KIENHUIS HOVING
ADVOCATEN EN NOTARISSEN

Gemeente Raalte
t.a.v. de heer .
Postbus 140
8100 AC RAALTE

Per mail:

Enschede, 16 januari 2015

Betreft : Gemeente Raalte/Second Opinion
Ref. : JR/COB 201510037
Telefoon : 053
Fax : 053
E-mail :
Van : mr. , advocaat

Geachte heer Legebeke,

Naar aanleiding van uw verzoek tot afgifte van een second opinion met betrekking tot het procesadvies van mr. W.E.M. Klostermann over de kansen en mogelijkheden van een eventueel hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank Overijssel d.d. 26 november 2014 in het geschil tussen de Gemeente Raalte en de heer Haarman, bericht ik u als volgt.

Een opmerking vooraf is dat het tussenvonnis van 15 januari 2014 in deze kwestie medio 2014 in (onder meer) het tijdschrift Jurisprudentie Milieurecht is gepubliceerd en door mr. H.J. Bos is geannoteerd. Aangezien een aantal voor de kansen in hoger beroep van belang zijnde zaken daarin op een naar mijn mening doeltreffende wijze zijn besproken, heb ik volledigheidshalve een afschrift van deze annotatie als bijlage aan deze second opinion toegevoegd.

Het oordeel van de rechtbank zoals dat is opgenomen in het tussenvonnis en eindvonnis valt uiteen in een aantal deelonderwerpen die hierna ieder afzonderlijk zullen worden behandeld.

I. <u>Uitleg exoneratiebeding</u>

De rechtbank meent in haar tussenvonnis van 15 januari 2014 dat de exoneratieclausule taalkundig moet worden uitgelegd. Als motivatie voert de rechtbank daartoe aan dat de

KVK 08124589 BTW NL8130.02.782.B01 ABN AMRO NL36ABNA0593408179 t.a.v. KienhuisHoving Stichting Derdengelden Advocaten.
Al onze diensten worden verleend op basis van een overeenkomst gesloten met KienhuisHoving N.V. Op deze overeenkomst en op toekomstige overeenkomsten zijn de algemene voorwaarden van KienhuisHoving N.V. van toepassing. Deze algemene voorwaarden zijn gedeponeerd bij de rechtbank Almelo (nr. 4/2005) en staan op de achterzijde van deze brief en op www.kienhuishoving.nl. Wij zenden u op verzoek kosteloos een exemplaar.

Gemeente deze bepaling zelf heeft voorgesteld en dat de bepaling is opgenomen zonder dat partijen daarover hebben onderhandeld.

Dat oordeel is naar mijn mening juist. Het feit dat over een contractsbepaling niet is onderhandeld, noopt tot een beperkte en meer taalkundige uitleg van een dergelijk beding. De bepaling is immers geen vrucht van overleg of debat waaruit een andere of ruimere uitleg kan volgen dan volgt uit de letterlijke tekst. Dat is ook een bestendige lijn in de jurisprudentie over de uitleg van contracten.

Deze conclusie heeft verschillende implicaties.
In de eerste plaats maakt dit de redenering dat de clausule aldus moet 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)'* in hoger beroep mogelijk geen stand houdt indien Haarman dit oordeel in hoger beroep ter discussie zal stellen. Als Haarman daarin al zou slagen, dan betekent dit echter niet dat dit aan een succesvol hoger beroep (lees: een succesvol beroep op dwaling of wederzijdse dwaling) in de weg hoeft te staan.

In de optiek van mr Klostermann brengt een beperktere taalkundige uitleg van het exoneratiebeding verder met zich dat het aangetroffen stortgat niet kan worden gekwalificeerd als *'verontreiniging van het verkochte'* zoals bedoeld in het exoneratiebeding. Dat zou gunstig zijn voor de Gemeente omdat het stortgat dan buiten de reikwijdte van het exoneratiebeding zou vallen.

Die redenering volg ik echter niet. Het begrip *verontreiniging* heeft naar mijn mening zowel taalkundig bezien als in het spraakgebruik, in de wet, literatuur en jurisprudentie op zichzelf genomen een dermate ruime betekenis dat het niet goed verdedigbaar is om te stellen dat het bestaan van een stortgat niet valt onder het begrip *'verontreiniging van het verkochte'*. Vermoedelijk is dat ook wat de rechtbank bedoeld heeft.

II Mogelijkheid beroep op dwaling

Dit deelonderwerp is naar mijn mening het meest essentieel voor de beantwoording van de vraag of het zinvol is om tegen het vonnis van de rechtbank in hoger beroep te gaan. Bij een succesvol beroep op (wederzijdse) dwaling, is het immers niet nodig om te bewijzen dat Haarman wist van het stortgat of daarvan behoorde te weten.

De rechtbank is van mening dat een beroep op dwaling niet mogelijk is. De rechtbank motiveert dit echter de facto met een zeer ruime uitleg van de exoneratieclausule. De clausule moet volgens de rechtbank zodanig ruim worden uitgelegd dat dit aan een beroep op dwaling in de weg staat. In de optiek van de rechtbank heeft de Gemeente het volledige risico voor verontreiniging met de exoneratie op zich genomen.

Deze motivering is naar mijn mening strijdig met het hierboven aangehaalde oordeel van de rechtbank dat de clausule juist taalkundig moet worden uitgelegd. De rechtbank legt de clausule immers juist ruim en niet taalkundig uit. Er staat immers gewoonweg niet dat de Gemeente ieder risico op bodemverontreiniging op zich heeft willen nemen of dat partijen een beroep op dwaling op grond van een later aangetroffen grote verontreiniging hebben willen uitsluiten. Het oordeel van de rechtbank op dit punt is dus onjuist en tegenstrijdig met het oordeel dat de clausule taalkundig zou moeten worden uitgelegd.

Zoals mr H.J. Bos in de bijlage ook terecht aangeeft ziet bij een strikte en taalkundige uitleg van de clausule het begrip 'aansprakelijkheid' op 'schade' en ziet de clausule dus niet op de mogelijkheid om een beroep op dwaling te doen.

Dit biedt naar mijn mening kansen in hoger beroep. Toch past daar gelijk wel een kanttekening. In hoger beroep kan het Hof langs een andere route mogelijk namelijk wel tot dezelfde voor de Gemeente negatieve uitkomst komen. Op grond van artikel 6:228 lid 2 BW kan de vernietiging wegens dwaling namelijk niet worden gegrond op (onder meer) een omstandigheid die in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven. Het Hof zou kunnen oordelen dat het bestaan van de exoneratieclausule (en de blijkbaar daaraan voorafgaand uitgereikte leidraad, waarvan ik de inhoud niet ken) een dergelijke omstandigheid vormt. Gesteld kan immers worden dat de Gemeente gezien de inhoud van de exoneratieclausule vooraf rekening hield met de mogelijkheid dat sprake zou zijn van verontreiniging. Ook dit is naar mijn mening echter geen volledig sluitende redenering. Ook aan de zijde van Haarman doen zich immers wel omstandigheden voor die dit oordeel naar de zijde van de Gemeente zou kunnen doen kantelen.

III <u>Bewijslast en bewijs</u>

Met mr Klostermann acht ik de kans dat het beroep op bewijslastomkering in hoger beroep wél zal slagen gering. Hoewel ik het argument ook aangevoerd had, vindt bewijslastomkering puur op grond van de redelijkheid en billijkheid niet vaak plaats. Rechters zijn voorts terughoudend om iemand op te dragen om te bewijzen dat hij iets niet heeft gedaan, geen beding heeft overtreden of iets niet wist. Hoe kan een persoon immers ooit bewijzen dat hij iets niet wist. Dit zou in de meeste gevallen betekenen dat iemand in een onmogelijke bewijspositie wordt gebracht.

Ten aanzien van het bewijs en de waardering daarvan kan ik niet veel zeggen omdat ik onvoldoende bekend ben met de precieze situatie ter plekke en precieze aard en omvang van het stortgat. De redeneringen van mr Klostermann over de bewijswaardering volg ik echter en zijn in mijn optiek logisch en consistent.

Wat bij de bewijswaardering opvalt, is dat de Gemeente de rechtbank bepaald niet mee lijkt te hebben. Rechters hebben enige vrijheid in het waarderen van bewijs, maar deze vrijheid is niet in het voordeel van de Gemeente benut. Ik had dat vooraf vermoedelijk anders ingeschat. Zelfs indien juist zou zijn dat het stortgat al begin jaren zestig is afgesloten lijkt het op voorhand toch immers voor een ieder wel onaannemelijk dat iemand die ter plekke geboren en getogen is en jaren heeft samengewerkt met degene die het stortgat heeft geëxploiteerd van niets wist. Waar dit voor een rechter wellicht geen reden zou moeten vormen om het getuigenbewijs op een minder objectieve wijze te interpreteren zie ik daar in ieder geval geen reden in om het bewijs juist ten nadele van de Gemeente te interpreteren.

Dit geldt naar mijn mening met name voor de redenering dat de stukken PVC buis naar de mening van de rechtbank ook op een andere manier op 2 meter diepte in het stortgat terecht gekomen kunnen zijn.

Gelet op het voorgaande ben ik het eens met mr Klostermann waar hij stelt dat er aanknopingspunten zijn om in hoger beroep te gaan. Het vonnis van de rechtbank is, zoals volgt uit het voorgaande, immers op meerdere punten onjuist. Let wel: indien het Hof de Gemeente op de genoemde punten in het gelijk stelt, betekent dat niet per definitie dat de uitkomst voor de Gemeente positief zal zijn. Dan nog zijn er hobbels te nemen. Ik sluit mij evenwel desondanks aan bij de conclusie van mr Klostermann dat het instellen van hoger beroep op basis van merites van de zaak en de nog te maken kosten, verantwoord lijkt.

Voor eventuele vragen of een nadere toelichting ben ik vanzelfsprekend beschikbaar.

Met vriendelijke groet,
KienhuisHoving N.V.

J.

JM 2014/70 Exoneratieclausule, Mededelingsplicht, Verzwijgen van informatie, N...

Wetsbepaling(en): Burgerlijk Wetboek Boek 6 BW BOEK 6 Artikel 230, Burgerlijk Wetboek Boek 7 BW BOEK 7 Artikel 17

Ook gepubliceerd in: ECLI:NL:RBOVE:2014:242

Sdu UITGEVERS

Aflevering	2014 afl. 6
Rubriek	Bodem
College	Rechtbank Overijssel
Datum	15 januari 2014
Rolnummer	C-08-139664
Rechter(s)	mr. Lebens-de Mug mr. Clement mr. Willemse
Partijen	Vonnis in de zaak van: Gemeente Raalte, zetelende te Raalte, eiseres, tegen [gedaagde], wonende te [woonplaats], gedaagde. Partijen zullen hierna de gemeente en [gedaagde] genoemd worden.
Noot	*H.J. Bos*
Trefwoorden	Exoneratieclausule, Mededelingsplicht, Verzwijgen van informatie, Non-conformiteit, Wederzijdse dwaling, Bodemverontreiniging
Regelgeving	BW Boek 6 - 230 BW Boek 7 - 17 lid 2

JM 2014/70 Rechtbank Overijssel, 15-01-2014, C-08-139664, ECLI:NL:RBOVE:2014:242
Exoneratieclausule, Mededelingsplicht, Verzwijgen van informatie, Non-conformiteit, Wederzijdse dwaling, Bodemverontreiniging

»Samenvatting

De gemeente Raalte heeft in 2006 een boerderij gekocht van verkoper Haarman. In de overeenkomst is een exoneratieclausule opgenomen waarin – voor zover hier van belang – is bepaald dat na de levering van het verkochte elke aansprakelijkheid van de verkoper voor eventuele verontreiniging in het verkochte wordt utgesloten, tenzij de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt. In 2012, tijdens sloopwerkzaamheden en het bouwrijp maken van de grond, is een groot stortgat ontdekt in het verkochte perceel. Vervolgens is de daarin aanwezige verontreiniging gesaneerd en heeft de gemeente Haarman als verkoper aangesproken. De rechtbank stelt dat, nu over de formulering geen debat heeft plaatsgevonden, groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de woorden. Zowel in de koopovereenkomst als in de leveringsakte wordt de term "verontreiniging" gebezigd, zonder dat die term in de tekst op enigerlei wijze wordt beperkt. Een redelijke taalkundige uitleg brengt daarom met zich dat de term "verontreiniging" ruim moet worden uitgelegd, in die zin dat allerlei soorten verontreiniging, dus ook de onderhavige, daaronder vallen. In de koopovereenkomst en de leveringsakte staat dat geen beroep kan worden gedaan op de exoneratieclausule als "de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt". Het betreft hier de mededelingsplicht van Haarman. Een redelijke taalkundige uitleg brengt met zich dat het verstrekken van onjuiste informatie zich ook kan voordoen indien informatie wordt verstrekt die in strijd is met de

werkelijkheid of indien informatie wordt verzwegen, terwijl de verkoper met die informatie bekend was of bekend had kunnen zijn. De bewijslast dat die informatie bekend was of had kunnen zijn bij Haarman ligt bij de gemeente. Daartoe wordt aan de gemeente een bewijsopdracht gegeven. Voorts heeft de gemeente zich beroepen op wederzijdse dwaling. De rechtbank overweegt dat een exoneratieclausule er in de regel toe strekt aansprakelijkheid voor bepaalde schadeoorzaken uit te sluiten en/of voor een bepaalde mate van verwijtbaarheid uit te sluiten. In casu gaat het om een specifieke, ruim geformuleerde exoneratieclausule voor verontreiniging. Partijen hebben met de exoneratieclausule het risico op verontreiniging binnen de risicosfeer van de gemeente, de dwalende, gebracht. Niets wijst erop dat partijen de werking van de exoneratieclausule hebben willen beperken tot de gevallen van non-conformiteit. Door de gemeente zijn ook geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit blijkt dat partijen iets anders hebben bedoeld. De exoneratieclausule moet dan ook aldus worden uitgelegd dat deze er niet alleen toe strekt om de vordering uit hoofde van non-conformiteit uit te sluiten voor wat betreft verontreiniging maar ook aan een vordering uit dwaling in de weg staat.

beslissing/besluit

»Uitspraak

2 De feiten

2.1. Tussen de gemeente, als koper, en [gedaagde], als verkoper, is d.d. 23 januari 2006 een koopovereenkomst gesloten ter zake van een boerderij met ondergrond gelegen aan de [adres] te Raalte (hierna kortweg te noemen: de onroerende zaak) ten behoeve van de uitbereiding van het bedrijventerrein De Zegge te Raalte, voor een koopprijs van

€ 2.382.375,--. In verband met de verkoopvoorwaarden is van de zijde van de gemeente de notitie d.d. 13 januari 2006 rondgestuurd waarin – voor zover van belang – staat:

"Het risico dat achteraf blijkt dat nog niet ten tijde van de overdracht bekende, in de rapportage gesignaleerde, verontreiniging in het verkochte aanwezig is, welke – gezien het aan beide partijen voorgenomen gebruik van het verkochte – redelijkerwijs niet voor koper aanvaardbaar is, is voor rekening van koper tenzij 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."

2.2. [gedaagde] is geboren en getogen op de verkochte boerderij met ondergrond. [gedaagde] heeft daar vanaf 1981 tot 2012 een agrarisch bedrijf uitgeoefend; eerst met zijn vader en nadien (vanaf 1990) alleen.

2.3. Artikel 10 lid 7 van de koopovereenkomst luidt:

"Na de juridische levering van het verkochte wordt elke aansprakelijkheid voor eventuele verontreiniging als vorenbedoeld van de verkoper jegens de koper uitgesloten, tenzij de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt en met dien verstande dat vervuiling die aantoonbaar tijdens het voorgezet gebruik is veroorzaakt voor rekening en risico van de verkoper komt."

2.4. In opdracht en voor rekening van de gemeente is door Hunneman Milieu-Advies Raalte BV een verkennend bodem- en grondwateronderzoek uitgevoerd d.d. maart 2006 en een nader onderzoek d.d. mei 2006. In verband met de uitkomsten van dit onderzoek zijn partijen aanvullend overeengekomen dat op de oorspronkelijke koopprijs een bedrag van € 17.604,-- in mindering wordt gebracht in verband met saneringswerkzaamheden. Het verkennend bodem- en grondwateronderzoek is gebaseerd op de hypothese van aanwezige verontreiniging op basis van historisch onderzoek en mededelingen van de eigenaar.

2.5. De juridische levering van het verkochte vond plaats op 26 juli 2006. Artikel 2 van de leveringsakte bepaalt – voor zover van belang – het navolgende:

"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 hierna te vermelden voortgezet gebruik is veroorzaakt voor rekening en risico van de verkoper komt."

2.6. Tijdens de sloop / het bouwrijp maken van de grond is een stortgat aangetroffen. In verband hiermee is de sloop op 27 februari 2012 stilgelegd. Door Hunneman Milieu-Advies Raalte BV is onderzoek uitgevoerd d.d. maart 2012 naar de omvang van de verontreiniging. Door DHV is een historisch onderzoek d.d. 16 april 2012 uitgevoerd.

2.7. De sanering is gestart op 2 mei 2012 en afgerond op 15 juni 2012.

2.8. [gedaagde] is van 1 mei 1990 tot 15 november 2004 gemeenteraadslid geweest. In verband met de verkoop is hij in 2004 teruggetreden als raadslid. Op 16 maart 2006 is [gedaagde] weer gemeenteraadslid geworden en op 27 april 2006 is hij wethouder geworden. Ten tijde van de sanering in 2012 was [gedaagde] wethouder milieu. Door [naam 1] is [gedaagde] in zijn hoedanigheid van verkoper op de hoogte gesteld van de aangetroffen vervuiling. Op 10 september 2012 is [gedaagde] afgetreden als wethouder.

2.9. [gedaagde] is bij brief d.d. 10 september 2012 aansprakelijk gesteld door de gemeente.

2.10. Op 5 oktober 2012 heeft er een gesprek plaatsgevonden op het gemeentehuis.

2.11. Royal Haskoning DHV heeft een evaluatierapport d.d. 13 december 2012 uitgebracht. Het rapport vermeldt onder "4.3.4 Datering stort" het navolgende:

"De exacte datum van het ontstaan van de stort kon voorafgaand aan de sanering niet vastgesteld worden. Tijdens de uitvoering van de sanering is men alert geweest op vrijkomende materialen die hier eventueel meer duidelijkheid over konden geven.

Tijdens de sanering zijn een PVC-pijp van WAVIN en een PVC-pijp van Omniplast (tegenwoordig Alphacan) gevonden met enkele coderingen erop. De buizen zijn aan de westzijde van de stort aangetroffen in de laag van 0,75 tot ongeveer 2,0 m-mv. In bijlage 8 zijn enkele foto's van het stortmateriaal en het aangetroffen PVC opgenomen.

Er heeft contact plaatsgevonden met WAVIN over de betekenis van de coderingen, deze zijn als volgt:

-75 x 3,2 :Dit is de diameter met wanddikte.

- 91-01 : - *91-01 :Dit is het machinenummer.*

- 327-78 - *327-78 of 327-79 :Dit betreft de productiedatum: 27 maart 1978 of 1979. Het laatste cijfer is moeilijk te lezen.*

Voor de Omniplast-buis is na contact met Alphacan gebleken dat deze als volgt zijn:

- 110 - *110 x 4,2 :Dit is de diameter met wanddikte.*

- 89-23 : - *89-23 :Dit betreft de productiedatum: week 23 van het jaar 1989.*

Verder zijn er geen materialen aangetroffen welke een verdere datering van het ontstaan van de stort kunnen aangeven.

Hiermee is de datum van het ontstaan van de stort niet vast komen te staan. Wel kan worden gesteld dat minimaal een deel van het stort na 1978 en/of 1989 is ontstaan dan wel is aangevuld. Het is niet uitgesloten dat ook een deel voor 1978 is ontstaan."

3 Het geschil

3.1. De gemeente vordert bij – uitvoerbaar bij voorraad verklaard – vonnis veroordeling van [gedaagde] om aan de gemeente te betalen bedrag van € 198.767,16 ter zake van onderzoeks- en saneringskosten, vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 1 april 2013, etc.....

4 De beoordeling

4.2. Aan haar vordering legt de gemeente non-conformiteit en dwaling ten grondslag. Hoewel uit de inhoud van "de aantekeningen ter comparitie" lijkt te volgen dat de gemeente ook schending van de mededelingsplicht door [gedaagde] aan haar vordering ten grondslag legt, beschouwt de rechtbank dit niet als een afzonderlijke zelfstandige grondslag maar als een nadere (feitelijke) invulling van de twee eerder genoemde grondslagen.

4.3. Ter nadere onderbouwing heeft de gemeente, kort weergegeven, het navolgende aangevoerd. Er is sprake van non-conformiteit omdat [gedaagde] een mededelingsplicht heeft geschonden. Schending van de mededelingsplicht sluit een beroep door [gedaagde] op de exoneratieclausule uit. De bewijslast rust op de gemeente maar in de gegeven situatie dient de bewijslast te worden omgedraaid althans dient van een bewijsvermoeden te worden uitgegaan. Voor het geval ook [gedaagde] niet op de hoogte was van de aanwezigheid van het stortgat beroept de gemeente zich op wederzijdse dwaling. De exoneratieclausule staat niet aan een beroep op wederzijdse dwaling in de weg, gelet op Hoge Raad 6 december 2002, LJN: AE9254.

4.4. Het verweer van [gedaagde] komt er – in de kern – op neer dat hij niet wist dat er een stortgat was en dat zowel het beroep op non-conformiteit als op dwaling afstuit op de exoneratieclausule.

4.5. De rechtbank oordeelt als volgt. Vast staat dat er sprake is van verontreiniging (een stortgat) van de onroerende zaak. De vraag is of dit ook leidt tot aansprakelijkheid van [gedaagde]. Voor het kunnen aannemen van aansprakelijkheid van [gedaagde] wegens non-conformiteit is nodig dat er sprake is van een toerekenbare tekortkoming van [gedaagde].

4.6. Met een beroep op de exoneratieclausule stelt [gedaagde] zich op het standpunt dat hij niet aansprakelijk is. Gelet op de tekst van de exoneratieclausule ligt het risico van verontreiniging inderdaad bij de gemeente. In zoverre heeft [gedaagde] het gelijk aan zijn zijde. Dit zou evenwel anders kunnen zijn (1) als de exoneratieclausule niet ziet op een verontreiniging als de onderhavige en (2) als [gedaagde] een mededelingsplicht heeft geschonden, zoals de gemeente aanvoert. Voorts is het beroep op de exoneratieclausule in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aldus de gemeente.

4.7. Het eerste verweer van de gemeente (1) ziet op de uitleg van de exoneratieclausule. De gemeente heeft in dat kader aangevoerd dat de exoneratieclausule is opgenomen om discussie omtrent verontreiniging die normaal gesproken op een boerenerf verwacht zou kunnen worden te voorkomen en niet om de aansprakelijkheid van ongebruikelijke verontreiniging, als de onderhavige, uit te sluiten. De door de gemeente voorgestane uitleg wordt door [gedaagde] betwist. Gekeken dient te worden naar de tekst van de exoneratieclausule en daaruit volgt geen beperking, aldus [gedaagde].

4.8. Wat betreft de uitleg van onderhavige bepaling staat voorop dat het voor het antwoord op de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, waarbij van belang kan zijn tot welke maatschappelijk kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht; vgl. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex). Daarbij zijn telkens van beslissende betekenis alle concrete omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Dit betekent onder meer dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift echter vaak wel van groot belang (vgl. HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493). Voor een taalkundige/grammaticale uitleg bestaat eerder aanleiding indien het een zuiver commerciële transactie betreft tussen professionele partijen (HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 en HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576).

4.9. Vast staat dat de exoneratieclausule op instigatie van de gemeente (verwezen zij naar de notitie d.d. 13 januari 2006, r.o. 2.1.), zonder dat over de inhoud daarvan overleg heeft plaatsgevonden, in de overeenkomst is opgenomen. Nu over de formulering geen debat heeft plaatsgevonden komt er naar het oordeel van de rechtbank groot gewicht toe aan de taalkundige betekenis van de woorden. Zowel in de koopovereenkomst als in de leveringsakte wordt de term "verontreiniging" gebezigd, zonder dat die term in de tekst op enigerlei wijze wordt beperkt. Een redelijke taalkundige uitleg brengt naar het (voorshandse) oordeel van de rechtbank daarom met zich dat de term "verontreiniging" ruim moet worden uitgelegd in die zin dat allerlei soorten verontreiniging, dus ook de onderhavige, daaronder vallen. Door de gemeente zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd die meebrengen dat een beperktere betekenis, zoals door de gemeente bepleit, aan het woord verontreiniging gegeven dient te worden. De gemeente heeft ook niet nader geconcretiseerd op grond van welke feiten of omstandigheden voor [gedaagde] duidelijk moest zijn dat de gemeente de verontreiniging wilde beperken tot gebruikelijke verontreiniging. De notitie van de gemeente kan haar in ieder geval niet baten nu in de notitie weliswaar de grens wordt getrokken bij onbekende verontreiniging maar de aard van de verontreiniging verder niet wordt ingekaderd. De door de gemeente verdedigde uitleg in dier voege dat de term "verontreiniging" beperkt moet worden uitgelegd, wordt gelet op het vorenstaande als onvoldoende onderbouwd door de rechtbank verworpen. Aan bewijslevering door de gemeente wordt dan ook niet toegekomen. Dit leidt tot de conclusie dat de exoneratieclausule ruim moet worden uitgelegd en ook de onderhavige verontreiniging bestrijkt.

4.10. Rest de vraag of het beroep van [gedaagde] op de exoneratieclausule gepasseerd dient te worden omdat [gedaagde] (2) zijn mededelingsplicht heeft geschonden. Beide partijen hebben hun betoog met argumenten ondersteund en in dat kader zijn diverse stukken en verklaringen overgelegd. De rechtbank zal thans de vraag, of [gedaagde] wist dat er een stortgat was, aan een verdere beoordeling onderwerpen, waarbij ze de door partijen overgelegde stukken zal waarderen.

4.11. [gedaagde] stelt zich op het standpunt dat slechts sprake is van schending van de mededelingsplicht indien hij het bestaan van het stortgat daadwerkelijk kende. [gedaagde] baseert zich hierbij op de letterlijke tekst van de exoneratieclausule. De gemeente stelt zich echter op het standpunt dat er sprake is van schending van de mededelingsplicht van [gedaagde] als hij het bestaan van het stortgat kende maar ook indien hij het bestaan van het stortgat vermoedde (punt 11 van de dagvaarding). De gemeente gaat derhalve uit van een ruimere mededelingsplicht.

4.12. In r.o. 4.9. heeft de rechtbank reeds overwogen dat gelet op de wijze van totstandkoming van de exoneratieclausule veel waarde dient te worden gehecht aan de letterlijke tekst van de exoneratieclausule. In de koopovereenkomst en de leveringsakte staat dat geen beroep kan worden gedaan op de exoneratieclausule als *"de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt"*. Het betreft hier de mededelingsplicht van [gedaagde]. Een redelijke taalkundige uitleg brengt met zich dat het verstrekken van onjuiste informatie zich ook kan voordoen indien informatie wordt verstrekt die in strijd is met de werkelijkheid of indien informatie wordt verzwegen, terwijl de verkoper met die informatie bekend was of bekend had kunnen zijn. Een al te lichtvaardig beroep op onwetendheid van [gedaagde] moet worden voorkomen. De zinsnede is ook ruim geformuleerd, in die zin dat het gaat om onjuiste informatie in het algemeen. Gelet op het vorenstaande gaat de rechtbank uit van de door de gemeente voorgestane ruime uitleg, in dier voege dat op [gedaagde] een mededelingsplicht rustte ingeval hij van het bestaan van het stortgat wist maar ook indien hij het bestaan van het stortgat had kunnen weten. Door [gedaagde] zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd die de door hem voorgestane beperkte uitleg ondersteunen en zijn uitleg wordt dan ook als onvoldoende onderbouwd verworpen.

4.13. Nu de reikwijdte van de mededelingsplicht vast staat komt de rechtbank toe aan de eigenlijke vraag of [gedaagde] zijn mededelingsplicht heeft geschonden.

4.14. De gemeente stelt zich op het standpunt dat [gedaagde] van het bestaan van het stortgat wist althans het bestaan daarvan had kunnen weten en voert hiertoe – kort gezegd – de navolgende feiten en omstandigheden aan:

- [gedaagde] heeft 50 jaar ter plaatse gewoond en gewerkt, als boerenzoon en als ondernemer.

- [gedaagde] is niet ter plaatse gaan kijken toen de vervuiling bekend werd maar heeft slechts ontkend iets van het stortgat te weten.

- Het stortgat werd nog gebruikt toen [gedaagde] op de boerderij werkte, verwezen wordt naar de verklaring van de heer [naam 2] d.d. 18 maart 2013 en naar het rapport van DHV waaruit de datering van het stortgat op basis van twee PVC-buizen blijkt.

- De PVC-buizen zijn niet kapot getrokken maar recht afgezaagd, verwezen wordt naar de verklaringen van [naam 3] d.d. 21 januari 2013, [naam 4] d.d. 21 januari 2013 en [naam 5] d.d. 24 januari 2013.

- De beregeningsinstallatie lag op 70 a 80 cm ter hoogte van het stortgat en was al voor de sanering van het stortgat verwijderd.

4.15. [gedaagde] heeft met kracht van argumenten betwist dat hij ten tijde van de verkoop van het bestaan van het stortgat wist. [gedaagde] heeft de navolgende argumenten aangevoerd.

Op de luchtfoto's is niets te zien.

Er is in de loop van de jaren diverse malen bijgebouwd en toen is er nooit iets – ook niet door de gemeente – geconstateerd.

De looproute van de koeien was over het stortgat, zodat het niet logisch was daar een open stortgat te hebben.

Het stortgat is in de jaren 1962/1963 al afgedekt met een dikke laag grond en [gedaagde] heeft het stortgat dan ook nooit gezien, verwezen wordt naar de verklaring van [naam 6] d.d. 13 februari 2013 en de verklaring van [naam 7] d.d. 9 december 2012.

Het storten van huisvuil door de gemeente bij boeren is eind jaren 50 van de vorige eeuw gestopt, verwezen wordt naar de verklaring van [naam 8] d.d. 27 februari 2013.

De pvc-buis is afkomstig van de beregeningsinstallatie die in 1989 is aangelegd in de bovenlaag. Tijdens de aanleg daarvan is het stortgat niet geconstateerd.

4.16. Het enkele feit dat [gedaagde] 50 jaar ter plaatse heeft gewoond is onvoldoende om aan te nemen dat [gedaagde] van het bestaan van het stortgat wist. Dat is slechts speculeren. In het kader van de vraag of [gedaagde] van het bestaan van het stortgat wist is veeleer van belang wanneer het stortgat in gebruik was. Daarvoor beroept de gemeente zich op de aangetroffen pvc-buizen. Partijen lijken het er over eens te zijn

dat het stuk pvc-buis uit 1989 afkomstig is van de destijds aangelegde beregeningsinstallatie. Volgens de gemeente betreft het stuk pvc-buis een reststuk dat in het stortgat is gedumpt, terwijl [gedaagde] van mening is dat het stuk pvc-buis daadwerkelijk onderdeel uitmaakte van de beregeningsinstallatie. Er is ook nog een pvc-buis uit 1978 of 1979. Deze pvc-buis is afkomstig van de hemelwaterafvoer, aldus [gedaagde], en bij gebrek aan wetenschap wordt betwist dat dit stuk pvc-buis uit het stortgat komt. Dat de stukken pvc-buis in het stortgat zijn aangetroffen wil volgens de rechtbank nog niet zeggen dat ze daar destijds ook als afval in zijn gedumpt. Niet valt uit te sluiten dat de stukken pvc-buis op een of andere manier tijdens de sanering in het stortgat terecht zijn gekomen, zoals [gedaagde] stelt. De foto's geven in dit kader ook geen uitsluitsel over de vraag of de uiteinden van de pvc-buizen zaagranden of kapotgetrokken randen bevatten. Ook brengt naar het oordeel van de rechtbank het feit dat de beregeningsinstallatie het stortgat kruist niet zonder meer met zich dat [gedaagde] van het bestaan van het stortgat wist. Het stortgat lag veel dieper dan de beregeningsinstallatie en het is voorstelbaar dat men bij de aanleg daarvan niet op het stortgat is gestuit. Door de gemeente is een getuigenverklaring overgelegd van een getuige die verklaart dat er een groot stortgat was toen [gedaagde] al volwassen was, doch hier staan de door [gedaagde] overgelegde getuigenverklaringen tegenover waarin staat dat het stortgat dicht ging in de periode dat [gedaagde] werd geboren.

4.17. Vooropgesteld zij dat op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv op de gemeente de bewijslast rust van haar stelling dat [gedaagde] van het bestaan van het stortgat wist of had kunnen weten. De rechtbank is van oordeel dat de door partijen overgelegde stukken geen uitsluitsel geven over de vraag die partijen verdeeld houdt, zodat bewijslevering aan de orde is. Voor een omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid, zoals door de gemeente bepleit, ziet de rechtbank geen aanleiding.

4.18. Alvorens bewijslevering op te dragen zal de rechtbank – uit proceseconomische overwegingen – het beroep van de gemeente op wederzijdse dwaling ex artikel 6:228 lid 1 onder c BW beoordelen. Indien het beroep op wederzijdse dwaling slaagt, kan bewijslevering in het kader van het beroep op non-conformiteit immers achterwege blijven nu dit beroep is gegrond op de stelling dat ook [gedaagde] niet bekend was met het bestaan van het stortgat.

4.19. Duidelijk is dat de gemeente de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien zij van het stortgat op de hoogte was en dit was voor [gedaagde] ook duidelijk. [gedaagde] heeft ter comparitie verklaard dat hij als het stortgat bij het bodemonderzoek was ontdekt een regeling met de gemeente had getroffen. [gedaagde] heeft echter aangevoerd dat het exoneratiebeding ook het beroep van de gemeente op wederzijdse dwaling blokkeert. Met andere woorden: de exoneratieclausule is een omstandigheid die meebrengt dat de dwaling voor rekening van de gemeente dient te blijven, aldus [gedaagde].

4.20. De rechtbank kan de gemeente in haar beroep op Hoge Raad 6 december 2002, LJN: AE9254 niet volgen. De Hoge Raad komt aan de beantwoording van de vraag of een exoneratieclausule een beroep op dwaling uitsluit niet toe (in cassatie gaat het slechts om de vraag of er sprake is van wederzijdse dwaling) en het betreffende hof heeft weliswaar geoordeeld dat het exoneratiebeding niet kan worden ingeroepen ter afwering van de vordering tot aanpassing van de overeenkomst, maar dit oordeel is gebaseerd op het feit dat de wijzigingsmogelijkheid ten tijde van het tot stand komen van het betreffende exoneratiebeding nog niet bestond en niet aannemelijk was dat partijen met dit beding beoogden deze wijzigingsmogelijkheid uit te sluiten.

4.21. De rechtbank oordeelt als volgt. Een beroep op dwaling kan rechtsgeldig worden uitgesloten. Of partijen dit hebben beoogd met de exoneratieclausule is een kwestie van uitleg, welke dient plaats te vinden aan de hand van de Haviltex-formule (zie r.o. 4.8.). Zoals reeds overwogen is de exoneratieclausule geen onderwerp van debat geweest tussen partijen waardoor een taalkundige uitleg voor de hand ligt. Een exoneratieclausule strekt er in de regel toe aansprakelijkheid voor bepaalde schadeoorzaken uit te sluiten en of voor bepaalde maten van verwijtbaarheid uit te sluiten. In casus gaat het om een specifieke ruim geformuleerde (zie r.o. 4.9.) exoneratieclausule voor verontreiniging. Partijen hebben met de exoneratieclausule het risico op verontreiniging binnen de risicosfeer van de gemeente, de dwalende, gebracht. Niets wijst erop dat partijen de werking van de exoneratieclausule hebben willen beperken tot de gevallen van non-conformiteit. Door de gemeente zijn ook geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit blijkt dat partijen iets anders hebben bedoeld. De exoneratieclausule moet dan ook aldus worden uitgelegd dat deze er niet alleen toe strekt om de vordering uit hoofde van non-conformiteit uit te sluiten voor wat betreft verontreiniging maar ook aan een vordering uit dwaling in de weg staat. Gelet hierop slaagt het verweer van [gedaagde] en faalt het beroep op wederzijdse dwaling van de gemeente. De rechtbank voegt hieraan toe dat het beroep van [gedaagde] op de exoneratieclausule in het kader van de wederzijdse dwaling ook niet onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het door

de gemeente ter onderbouwing aangevoerde argument dat er sprake is van een ernstige gebrekkigheid die in beginsel tot het eigenaarsrisico van [gedaagde] behoort, kan een dergelijk oordeel niet dragen aangezien partijen dit risico nu juist uitdrukkelijk bij de gemeente hebben neergelegd.

4.22. Nu het beroep van de gemeente op wederzijdse dwaling niet slaagt, zal de rechtbank de gemeente toelaten tot bewijslevering van feiten en/of omstandigheden waaruit volgt dat [gedaagde] ten tijde van de verkoop van de onroerende zaak van het bestaan van het stortgat wist of had kunnen weten.

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. draagt de gemeente op te bewijzen dat [gedaagde] ten tijde van de verkoop van de onroerende zaak van het bestaan van het stortgat wist of had kunnen weten,

5.7. houdt iedere verdere beslissing aan.

»Annotatie

In de publicatie van deze uitspraak op rechtspraak.nl zijn de gegevens keurig geanonimiseerd. Wie evenwel op google de trefwoorden "verkoop vervuild perceel Raalte" intikt, treft al snel een serie artikelen uit de plaatselijke pers aan die over deze zaak zijn gepubliceerd. Daaruit blijkt dat het hier ging om een vervuiling in de grond op het terrein aan de Heesweg 44 te Raalte. De gemeente had dat terrein – gelegen bij een boerderij van eerst gemeenteraadslid, later wethouder, Haarman – aangekocht met het doel om ter plaatse een bedrijventerrein aan te leggen. Op het moment dat de boerderij werd gekocht was Haarman raadslid. Dat was in 2006. De verontreiniging werd rond begin 2012 ontdekt. Toen waren reeds werkzaamheden voor het slopen van de opstallen en het bouwrijp maken van de grond gaande. Vervolgens heeft een sanering plaatsgevonden. Haarman is in verband met deze affaire afgetreden als wethouder. Op deze wijze kon hij zich beter verdedigen tegen de vordering van de gemeente, volgens de lokale pers. Uit de berichtgeving blijkt (verder) nog dat er schikkingsonderhandelingen zijn geweest, maar die zijn mislukt. Kortom, ter plaatse was dit nog wel een "hele kwestie ". Beide partijen lopen hier risico op (imago)schade, op dit moment vooral de gemeente – lijkt het – aangezien Haarman al is afgetreden als wethouder (hoewel voorstelbaar is dat hij graag "genoegdoening" zou willen hebben). Zou de gemeente in deze kwestie in het ongelijk worden gesteld, dan zal het laatste woord over deze kwestie nog niet zijn gezegd, kan ik mij – voorzichtig uitgedrukt – voorstellen. Of deze zaak – bewijstechnisch – heel sterk is voor de gemeente, kan worden afgevraagd. Aan de gemeente is opgedragen om te bewijzen dat Haarman ten tijde van de verkoop van zijn boerderij wist of had kunnen weten van de aanwezigheid van het stortgat op zijn perceel. De getuigenverklaringen die zijn afgelegd spreken elkaar op dat punt tegen, zo blijkt uit de uitspraak. Het kan dus nog lastig worden voor de gemeente om aan te tonen dat Haarman ten tijde van de verkoop weet had of had kunnen weten van het stortgat. Dat zal – kan ik mij voorstellen – voor een deel technisch bewijs moeten zijn, voor zover dat kan worden geleverd. Wellicht zijn er nog meer getuigen te vinden die wél in gunstige zin voor de gemeente zouden kunnen verklaren (volgens de lokale pers zijn die er niet). Het is afwachten uiteraard. In deze kwestie had de gemeente het zich niet gemakkelijk gemaakt door de bepaling in de koopovereenkomst dat elke aansprakelijkheid van de verkoper jegens de koper voor verontreiniging et cetera werd uitgesloten, tenzij de verkoper onjuiste informatie had verstrekt. Nu zou – bij letterlijke lezing van deze bepaling – de conclusie kunnen worden getrokken dat het hier moet gaan om het actief doen van onjuiste mededelingen. Zeg maar, de onwaarheid spreken (de term "liegen" lijkt hier niet zonder meer op z'n plaats omdat onware mededelingen ook onbewust kunnen worden gedaan). De rechtbank legt dit vrij ruim uit door onder het doen van onjuiste mededelingen ook het verzwijgen van relevante informatie omtrent de vervuiling te verstaan. Daarover zou je nog kunnen discussiëren. Als het de bedoeling was geweest om de exoneratie ook in dergelijke gevallen niet van toepassing te laten zijn, waarom dat dan niet gewoon opgeschreven in het contract? Anderzijds, onder schending van de mededelingsplicht wordt in de jurisprudentie in het algemeen ook het verzwijgen van informatie begrepen. Zie voor een recent en tamelijk kras voorbeeld: HR 14 februari 2014, ECLI:NL: HR: 2014:321; JBO2014/69. In die zaak betrof het (eveneens) de verkoop van een boerderij. In 1980 was daar puin gestort ten behoeve van een terreinverharding. In 1994 is de boerderij verkocht aan de koper, tevens eiser in die zaak. Deze heeft op zijn beurt de boerderij in 2006 verkocht aan het Bureau Beheer Landbouwgronden en in het kader van die verkoop is de verontreiniging ontdekt, waarna de eiser (de erfgenamen van) de oorspronkelijke verkoper aansprak. De verkoper werd uiteindelijk aansprakelijk bevonden voor de verontreiniging omdat hij – ten tijde van de verkoop in 1994 – wist of had kunnen weten

dat het bedrijf dat het puin in 1980 had geleverd een slechte reputatie had op milieugebied, zodat hij in 1994 rekening had moeten houden met de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het perceel en dat had moeten melden aan zijn koper. Het exoneratiebeding in de onderhavige kwestie ziet op een uitsluiting van aansprakelijkheid. Aansprakelijkheid ziet op schade wegens een (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. De toerekenbare tekortkoming bij koopovereenkomsten vloeit (in het algemeen) voort uit non conformiteit (art. 7: 17 lid 2 BW). In het geval van dwaling is de overeenkomst vernietigbaar; in plaats van de vernietiging uit te spreken kan de overeenkomst worden gewijzigd ter opheffing van het nadeel dat de dwalende partij heeft geleden (art. 6: 230 BW). Vernieting van de overeenkomst heeft terugwerkende kracht, hetgeen (in beginsel) betekent dat verrichte rechtshandelingen ongedaan moeten worden gemaakt (art. 3: 53 BW). Zij het dat de rechter op vordering van een van de partijen aan de vernietiging haar werking kan ontzeggen. Dergelijke verplichtingen, ongedaanmakingsverplichting c.q. opheffing van het nadeel, zien niet op aansprakelijkheid en schadevergoeding. Dat brengt mee zich mee dat – bij een vrij strikte lezing en interpretatie van het beding – aan de gemeente moet worden toegegegeven dat de exoneratie *niet* ziet op de gevolgen van vernietiging c.q. wijziging ter opheffing van het nadeel. De rechtbank overweegt in r.o. 4.9 dat grote betekenis moet worden gehecht aan de taalkundige betekenis van het exoneratiebeding, nu hierover niet is onderhandeld (en – kan daaraan worden toegevoegd – het hier een vrij "zakelijke" transactie betrof). Maar juist dat pleit dan voor een strikte interpretatie zoals hier aangegeven. In zijn taalkundige betekenis ziet het woord "aansprakelijkheid" op "schade". En we spreken – zoals gezegd – in het geval van dwaling et cetera niet over aansprakelijkheid voor schade. Indien partijen hadden beoogd om (tevens de mogelijkheid) tot vernietiging (c.q. wijziging van de overeenkomst) wegens dwaling uit te sluiten, dan hadden ze dat moeten opschrijven. Dergelijke uitsluitingsbedingen zijn niet ongebruikelijk. Daartegenover kan dan weer worden opgemerkt dat de gemeente - blijkens de notitie van 13 januari 2006 die zij had rondgestuurd - uitdrukkelijk het risico van bodemverontreiniging in het verkochte , tenzij (onder andere) de verkoper daarover onjuiste informatie had verstrekt, voor haar rekening wilde nemen. Hoewel deze formulering niet in de koopovereenkomst terecht is gekomen, zou daaruit mogelijk kunnen worden afgeleid dat het de bedoeling van partijen is geweest dat de gemeente alle risico's terzake van bodemverontreiniging tenzij – dus ook het risico dat zij over de aanwezigheid en omvang daarvan zou hebben gedwaald – op zich had genomen. Het arrest van de Hoge Raad van 6 december 2002, waarnaar in deze zaak wordt verwezen, is destijds gepubliceerd in «JM» 2003/49. In die zaak had het hof Arnhem inderdaad overwogen – zoals de rechtbank aangeeft – dat tegen de vordering tot aanpassing van de overeenkomst het exoneratiebeding niet kon worden ingeroepen omdat – op het moment dat het beding tot stand kwam – genoemde wijzigingsmogelijkheid (nog) niet bestond. De Hoge Raad is hier verder niet op ingegaan. Wat hiervan zij, a contrario zou uit de redenering van het hof Arnhem de conclusie kunnen worden getrokken dat het exoneratiebeding wél met succes kon worden ingeroepen indien op het moment dat dat werd overeengekomen de wijzigingsmogelijkheid ex art. 6: 230 BW al bestond. Wat hiervan zij, indien het zo zou zijn dat de exoneratie niet ziet op – in dit geval – wijziging van de overeenkomst in verband met wederzijdse dwaling, dan zou de kwestie er aanmerkelijk rooskleuriger uitzien voor de gemeente dan nu het geval lijkt te zijn. Want Haarman heeft in de procedure gesteld dat als hij bij verkoop zou hebben geweten van de stortput, ook hij daarover een regeling zou hebben getroffen met de gemeente. Dat de gemeente een andere overeenkomst zou hebben gesloten ligt voor de hand. Indien met succes een beroep wordt gedaan op wederzijdse dwaling kan dit resulteren in een verdeling van het nadeel tusen partijen; beide partijen hebben immers "een fout"gemaakt. In een geval als het onderhavige, zou dit kunnen leiden tot een verdeling van de (extra) saneringskosten tussen partijen. Zie in dit verband HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 en voorts HR 18 januari 2002, NJ 2002, 106.

H.J. Bos,