

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
zittingsplaats Leeuwarden
Pleidooi d.d. 3 december 2015 om 10.30 uur
nr. 200.165.927/01

PLEITNOTA

inzake

Gemeente Raalte
zetelende Raalte

appellante, tevens voorwaardelijk incidenteel
geïntimeerde

advocaat: mr. W.E.M. Klostermann

tegen

B. Haarman
wonende te Heino

geïntimeerde, tevens voorwaardelijk incidenteel
appellante

advocaat: mr. J.T.A.M. van Mierlo

Edelgrootachtbaar College,

1. Inleiding

De Gemeente Raalte wil van dit pleidooi gebruik maken om u nog te informeren over het volgende.

- De Gemeente wil een reactie te geven op het nieuwe verweer van Haarman dat de overeengekomen exoneration kwalificeert als een vaststellingsovereenkomst.
- De Gemeente wil graag enige woorden wijden aan de verhouding tussen de grondslag van de non-conformiteit en de grondslag van de wederzijdse dwaling.
- De Gemeente wil tenslotte nog enkele opmerkingen maken over de bewijswaardering.

2. Een vaststellingsovereenkomst?

Haarman heeft in de memorie van antwoord onder 2.9 opgeworpen dat de in de koopovereenkomst opgenomen aansprakelijkheidsbeperking voor bodemverontreiniging kwalificeert als een vaststellingsovereenkomst. Haarman verbindt daaraan de conclusie dat een beroep op dwaling niet mogelijk is.

Naar de opvatting van de Gemeente is dat betoog onjuist. Ik zet graag de redenen hiervoor uiteen.

2.1

Een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW is een overeenkomst die wordt aangegaan met het oog op het beëindigen of voorkomen van een onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen partijen geldt.

Ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst tussen Haarman en de Gemeente bestond echter geen geschil dat beëindigd moest worden. Er 'gold' vóór sluiten van de overeenkomst rechtens überhaupt nog niets tussen partijen. Pas met het sluiten van de koopovereenkomst kwamen partijen in een rechtsbetrekking tot elkaar te staan. Een onzekerheid of geschil werd echter ook daarmee niet in het leven geroepen. Het is eigenlijk vrij eenvoudig. Een koopovereenkomst brengt voor partijen verbintenissen met zich mee. Partijen kunnen de aard en omvang van die verbintenissen vrijelijk regelen met elkaar binnen de kaders van het dwingend recht. In een koopovereenkomst kan de leveringsplicht van de verkoper nader bepaald worden. Moet hij schoon leveren, of mag hij onder bepaalde voorwaarden toch 'verontreinigd' leveren zonder tekort te schieten? Door hierover afspraken te maken bij het aangaan van een koopovereenkomst sluiten partijen een *koopovereenkomst* en geen vaststellingsovereenkomst.

2.2

Laten we een nadere blik werpen op de exoneration. Heeft deze nu in essentie tot doel om geschillen of onzekerheden te voorkomen?

De Gemeente ziet dat niet. Doel is een zekere verschuiving van de commune aansprakelijkheid van de verkoper voor non-conformiteit uit hoofde van bodemverontreiniging in de richting van een 'nee tenzij', dit alles overigens binnen het Haviltex-kader. Dit is niet meer of anders dan een nadere bepaling, bij het aangaan van de koopovereenkomst, van de door de verkoper te leveren prestatie.

Door contractanten te leveren prestaties worden voortdurend in allerlei opzichten bepaald en gespecificeerd in de door hen gesloten overeenkomsten. En in zeer vele contracten worden aansprakelijkheidsregelingen opgenomen, bijvoorbeeld ook garanties. De rechtsopvatting van Haarman over de vaststellingsovereenkomst zou meebrengen dat nagenoeg elke primaire overeenkomst tevens een vaststellingsovereenkomst is. Dat lijkt niet aanvaardbaar. Voor een vaststellingsovereenkomst is afhankelijkheid nodig van een buiten de vaststellingsovereenkomst gelegen rechtsbetrekking. Aan die eis is niet voldaan indien het beding in wezen de leveringsplicht van de verkoper bepaalt.

Geen van partijen heeft, tot aan de memorie van antwoord, ooit eraan gedacht dat er sprake was van een vaststellingsovereenkomst. De wederzijdse wilsverklaringen bij het aangaan van de koopovereenkomst zijn daarop nimmer gericht geweest.

Hier komt nog bij dat de exoneratione naar zijn aard niet gericht is op het voorkomen van toekomstige onzekerheid.

Zie in dit verband ook: H.B. Krans, *Schadefixaties, zuivere boetebedingen en exonerationen als vaststellingsovereenkomst*, RM Themis 1998, p. 131 e.v., met name paragraaf 8.

2.5

Van belang is verder dat het beroep van de Gemeente op wederzijdse dwaling niet zo zeer ziet op de exoneratione (de aansprakelijkheidsregeling) als wel op de aanwezigheid van het stortgat. Geen van partijen is bedacht geweest op de gebleken aanwezigheid van een enorm semipubliek stortgat, en in confesso is dat beide partijen een *andere* koopovereenkomst gesloten zouden hebben als zij hiervan wel geweten hadden. Het gaat bij het beroep op dwaling dus niet om een *tekortkoming* aan de zijde van Haarman, en derhalve in zoverre ook niet om het exonerationebeding.

Dit alles brengt mee dat de beperkingen die gelden ten aanzien een beroep op dwaling bij een vaststellingsovereenkomst, ook in zoverre hier niet van toepassing zijn.

Overigens is ook onjuist dat een beroep op dwaling bij een vaststellingsovereenkomst ten principale niet mogelijk is. Zie hiertoe: Hoge Raad 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3129. Zie ook TC Vermogensrecht, commentaar bij artikel 7:900 BW onder e.

2.6

De Gemeente concludeert op grond van het voorgaande dat, anders dan Haarman betoogt, het beroep van de Gemeente op wederzijdse dwaling niet geblokkeerd wordt door het exonerationebeding door daarin een vaststellingsovereenkomst te lezen.

3. Non-conformiteit en dwaling

3.1

Het in deze procedure door de Gemeente ingenomen standpunt over de grondslag van haar vordering is tweeledig:

- Enerzijds vindt de Gemeente dat de aansprakelijkheidsbeperking niet van toepassing is, omdat a) Haarman geweten heeft of in ieder geval rechtens geacht moet worden geweten te hebben van het stortgat; en b) de exoneratione hoe dan ook niet de strekking heeft om Haarman te beschermen tegen de aanwezigheid van een semipubliek stortgat als het onderhavige, zodat in zoverre de vraag naar de wetenschap van Haarman ook niet relevant is. (Waarom heeft het beding die strekking niet? Zie hiertoe uitvoerig mvg paragraaf 2.1). De consequentie van dit betoog is dat, indien het gevolgd wordt, Haarman, door te leveren met een stortgat non-conform geleverd heeft, en gehouden is om de daardoor geleden schade te vergoeden.
- Hiernaast vindt de Gemeente dat, indien rechtens aangenomen moet worden dat Haarman niet geweten heeft van het stortgat, in ieder geval nog geldt dat de overeenkomst tot stand gekomen is onder invloed van dwaling. De dwaling waar het om gaat, kan daarbij aangemerkt worden als dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 onder b BW, indien Haarman van het stortgat op de hoogte had moeten zijn. De dwaling kan echter mede aangemerkt worden als dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 onder c BW. De strekking van de vordering van de Gemeente, voor zover gegrond op dwaling, is opheffing van het nadeel dat de Gemeente geleden heeft door de dwaling, doordat de rechter de overeenkomst daartoe wijzigt. Deze opheffing is gegeven indien Haarman de kosten van sanering alsnog voor zijn rekening neemt. Dat dit een logische, bij de overeenkomst passende benadering is, volgt uit het feit dat partijen exact deze gedragslijn hebben

gevolgd ten aanzien van de asbestverontreiniging die vóór de levering was aangetroffen. Logisch en redelijk is dat de marktwaarde van de grond op basis van de hypothese 'schoon' naar beneden wordt bijgesteld met de kosten die gemaakt moeten worden om de toestand van die hypothese alsnog te bereiken. Hierbij komt dat de daaruit voortvloeiende bijstelling van de koopprijs naar verhouding tot het totaal fractioneel is.

3.2

Haarman, en in navolging van Haarman ook de rechtbank, hebben, ook afgezien van de theorie over de vaststellingsovereenkomst, het standpunt ingenomen dat de exoneration in het onderhavige geval ook een beroep op dwaling uitsluit.

De argumentatie daarvoor is samengevat: dat partijen *beoogd zouden hebben* om met de exoneration óók een beroep op dwaling uit te sluiten. Zie hiertoe rechtsoverweging 4.21 van het vonnis van 15 januari 2014.

Dat partijen dit *beoogd zouden hebben*, wordt door de rechtbank vastgesteld op basis van *uitleg* van het exonerationbeding via de Haviltex formule. De rechtbank vindt daarbij dat de Gemeente geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit blijkt dat partijen iets anders hebben bedoeld.

Het komt de Gemeente voor dat de rechtbank daarmee een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. In een geval als het onderhavige, waarin Haarman zich beroept op een bepaalde, van de tekst van de overeenkomst afwijkende uitleg daarvan, ligt het in de rede om aan te nemen dat het niet de Gemeente is die zou moeten aantonen dat de van de tekst afwijkende bedoeling geldt, maar dat de stelplicht en bewijslast hiervoor bij Haarman worden gelegd. Haarman is immers degene die in dit opzicht een bevrijdend verweer voert. Nota bene: de door de rechtbank vastgestelde omstandigheid dat de Gemeente het beding (als standaardbeding) op eigen initiatief opgenomen heeft en dat er überhaupt niet over onderhandeld is, maakt de inlezing door de rechtbank van de van de tekst afwijkende 'bedoeling' al een vreemde exercitie. Waarop is dat dan gebaseerd?

Kennelijk op de overweging van de rechtbank dat *niets erop wijst dat partijen de werking van de exonerationclausule hebben willen beperken tot non-conformiteit*. Dat is echter een wijze van argumenteren die neerkomt op het volgende: 'U hebt een paard gekocht en een koe geleverd gekregen, maar moet dat toch accepteren omdat niets erop wijst dat de verkoper ook niet een koe had mogen leveren in plaats van een paard.' Of abstracter geformuleerd: 'A geldt, want niet is gebleken dat A niet geldt'. Een schoolvoorbeeld van het type drogreden dat bekend staat als de *petitio principii*, ofwel de cirkelredenering.

Dit is dus een reddingsboei die geen houvast biedt.

En anders dan de rechtbank hiermee ook heeft geoordeeld, wijst in werkelijkheid nu juist *alles* erop dat partijen met die exoneration helemaal niet ook dwaling op het oog hadden. Zij hebben immers juist expliciet een exonerationclausule getroffen met elkaar en juist expliciet een beroep op dwaling *niet* uitgesloten. Exoneration gaat over tekortkoming en aansprakelijkheid, en juist niet over dwaling. Het hele begrip dwaling komt in de clausule überhaupt niet voor.

De Gemeente vindt overigens dat zij van haar kant wél het nodige gesteld heeft ter onderbouwing van haar beroep op dwaling en dat zij de 'inlezing' in de exoneration van uitsluiting van een beroep op dwaling afdoende weersproken heeft. In dit verband zou ik met name uw aandacht nog willen vragen voor de volgende omstandigheden:

- Tussen partijen is in confesso dat zij de overeenkomst niet gesloten zouden hebben zoals deze er ligt, indien het stortgat bekend was geweest.
- Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, is de aard en omvang van het stortgat dat aangetroffen is, wel degelijk een zeer relevante omstandigheid. De rechtbank zegt in bedoelde rechtsoverweging 4.21 in wezen: 'Tja, groot stortgat natuurlijk, maar dit risico

hebben partijen nu juist bij de Gemeente willen leggen, ongeacht de omvang daarvan.' Maar waar blijkt dan uit dat partijen dát gewild hebben? Moeten we dan ook aannemen dat de rechtbank de Gemeente een beroep op dwaling ook had ontzegd als in de bodem de restanten van een chemische fabriek met een grootschalige opslag van allerlei lekkende vaten met gevaarlijke chemicaliën was aangetroffen, - al evenzeer iets dat men in de verste verte niet verwacht op een boerenerf? Was het dan ook zo geweest dat partijen 'dit risico nu eenmaal bij de Gemeente hadden willen leggen'? Ligt niet veeleer voor de hand om aan te nemen dat na het bodemonderzoek dat door Hunneman was uitgevoerd, beide partijen er juist vanuit gingen dat er *niet* veel meer in de bodem te verwachten was en dat de exoneratie zag op dit eventuele 'niet veel meer'? De Gemeente heeft aangevoerd wat haar intentie was met de exoneratieclausule: 'Deze zag op beperkte restverontreinigingen die zich in een boerenerf kunnen voordoen en die onopgemerkt blijven in een bodemonderzoek. Met de verwijdering daarvan zijn niet veel kosten gemoeid, dus de Gemeente maakt daar dan verder geen probleem van'. Die intentie is, naar de opvatting van de Gemeente, Haarman ook niet ontgaan. Van groot belang in dit verband is dat de exoneratie nota bene bedongen is door de Gemeente zelf! Het is een 'gratis' ontslag voor Haarman uit de normale aansprakelijkheid, waarover, zoals tussen partijen vaststaat, niet eens onderhandeld is. Ook die omstandigheid maakt een oprekking van het beding bepaald niet voor de hand liggend, en wel zeker niet door daar ook nog eens een uitsluiting van een beroep op dwaling in te lezen.

3.3

Ten aanzien van het beroep op dwaling merkt de Gemeente tenslotte op dat naar haar mening de dwaling ook niet verdisconteerd is in de overeenkomst. De exoneratie kan niet gezien worden als een dergelijke verdiscontering. Het onderwerp 'dwaling' is daarin niet geregeld, niet uitdrukkelijk, maar evenmin stilzwijgend. De relevante omstandigheden van het geval zijn dat de Gemeente de aansprakelijkheidsbeperking verleend heeft op eigen initiatief, zonder door Haarman bedongen te zijn en zonder tegenprestatie van Haarman, in vervolg op het bodemonderzoek van Hunneman en sanering van wat gevonden was op kosten van Haarman. Aangegeven is hierbij ook dat Hunneman zijn onderzoek heeft uitgevoerd op basis van informatie die Haarman had en moest hebben over zijn eigen perceel. In de overeenkomst, met name in de exoneratieclausule, kan niet verdisconteerd worden geacht de aanwezigheid van het semipublieke stortgat dat de Gemeente daar niet kón en behoefte te verwachten, dat zou zeer gelegen was buiten de eventuele restverontreinigingen waarop de Gemeente nog rekende en waarvan de aanwezigheid nu juist bij Haarman bekend had kunnen zijn, als decennia lange eigenaar en bewerker en gebruiker van het perceel.

3.4

Tenslotte wil ik u, wat betreft de uitleg van de overeenkomst, nog graag wijzen op het zeer recente arrest van de Hoge Raad d.d. 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3303, waarin de Hoge Raad, met name in rechtsoverweging 3.3.3, over de Haviltex-maatstaf het volgende leert:

Deze maatstaf brengt mee dat ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere dan de taalkundige betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Anders dan het hof heeft overwogen, is de Haviltexmaatstaf ook van toepassing indien partijen op de tekst van de overeenkomst haaks op elkaar staande bedoelingen en verwachtingen baseren en geen van beider interpretaties aanstonds volstrekt onaannemelijk is. Het hof had dan ook mede in het licht van de door partijen aangevoerde omstandigheden moeten vaststellen welke betekenis aan de desbetreffende passage in de overeenkomst toekomt.

Duidelijk moge zijn dat naar de opvatting van de Gemeente in de bestreden vonnissen deze maatstaf niet juist is toegepast, doordat de rechtbank zich veel te veel heeft laten leiden door de tekst (zij het niet consequent) en de door de Gemeente aangevoerde omstandigheden daarbij niet of nauwelijks betrokken heeft. Ik verwijs hiervoor naar het voorgaande, en ook naar de memorie van grieven en de memorie van antwoord in voorwaardelijk incidenteel appèl.

4. Bewijswaardering

Als laatste wil ik nog een enkel woord wijden aan de bewijswaardering. (Uiteraard is dit punt alleen van belang indien het gerechtshof het beroep van de Gemeente op dwaling en op non-conformiteit, vanwege de door de Gemeente bepleite beperkte strekking van de exonerationclausule, niet zou volgen en ook niet zou volgen dat Haarman geacht moet worden geweten te hebben van het stortgat).

In de memorie van antwoord bestrijdt Haarman opnieuw de getuigenverklaringen van [] en van []. De Gemeente vindt echter dat die beide verklaringen helder en duidelijk zijn. Uit de verklaring van [] volgt duidelijk dat hij het stortgat nog gezien heeft toen Haarman de jonge kind jaren al achter zich had. De omstandigheid dat [] de locatie niet op de meter nauwkeurig heeft aangewezen op een foto, doet daaraan niets af. Uit de verklaring van [] blijkt duidelijk dat de reststukken pvc pijp niet in het stortgat gerold kunnen zijn, maar bij het uitgraven uit de diepte tevoorschijn zijn gekomen. Ook daarmee is aangetoond dat het stortgat nog geopend werd toen Haarman de jaren van een jong kind al verre voorbij was. De Gemeente verzoekt het gerechtshof om het beschikbare bewijs opnieuw en zelfstandig te waarderen.

Advocaat

Behandeld door : mr. W.E.M. Klostermann, advocaat
Correspondentie : Postbus 600, 8000 AP Zwolle
Telefoon : +31 (0) []
Fax : +31 (0) []
E-mail : []
Dossiernummer : 210554