

per e-mail
Gemeente Raalte
T.a.v. de heer
Postbus 140
8100 AC RAALTE

Inzake : Gemeente Raalte / De Zegge VII
Behandeld door : mr. W.E.M. Klostermann, advocaat
Telefoon : +31 (0)38 425
Fax : +31 (0)38 425
E-mail :

Datum: 8 januari 2015 Onze referentie: 210554/2015/2391 Uw referentie:

Geachte heer,

Hierbij adviseer ik u over de kansen en mogelijkheden van een eventueel hoger beroep inzake het geschil tussen de Gemeente Raalte en de heer Haarman.

1.
Zoals bekend, is op initiatief van de Gemeente, in de koopovereenkomst die de Gemeente met Haarman gesloten heeft, een aansprakelijkheidsbeperking opgenomen voor bodemverontreiniging. De clausule luidt als volgt:

Elke aansprakelijkheid van de verkoper jegens de koper voor verontreiniging van het verkochte en/of het grondwater wordt uitgesloten, tenzij de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt en met dien verstande dat vervuiling die aantoonbaar tijdens het voortgezet gebruik is veroorzaakt, voor rekening en risico van verkoper komt.

2.
Na de overdracht van het perceel is een naar verhouding zeer groot stortgat ontdekt. Er is komen vast te staan dat dit stortgat ook gebruikt is door derden, zoals bouwbedrijven en een landbouwcoöperatie, om daarin afval te storten, en wel tot aan de openstelling van een gemeentelijke stortplaats. Die stort heeft plaats gevonden tot het begin of zelfs medio, jaren zestig.

3.
De Gemeente heeft in een procedure bij de rechtbank Overijssel de heer Haarman aansprakelijk gesteld, en daarbij samengevat de volgende juridische standpunten ingenomen:

- Gezien de omstandigheden van het geval heeft Haarman geweten van het bestaan van het stortgat, en dit dus verzwegen, als gevolg waarvan hij aansprakelijk is. Als omstandigheden zijn genoemd: het feit dat Haarman op het bedrijf is opgegroeid, samen met zijn vader daar vele decennia

Apeldoorn

Arnhem

Zwolle

Burg. Roelenweg 11
8021 EV Zwolle

Postbus 600
8000 AP Zwolle

tel. 038
fax 038

info@nysingh.nl
www.nysingh.nl

aangesloten bij:
TAGLaw

De Stichting Derdengelden
Nysingh advocaten voert het
beheer over de gelden die
cliënten aan het advocaten-
kantoor hebben toevertrouwd.

bankrelatie van de Stichting:
IBAN NL66 ABNA 0488255953
BIC: ABNANL2A

BTW NL8124.01.207.B01

*Nysingh advocaten-notarissen
N.V. is gevestigd in Apeldoorn
en ingeschreven in het handels-
register onder nr. 08118371.
Alle diensten en (andere) werk-
zaamheden worden verricht
krachtens een overeenkomst van
opdracht, waarop van toepassing
zijn de algemene voorwaarden
gedeponeerd bij de Kamer van
Koophandel te Apeldoorn.
In deze voorwaarden is onder
meer onze aansprakelijkheid
beperkt tot het bedrag waarop
de beroepsaansprakelijkheids-
verzekering in het desbetreffende
geval aanspraak op uitkering geeft.
Deze voorwaarden liggen ter
inzage en worden op verzoek
kosteloos toegezonden en kunnen
worden geraadpleegd op onze
website www.nysingh.nl.*

'geboerd' heeft, en vervolgens voor eigen rekening het bedrijf heeft gevoerd; de onaannemelijkheid / onwaarschijnlijkheid dat de vader van Haarman hierover nooit met Haarman gesproken zou hebben; de omvang en ligging van het stortgat; het feit dat het stortgat bij derden wel bekend was.

- Zou Haarman niet bekend geweest zijn met het stortgat en had hij daarmee ook niet bekend hoeven zijn, dan is er sprake van wederzijdse dwaling. De aansprakelijkheidsbeperking was gericht op verontreinigingen die zich, gelet op de ervaringen daarmee, normaal gesproken op boerenerven kunnen voordoen. Geen van partijen heeft hierbij gedacht aan een stortgat in deze omvang, waar ook derden grote hoeveelheden afval hebben gestort.
- Dat Haarman wel degelijk geweten heeft van het stortgat, blijkt uit het feit dat diep in het stortgat reststukken pvc buis zijn gevonden die blijkens de daarop aanwezige coderingen daarin terecht gekomen zijn in een periode dat Haarman zelf al als volwassen man en ondernemer betrokken was bij de exploitatie.
- De Gemeente heeft gezien de aangeduide omstandigheden ook een omkering van de bewijslast bepleit, alsmede een rechtsvermoeden dat Haarman geweten heeft van het stortgat.

4.

In het kader van de procedure is, mede als uitkomst van gehouden getuigenverhoren, komen vast te staan dat het stortgat tenminste tot aan het begin van de jaren zestig gebruikt is door derden, zoals de coöperatie, voor het storten van afval. Ook is komen vast te staan dat enkele derden op de hoogte waren van het bestaan van het stortgat.

Verder is komen vast te staan dat een reststuk PVC buis diep in het stortgat is aangetroffen.

5.

De rechtbank is in het tussenvonnis van 15 januari 2014 gekomen tot de volgende oordelen:

- De exonerationclausule moet ruim worden uitgelegd omdat die is opgenomen op initiatief van de Gemeente en hierover geen overleg heeft plaats gevonden tussen partijen (r.o. 4.9).

Commentaar: Tegen dit oordeel kan het volgende ingebracht worden. Niet direct begrijpelijk is de gedachte dat de omstandigheid dat niet Haarman deze bepaling heeft bedongen, maar de Gemeente zelf, deze bepaling heeft voorgesteld, een ruime uitleg moet meebrengen. Niet inzichtelijk is immers dat de Gemeente er een belang bij zou hebben om aan de verkoper, die de marktprijs ontvangt voor 'schone grond', op eigen initiatief ook met graagte stortgaten als de onderhavige voor haar rekening zou willen nemen. Aangevoerd is door de Gemeente dat zij deze bepaling ook in andere overeenkomsten hanteerde en dat zij daarmee het oogmerk had om een verkoper te vrijwaren voor onbekend gebleven verontreinigingen zoals die zich op een boerenerv konden voordoen. Dat is dan ook een redelijke uitleg van de bepaling. Dat deze bepaling ook zag op een semipubliek stortgat als het onderhavige, is geen redelijke uitleg. Verontreiniging van het verkochte is iets anders dan: de aanwezigheid van een semipubliek stortgat in het verkochte van veertig meter lang en een forse breedte en diepte. Verder kan tegen het oordeel van de rechtbank ingebracht worden dat Haarman, die ten tijde van de verkoop al (jaren) nauw betrokken was bij het bestuur van de Gemeente, ook geweten heeft of moet hebben dat de Gemeente met de clausule niet een vrijwaring voor een stortgat als het onderhavige beoogd kán hebben. Tenslotte is in dit verband van belang wat de rechtbank zelf overwogen heeft in r.o. 4.18: *Duidelijk is dat de gemeente de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien zij van het stortgat op de hoogte was en dit was voor Haarman ook duidelijk.* Als dit nu zo is, valt slecht te begrijpen dat met de exonerationclausule toch óók beoogd zou zijn om te vrijwaren voor een stortgat als het onderhavige. Waarom moet uit deze vaststelling van de rechtbank niet afgeleid worden dat de exonerationclausule dus juist *niet* zag op een semipubliek stortgat als het onderhavige?

- De clause moet aldus worden uitgelegd dat de aansprakelijkheidsbeperking niet geldt indien Haarman wist van het stortgat, maar ook niet indien Haarman dit had kunnen weten (r.o. 4.12).

Commentaar: Dit oordeel is gunstig voor de Gemeente. Denkbaar is dat Haarman in een hoger beroep tegen dit oordeel zal aanvallen.

- De omstandigheid dat Haarman ter plaatse 50 jaar gewoond heeft is onvoldoende om aan te nemen dat Haarman van het stortgat op de hoogte was (r.o. 4.16).

Commentaar: Tegen dit oordeel is in te brengen dat het gaat om veel meer dan alleen maar 50 jaar ter plaatse *wonen*. Mede van belang is immers dat Haarman reeds als kind heeft meegelopen / meegewerkt op het erf, het erf en het bedrijf vervolgens als jonge man is gaan exploiteren samen met zijn vader en daarna de bedrijfsopvolger is geweest. Hij heeft derhalve decennia lang van dag tot dag een zéér intensief contact gehad met zijn vader, over hún bedrijf. Hoe aannemelijk is het dat hierbij nooit het stortgat van deze omvang, ter sprake gekomen is, als het al sinds de jaren zestig overdekt zou zijn?

- De stukken PVC buis kunnen volgens de rechtbank ook op andere wijze in het stortgat terecht zijn gekomen dan doordat ze daarin gestort zijn. Dat er sprake is van reststukken met zaagranden staat nog niet vast (r.o.4.16).

Commentaar: Dat er sprake was van reststukken met zaagranden is in het kader van foto's en getuigenverhoren komen vast te staan. In theorie heeft de rechtbank gelijk met het oordeel dat de stukken er ook op andere wijze dan door stort in terecht gekomen kunnen zijn. Indien evenwel komt vast te staan dat ze onder in het gat, bij het verwijderen van het afval, tevoorschijn gekomen zijn, wat door een van de getuigen met stelligheid is verklaard, is het de vraag of de rechtbank, in het kader van de bewijswaardering, de stelling van Haarman dat de stukken ook op andere wijze in het gat terecht gekomen kunnen zijn, voor wat betreft de bewijsvoering niet bij hem had moeten leggen, en voorshands tot de slotsom had moeten komen dat Haarman van het stortgat geweten heeft.

- Blijkens r.o. 4.17 ziet de rechtbank geen aanleiding voor omkering van de bewijslast.

Commentaar: De Gemeente heeft voor die omkering de nodige, hiervóór reeds gereleveerde omstandigheden aangevoerd. Het stond de rechtbank procesrechtelijk vermoedelijk vrij om haar oordeel niet nader te motiveren. Bewijswaardering is aan de feitenrechter voorbehouden. De waardering van de rechtbank is zeer streng. Denkbaar en mogelijk is dat de rechter er in hoger beroep anders tegen aankijkt. Zeker is dat niet.

- In r.o. 4.21 verwerpt de rechtbank het beroep van de Gemeente op wederzijdse dwaling. De argumentatie hiervoor is dat de Gemeente ook een beroep op dwaling prijs gegeven heeft door de exoneratieclause. De rechtbank motiveert dit met de 'ruime uitleg' die de rechtbank geeft aan de clause.

Commentaar: Op zichzelf is wel begrijpelijk de gedachte dat een exoneratieclause weinig waard zou zijn voor de verkoper, indien deze via de band van de wederzijdse dwaling toch weer aangesproken zou kunnen worden. Het oordeel van de rechtbank staat of valt in zoverre met de reikwijdte van de clause. Bij de door de rechtbank voorgestane ruime uitleg kan ik de redenering op zichzelf wel volgen. Overigens is daar dan nog wel het volgende tegen in te brengen: Het gaat in de exoneratieclause om *aansprakelijkheid*. Bij wederzijdse dwaling gaat het juist niet om aansprakelijkheid, maar om vernietiging van de overeenkomst wegens wilsgebreken, of ongedaanmaking van het nadeel. Zie artikel 6:230 BW. Als nu de rechtbank de clause *taalkundig* uitlegt, waarom wordt dan voor het beroep op wederzijdse dwaling die taalkundige uitleg ineens verlaten en wordt er gedaan alsof er

ook staat: 'ongedaanmaking van nadeel'? Dat is niet consistent. Verder ten aanzien van de ruime uitleg: Indien aangenomen moet worden dat de clause volgens de partijbedoeling *niet* ertoe strekte om het risico voor onbekende semipublieke stortgaten ook bij de Gemeente te leggen, is het oordeel van de rechtbank onjuist. Zie ook het voorgaande.

- In r.o. 5.1 heeft de rechtbank de Gemeente opgedragen te bewijzen dat Haarman geweten heeft of heeft kunnen weten van het stortgat.

6.

In het kader van de bewijsopdracht hebben vervolgens getuigenverhoren plaats gevonden. Ook zijn nog stukken ingediend. Hierna is door de rechtbank eindvonnis gewezen, op 26 november 2014 eindvonnis gewezen. De rechtbank heeft de Gemeente niet geslaagd geoordeeld in de bewijsopdracht, en daartoe, samengevat, als volgt geoordeeld:

- In r.o. 2.6-2.7 oordeelt de rechtbank op grond van de getuigenverklaringen de rechtbank dat het stortgat in de periode van 1962 – 1966 is afgedekt. Volgens de rechtbank heeft de verklaring van [naam] geen betekenis, omdat die verklaring betrekking heeft op een locatie 'die in het geheel niet overeenkomt met de locatie van het stortgat'. Volgens de rechtbank was Haarman tussen de 2 en 6 jaar oud toen het stortgat werd gedicht, zodat niet vast te stellen is wat hij zich daarvan herinnert.

Commentaar: De locatie die de heer [naam] als getuige heeft aangewezen is bezwaarlijk aan te merken als 'in het geheel niet overeenkomend met'. De aanwijzing is bij benadering wel degelijk de locatie van het stortgat. [naam] heeft daarover met voldoende stelligheid verklaard, ook schriftelijk trouwens. Naar mijn inschatting zijn er in hoger beroep goede argumenten in te brengen tegen deze bewijswaardering van de rechtbank.

- In rechtsoverweging 2.9 oordeelt de rechtbank over de stukken PVC buis. Het oordeel komt er samengevat op neer dat onduidelijk is hoe de buizen in het stortgat gekomen zijn, maar dat hun aanwezigheid daarin onvoldoende is om aan te nemen dat het stortgat na 1966 nog geopend of gebruikt is door Haarman. Volgens de rechtbank is niet aannemelijk dat het stortgat geopend is omdat de beregeningsinstallatie er doorheen liep.

Commentaar: Naar mijn mening is deze redenering niet goed begrijpelijk en kan daarover met redenen geklaagd worden in hoger beroep. Stukken pijp komen niet vanzelf onder in een stortgat terecht, maar alleen door het openen van een stortgat, tenzij ze er in het kader van een sanering ingerold zouden zijn. Dat laatste is echter niet aannemelijk geworden. De redenering van de rechtbank over de doorkruising van het stortgat door de beregeningsinstallatie gaat voorbij aan de omstandigheid dat het stortgat een lengte had van 40 meter. Die redenering is dus niet sluitend.

- In rechtsoverweging 2.10 oordeelt de rechtbank dat de verklaringen van enkele getuigen dat hen bekend was dat er op de locatie van Haarman was gestort niet meebrengt dat Haarman dit ook heeft kunnen weten.

Commentaar: In strikt logische zin is de opvatting van de rechtbank juist. Het is echter opmerkelijk dat Haarman 'zijn' getuigen, die verklaard hebben over het stortgat, in het kader van de onderhavige procedure kennelijk zonder probleem heeft weten te vinden. Was dat dan niet mogelijk geweest voorafgaand aan deze procedure, ten tijden van de verkoop, ter invulling van zijn mededelingsplicht? De rechtbank is hierop niet ingegaan. Mogelijkerwijs komt de rechter in hoger beroep tot een ander oordeel.

7.

In het voorgaande heb ik de belangrijkste oordelen van de rechtbank op een rij gezet, en aangegeven om welke redenen daar anders over gedacht kan worden. De belangrijkste punten van kritiek zijn wat mij betreft: de door de rechtbank gehanteerde ruime uitleg van de

exoneratieclausule en de verwerping van het beroep op wederzijdse dwaling. Daarnaast is er een en ander in te brengen tegen de bewijswaardering.

U wilt ook graag weten hoe ik de kansen van een eventueel hoger beroep inschat.

Zoals u weet, was ik bij aanvang van de zaak vrij optimistisch. Dat optimisme was ingegeven door mijn inschatting dat eigenaar / verkoper van een boerenerf die dat erf, van kinds af aan, ca. 50 jaar bewoond en geëxploiteerd heeft, samen met zijn vader, redelijkerwijs niet onbekend kan zijn met een stortgat daarop van deze omvang, mede in het kader van de bedrijfsopvolging en de zeer intensieve samenwerking die er decennia lang geweest moet zijn tussen vader en zoon. De vondst van twee reststukken buis diep in het stortgat hebben dat optimisme bevestigd. Het feit dat vervolgens gebleken is dat het stortgat semipubliek is geweest, heeft mijn optimisme versterkt.

Intussen past mij bescheidenheid, want de rechtbank heeft desondanks anders geoordeeld. Ik volsta derhalve met het uitspreken van de opvatting dat er aanknopingspunten zijn voor het instellen van hoger beroep en dat het instellen van hoger beroep op basis van de merites van de zaak, mede gezien de nog te maken kosten, naar mijn mening verantwoord is.

Ten aanzien van de te maken kosten merk ik nog op dat er in beginsel sprake zal zijn van één schriftelijke ronde, waarna arrest gewezen zal worden, tenzij een van partijen nog een pleidooi zou willen houden.

Ik hoop u hiermee naar behoren geadviseerd te hebben. Tot nader overleg ben ik graag bereid.

Met vriendelijke groet,


W.E.M. Klustermann