

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

ACHTSTE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER

ARREST

in de zaak van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CHIP(S)HOL III B.V.,
gevestigd te Wassenaar, kantoorhoudend te Schiphol-Rijk,
gemeente Haarlemmermeer,
APPELLANTE IN PRINCIPAAL BEROEP,
INCIDENTEEL GEÏNTEERDE,
procureur: mr. G.W. Kernkamp,

t e g e n

de publiekrechtelijke rechtspersoon
DE PROVINCIE NOORD-HOLLAND,
waarvan de zetel is gevestigd te Haarlem,
GEÏNTEERDE IN PRINCIPAAL BEROEP,
INCIDENTEEL APPELLANTE,
procureur: mr. K.A.J. Bisschop.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna (ook) Chipshol en de Provincie genoemd.

1.1 Bij dagvaarding van 20 april 2004 is Chipshol in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank te Haarlem van 21 januari 2004, in deze zaak onder zaak-/rolnummer 88167/HA ZA 02-1391 gewezen tussen onder meer Chipshol als eiseres en de Provincie als gedaagde.

1.2 Chipshol heeft bij memorie zeven grieven geformuleerd en toegelicht, daarbij bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, alsnog, -uitvoerbaar bij voorraad- de inleidende vorderingen van Chipshol zoals vermeerderd bij conclusie van repliek zal toewijzen, met kosten.

1.3 Daarop heeft de Provincie geantwoord en daarbij van haar kant incidenteel beroep ingesteld en drie grieven geformuleerd, bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie, kort gezegd, dat het hof het vonnis zal vernietigen en de vorderingen van Chipshol alsnog integraal zal afwijzen, met kosten.

1.4 Vervolgens heeft Chipshol incidenteel geantwoord en bescheiden in het geding gebracht, met conclusie dat het hof het incidenteel beroep zal verwerpen, met -uitvoerbaar bij voorraad- kosten.

1.5 De Provincie heeft zich bij akte uitgelaten over de hiervoor bedoelde producties

1.6 De partijen hebben de zaak op 3 november 2005 doen bepleiten, Chipshol door mr. H.W. van Schie en mr. R.B. Gerretsen, advocaat te Rotterdam, de Provincie door haar procureur en mr. P.J.M. Koning, advocaat te Amsterdam, allen

aan de hand van pleitnotities. Bij die gelegenheid zijn van weerszijden bij akte verdere bescheiden in het geding gebracht.

1.7 Ten slotte is arrest gevraagd op de stukken van beide instanties.

2. Beoordeling

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2, a tot en met u, een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aange-merkt. Daarmorent bestaat geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

2.2 Kort samengevat gaat het in deze zaak om het volgende.

2.2.1 M.C. Groenenberg heeft op 22 december 1993 de economische eigendom van ruim 35 hectare grond gelegen nabij de Fokkerweg in de gemeente Haarlemmermeer (hierna: het Groenenbergterrein) overgedragen aan Chipshol. De koopprijs bedroeg f 7.154.954,--. Het Groenenbergterrein valt onder het bestemmingsplan Schiphol-Zuidoost en had als bestemming "agrarische doeleinden".

2.2.2 Op verzoek van Chipshol hebben Burgemeester en Wethouders (B&W) van de gemeente Haarlemmermeer (hierna: de Gemeente) op 4 juli 2000 het wijzigingsplan "Schiphol-Zuidoost" (hierna: het wijzigingsplan) vastgesteld en de bestemming van het Groenenbergterrein gewijzigd in "bedrijfsdoeleinden I", te weten platformgebonden activiteiten en de daarbij behorende faciliteiten. Daarbij hebben B&W de bedenking verworpen van het Directoraat-Generaal Rijkswaterstaat inhoudend -kort gezegd- dat geen bebouwing kan worden toegelaten in verband met de reflecties op de landingssystemen. B&W wijzen daarbij op de bevoegdheid van de Minister van Verkeer en Waterstaat om op grond van art. 38 Luchtvaartwet (Lvw) een bouwverbod af te kondigen wanneer

zulks met het oog op de veiligheid van het luchtverkeer noodzakelijk is. Bij besluit van 10 oktober 2000 hebben Gedeputeerde Staten (GS) van de Provincie goedkeuring aan het wijzigingsplan onthouden. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) heeft bij uitspraak van 5 september 2001 voormeld besluit vernietigd.

2.2.3 GS hebben bij besluit van 12 februari 2002 het wijzigingsplan alsnog goedgekeurd, maar goedkeuring onthouden aan de ontsluiting van het Groenenbergterrein. Op 4 september 2002 heeft de voorzitter van de ABRS dit besluit vernietigd voorzover het deze ontsluiting betreft, en vervolgens zelf goedkeuring aan de ontsluiting verleend. Chipshol heeft daarna bij de Gemeente een aanvraag ingediend voor een bouwvergunning voor de bouw van twee bedrijfspanden op het Groenenbergterrein.

2.2.4 In een (in kopie) ongedateerde brief, waarin wordt gerefereerd aan een eerder telefoongesprek, heeft de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat (hierna: de Staatssecretaris) de president van de Schipholgroup, waaronder de N.V. Luchthaven Schiphol (hierna: NVLS) ressorteert meegedeeld dat een verbod voor het oprichten van bouwwerken op het Groenenbergterrein kan worden opgelegd, waarvoor nodig is een aanvraag van de exploitant van de luchthaven. Bij brief van 10 januari 2003 heeft NVLS verzocht op korte termijn een bouwverbod op te leggen voor het Groenenbergterrein op grond van art. 38 Lvw. De Staatssecretaris heeft een ontwerpbesluit gepubliceerd in de Staatscourant van 16 januari 2003. Met toepassing van art. 38 Lvw en anticiperend op het Luchthavenindelingsbesluit Schiphol van 20 februari 2003, heeft de Staatssecretaris op 19 februari 2003 de bouwhoogte van het Groenenbergterrein vastgesteld conform de bijlage van dat besluit, te weten -kort gezegd- 0 tot 5 m (hierna: het bouwverbod). Chipshol heeft daarna bezwaar gemaakt tegen het bouwverbod.

2.2.5 Chipshol heeft NVLS in rechte betrokken en op grond van art. 50 Lvw schadevergoeding gevorderd tot een bedrag van € 97.200.000,--. De Provincie heeft zich in die procedure gevoegd aan de zijde van NVLS. Bij tussenvonnis van 12 januari 2005 (zaak/rolnr 95866/HA ZA 03-1163) heeft de rechtbank te Haarlem overwogen (rov. 5.8) dat NVLS de door Chipshol tengevolge van het bouwverbod geleden schade moet vergoeden, en bepaald dat deskundigen dienen te worden benoemd om de omvang van de schade vast te stellen.

2.2.6 Chipshol heeft haar bezwaar tegen het bouwverbod bij brief van 26 september 2005 ingetrokken, daarbij onder meer opmerkend dat nu NVLS door de rechtbank is veroordeeld de schade van Chipshol te vergoeden de noodzaak om nog jarenlang door te procederen over de rechtmatigheid van het bouwverbod ontbreekt.

2.2.7 Bij brief van 26 oktober 2005 heeft de raadsman van NVLS de Staatssecretaris verzocht het bouwverbod op te heffen en een verklaring van geen bezwaar voor het bouwplan van Chipshol af te geven, opdat deze alsnog dat plan kan realiseren.

2.3 In de onderhavige zaak vordert Chipshol veroordeling van de Provincie tot betaling van € 118.454.000,-- wegens onrechtmatige besluitvorming.

De rechtbank heeft onder meer overwogen (rov. 5.1) dat met de vernietiging van de besluiten van GS van 10 oktober 2000 en 12 februari 2002 de onrechtmatigheid van die besluiten en de toerekenbaarheid daarvan aan de Provincie zijn gegeven. Zij heeft de Provincie veroordeeld om aan Chipshol ten titel van schadevergoeding voor onrechtmatige besluitvorming te betalen de wettelijke rente vanaf 10 oktober 2000 tot 4 september 2002 over het bedrag aan schadeloosstelling dat aan Chipshol in haar procedure tegen NVLS (zie hiervoor 2.2.5) zal worden toegewezen.

2.4 Met haar incidentele grief 1 keert de Provincie zich tegen voormelde overweging van de rechtbank. Ter toelichting op deze

grief heeft de Provincie gezegd dat zij het niet eens is met de vaste jurisprudentie dat met de vernietiging van een besluit van een bestuursorgaan de onrechtmatigheid daarvan en de toerekenbaarheid daarvan aan het bestuursorgaan is gegeven, en dat zij zich het recht voorbehoudt de juistheid daarvan te betwisten.

De Provincie heeft de inhoud van de vaste rechtspraak juist weergegeven. Noch in eerste aanleg noch in hoger beroep heeft zij uiteengezet waarom die rechtspraak niet juist zou zijn, of welke feiten of omstandigheden in dit geval tot een andere uitkomst nopen. De grief is dus onvoldoende toegelicht en kan reeds daarom niet slagen.

2.5 De principale grieven I-VII en de incidentele grieven 2-3 betreffen alle de omvang van de aan de Provincie als gevolg van de door haar gegeven onrechtmatige besluiten toe te rekenen schade, en lenen zich derhalve voor gezamenlijke behandeling.

2.6 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de verplichting van de Provincie tot schadevergoeding is ontstaan op 10 oktober 2000, omdat de Provincie toen haar eerste, nadien door ABRS vernietigde, onrechtmatige besluit ten aanzien van het wijzigingsplan heeft genomen.

Deze verplichting tot schadevergoeding eindigde op het moment dat Chipshol in staat was het Groenenbergterrein tot ontwikkeling te brengen, derhalve op 4 september 2002, de dag dat de voorzitter ABRS het wijzigingsplan alsnog geheel goedkeurde. Chipshol heeft dat ook daadwerkelijk gedaan zo blijkt uit haar aanvraag voor een bouwvergunning voor het Groenenbergterrein bij de Gemeente.

Het bouwverbod is op 19 februari 2003 afgekondigd, en valt derhalve buiten de periode waarin de Provincie onrechtmatig jegens Chipshol heeft gehandeld. Bovendien moet het bouwverbod thans jegens Chipshol als rechtmatig worden aangemerkt nu zij haar bezwaar daartegen op 26 september 2005 heeft laten varen. De schade die het gevolg is van het bouwverbod kan dan, anders dan Chipshol betoogt, hoe dan ook niet als een gevolg van de

onrechtmatige besluitvorming van de Provincie aan deze worden toegerekend. Voor de bepaling van de omvang van de schade is wel van belang dat Chipshol heeft betoogd dat zij in staat was binnen twee jaar na de datum waarop het onrechtmatig handelen van de Provincie is aangevangen, de door haar gewenste bebouwing van het Groenenbergterrein te realiseren.

2.7 Dat het bouwverbod reeds dadelijk in oktober 2000 zou zijn opgelegd, zoals de rechtbank heeft aangenomen (rov. 5.6), indien het wijzigingsplan toentertijd door de Provincie was goedgekeurd gelijk zij had behoren te doen, is te speculatief om tot een vermindering van de schadevergoedingsplicht van de Provincie te kunnen leiden. Daarbij is van belang dat inmiddels is komen vast te staan, zoals volgt uit het rapport dat ir. S. Nooitgedagt en dr.ir. H. Schippers begin april 2004 hebben uitgebracht in opdracht van de commissie die op grond van art. 43 Lvw is ingesteld, dat het bouwverbod niet noodzakelijk is voor de luchtverkeersveiligheid.

2.8 De omvang van de schade die de Provincie aan Chipshol dient te vergoeden bestaat derhalve uit het financieel nadeel dat Chipshol heeft ondervonden doordat zij vanaf 10 oktober 2000 tot 4 september 2002 het Groenenbergterrein niet heeft kunnen ontwikkelen. Bij de vaststelling van die schade dient rekening te worden gehouden met de beperkingen van het Groenenbergterrein, zoals de bestemming bedrijfsdoeleinden I, de bevindingen van Nooitgedacht en Schippers en een reservering ten behoeve van de (mogelijke) aanleg van de N 201.

2.9 Ter onderbouwing van een deel van haar schade heeft Chipshol gesteld dat zij -onder voorwaarde van goedkeuring van het wijzigingsplan- in oktober 2000 een verkoopovereenkomst had gesloten met het Engelse bedrijf MWB Konnect (hierna: Konnect) voor een deel van het Groenenbergterrein groot 8.50.00 ha voor een bedrag van f 68.000.000,--. Die overeenkomst is volgens Chipshol alleen niet doorgegaan omdat

de Provincie onrechtmatig goedkeuring heeft onthouden aan het wijzigingsplan.

De Provincie bestrijdt gemotiveerd dat de overeenkomst alleen nog afhangt van die voorwaarde. Volgens haar kan uit het reilen en zeilen van Konnect worden afgeleid dat de overeenkomst van Chipshol met dat bedrijf nimmer tot een afronding zou zijn gekomen.

2.9.1 Konnect is (of was) een Engelse beursgenoteerde onderneming. Zij is opgericht om op diverse plaatsen in Europa zogenaamde datacentres op te zetten, waaronder in Nederland. Omtrent onderhandelingen tussen Konnect en Chipshol is het volgende komen vast te staan.

2.9.2 Konnect heeft in de zomer van 2000 het makelaarskantoor Chesterton International (Nederland) B.V. benaderd. De directeur daarvan, H.J. Kits, heeft contact gezocht met G.W.A. Sobels, een adviseur van Chipshol. Op 27 oktober 2000 hebben S.B. Lewis van Konnect, Kits, P.J. Poot van Chipshol en Sobels een onderhoud gehad.

2.9.3 Dat onderhoud heeft geresulteerd in een brief van Lewis aan Poot van 6 november 2000. Voor alles staat op die brief vermeld "SUBJECT TO CONTRACT". In de brief is tot uitdrukking gebracht dat het gaat om "Heads of Terms" voor 85.000 m² van het Groenenbergterrein, "Fit for purpose for use as a Data Centre". Verder is vermeld dat partijen er naar streven het koopcontract niet later dan op 8 december 2000 te ondertekenen, en dat de Heads of Terms van kracht blijven tot de datum van ondertekening van het koopcontract. In art. 8 van de Heads of Terms is tot uitdrukking gebracht dat het wijzigingsplan nog moet worden goedgekeurd. Art. 17 van de Heads of Terms houdt in dat Konnect op 8 december 2000 proof of finance zal geven. Art. 18 van de Heads of Terms luidt: "There is a Formal Agreement between parties when there is agreement on all issues and when the contract is formalised and undersigned by buyer and seller".

2.9.4 Bij faxbericht van 14 november 2000 heeft Chipshol gereageerd op het voorstel van Konnect. In dat faxbericht staat: "(...) I have indicated some amendments and clarifications on your proposal (...). Please let me know that these are acceptable and that we now can proceed with making the purchase contract (...)". De wijzigingen die Chipshol voorstelt zijn onder meer de toevoeging aan de uitdrukking "Fit for purpose" van "(= BOUWRIJP)", de doorhaling van "for use as a Data Centre" en de wijziging in art. 18 van de zinsnede "when the contract is formalised and undersigned by" in "when THIS AGREEMENT is formalised IN A PURCHASE CONTRACT undersigned by".

2.9.5 Van enige reactie van Konnect op het wijzigingsvoorstel van Chipshol is niet gebleken, terwijl wel is komen vast te staan dat Konnect niet is verschenen voor een bespreking tussen partijen ten kantore van notaris Lijdsman te Amsterdam welke was voorzien voor 21 november 2000. De reden dat Konnect toen verstek liet gaan is door geen van partijen achterhaald.

2.9.6 Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat Chipshol en Konnect nog geen koopovereenkomst hadden gesloten, maar slechts in onderhandeling waren over een voorovereenkomst en dat ieder van hen zich zonder meer uit de onderhandelingen kon terugtrekken totdat een formele koopovereenkomst zou zijn gesloten. Chipshol stelt dat die koopovereenkomst alleen niet is totstandgekomen omdat de Provincie het wijzigingsplan niet heeft goedgekeurd. Haar stelling vindt echter geen steun in de feiten. Konnect en Chipshol waren in onderhandeling over de voorovereenkomst voor de koopovereenkomst. Konnect heeft daarvoor een voorstel geformuleerd waarop Chipshol wijzigingen heeft aangebracht onder meer omdat zij niet wilde garanderen, zo blijkt uit verklaringen van Sobels en Poot die zijn overgelegd als producties C8 en C9 bij memorie van grieven, dat ter plaatse vestiging van een data centre zou worden toegestaan gelet op de nieuwe bestemming die het Groenenbergterrein zou krijgen, namelijk bedrijfsterrein I. Uit niets blijkt dat Konnect de door Chipshol voorgestelde wijziging

daadwerkelijk zou hebben aanvaard. Voorts is van belang dat, zo blijkt uit de als productie C7 overgelegde verklaring van Kits, toentertijd de directeur van Konnect, een zekere Gurney, bij dat bedrijf moest vertrekken wegens malversaties en dat ook de positie van diens rechterhand Lewis was gaan wankelen. De nieuwe directie was volgens Kits veel minder happig op het project en heeft niet meer aangedrongen op uitvoering van de *Heads of Terms*. Indien bij een en ander wordt betrokken de door de Provincie aangevoerde omstandigheid, die door Chipshol niet deugdelijk is weersproken, dat Konnect voor haar andere data centres nooit anders dan opties heeft verworven en dat uiteindelijk geen enkel data centre is gerealiseerd, kan niet worden gezegd dat er een deugdelijke feitelijke basis is voor de stelling van Chipshol. Het hof passeert daarom haar bewijsaanbod op dit punt als niet terzake doend.

2.9.7 In randnummer 58 van haar memorie van grieven stelt Chipshol verder nog dat de onderhandelingen met Konnect zo ver waren gevorderd dat Konnect zich niet meer had kunnen terugtrekken zonder de verplichting tot vergoeding van het negatieve en positieve contractabelang. Ook die stelling vindt geen steun in de feiten. Het opschrift van het voorstel van Konnect "*SUBJECT TO CONTRACT*" en het hiervoor onder 2.9.3 aangehaalde art. 18 en met name het voorstel tot wijziging daarvan van de zijde van Chipshol zoals aangehaald onder 2.9.4, kunnen tot geen andere conclusie leiden dan dat ieder van partijen zich tot het totstandkomen van een formele overeenkomst mocht terugtrekken zonder enige schadevergoeding verschuldigd te zijn. Ook op dit punt is het bewijsaanbod van Chipshol derhalve niet terzake dienend.

2.9.8 De slotsom van het onder 2.9-2.9.7 overwogene is dan dat het niet doorgaan van de koopovereenkomst met Konnect, niet heeft bijgedragen aan de omvang van de schade die de Provincie dient te vergoeden.

2.10 Ter vaststelling van het schadebedrag behoeft het Hof voorlichting door deskundigen. Het zal de zaak naar de rol

verwijzen ten einde partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de persoon en het aantal van de te benoemen deskundigen, de aan hen voor te leggen vragen alsmede de kosten van het deskundigenbericht. Daarbij komt het geraden voor dat dezelfde deskundigen die zullen rapporteren in de zaak tussen Schipshol en NVLS, ook in deze zaak zullen worden benoemd.

2.11 Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

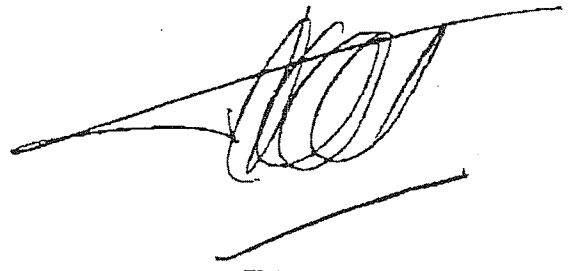
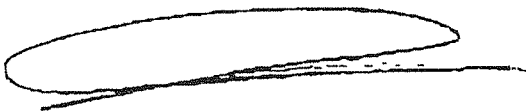
3. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van donderdag 26 januari 2006 voor uitlating door partijen (eerst Chipshol, daarna de Provincie) omtrent hetgeen onder 2.10 is overwogen;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mr. J.H. Huijzer, mr. A. van Haeringen en mr. D.J. Cohen Tervaert en in het openbaar uitgesproken op 15 december 2005.



mr. T.A.C. van Hartingsveldt