmerking nu het vereiste causale verband met het onrechtmatig handelen van de Gemeente ontbreekt.

3.7. De slotsom is dat de Gemeente onrechtmatig jegens MGX heeft gehandeld door over te gaan tot sluiting van de opslag aan de [adres] te [vestigingsplaats 2] en dat de Gemeente gehouden is de daaruit voor MGX Research voortvloeiende schade te vergoeden. Tegen de vaststelling van de rechtbank dat uitsluitend MGX Research deze schade kan vorderen is verder geen grief gericht. Deze schade wordt door het hof met de rechtbank gesteld op € 160.000 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 4 februari 2011, toen deze schade daadwerkelijk werd geleden door verrekening met de door ITS verschuldigde betalingen wegens levering van megatraxpoeder door MGX. Alle overige grieven, zowel in het principaal als het incidenteel appel, ook voor zover deze zien op het (slechts gedeeltelijk) toewijzen van de provisionele vordering, behoeven verder geen bespreking meer.

3.8. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd, waarbij de proceskosten tussen partijen zullen worden gecompenseerd, zowel die van de eerste aanleg als die in hoger beroep, nu beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld.

4 De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het vonnis waarvan beroep,

en doet opnieuw recht:

verklaart voor recht dat de Gemeente met de sluiting van de opslag van de [adres] te [vestigingsplaats 2] onrechtmatig jegens MGX heeft gehandeld en dat de Gemeente gehouden is de daaruit voortvloeiende schade jegens MGX te vergoeden;

veroordeelt de Gemeente om daartoe aan MGX Research te betalen een bedrag van € 160.000,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 4

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst alle overige vorderingen af;

compenseert de proceskosten in die zin dat ieder van partijen de eigen kosten dient te dragen, zowel die van eerste aanleg als die van het hoger beroep.

Dit arrest is gewezen door mrs. Chr. M. Aarts, J.M. Brandenburg en E.H. Pijnacker Hordijk en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 14 oktober 2014.