GVK ADURE ADVOCATEN

AGRO & VASTGOED

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Zittingsplaats: Leeuwarden
Pleidooizitting: 3 december 2015
Zaaknummer: 200.165.927/01

PLEITNOTITIE

inzake:

B
HAARMAN,
wonende te Heino,
geïntimeerde, voorwaardelijk incidenteel
appellant,
advocaat: mr. J.T.A.M. van Mierlo te Zwolle,

contra:

GEMEENTE RAALTE,
zetelende te Raalte,
appellante, voorwaardelijk incidenteel
geïntimeerde,
advocaat: mr. W.E.M. Klostermann te Zwolle.

Namens Haarman wordt als volgt opgemerkt voor pleidooi.

Inleiding

Haarman wenst in het begin van zijn betoog onmiddellijk de kern van de tussen partijen overeengekomen regeling in de koopovereenkomst respectievelijk transportakte samen te vatten. Gewezen wordt op het volgende.

Wat is overeengekomen?

Onmiddellijk na ondertekening van de koopovereenkomst zal de gemeente een opdracht geven voor een verkennend bodem- en grondwateronderzoek. Haarman moet daar zijn volledige medewerking aan verlenen. Indien na dit onderzoek zou blijken dat sprake is van verontreiniging van de bodem en/of het grondwater dan zal de gemeente opdracht geven voor een aanvullend onderzoek naar de omvang van de verontreiniging en maakt zij een begroting van de eventuele saneringskosten. In artikel 10 lid 5 van de koopovereenkomst is een ontbindingsmogelijkheid opgenomen voor de gemeente indien de verontreiniging voor haar redelijkerwijs niet aanvaardbaar is te achten gelet op het omschreven voorgenomen gebruik. Haarman heeft dan evenwel de mogelijkheid de geconstateerde verontreiniging op zijn kosten te saneren tot een niveau waarop het gekochte geschikt wordt voor het beoogde doel dan wel kunnen partijen anderszins overeenkomen.

Hieruit blijkt dat partijen uitdrukkelijk een regeling hebben vastgesteld over de vraag ten laste van welke partij het risico zou komen indien na de aankoop doch voor de levering uit onderzoek zal blijken dat sprake is van verontreiniging. Dan resteert er vervolgens nog één restrisico: wat moet er gebeuren als na de juridische levering alsnog sprake zou blijken te zijn van enige vorm van verontreiniging? Daaromtrent hebben partijen een duidelijke afspraak gemaakt. Dit risico komt voor rekening van de koper aangezien elke aansprakelijkheid voor een eventuele verontreiniging als vorenbedoeld aan de zijde van verkoper is uitgesloten. Voornoemde regel gaat niet op in een tweetal situaties namelijk wanneer de verkoper onjuiste informatie heeft verstrekt en de situatie waarin de vervuiling aantoonbaar tijdens het voortgezet gebruik is veroorzaakt.

Gebleken is in 2012, bijna 6 jaar na de juridische levering, dat er, ondanks het onderzoek dat het gemeentebestuur met volledige medewerking van Haarman heeft uitgevoerd, sprake is van bodemverontreiniging.

Alsdan treedt het bepaalde in het voornoemde lid 7 in werking. Dit risico berust bij de gemeente tenzij zich de situatie voordoet dat Haarman onjuiste informatie heeft verstrekt. Ook de gemeente acht de bedoeling van partijen van groot belang. Welnu, de bedoeling van partijen met betrekking tot het restrisico is hoogst duidelijk.

Dat is het kader waarbinnen dit geschil dient te worden beoordeeld.

Onder het verstrekken van onjuiste informatie dient te worden verstaan het mededelen van onjuistheden of onwaarheden of dat Haarman bij hem aanwezige kennis over verontreiniging verzwijgt en/of achterhoudt.

Dwaling?

Het beroep dat de gemeente doet op (wederzijdse) dwaling dient evenzeer bezien te worden in het licht van hetgeen partijen overeengekomen zijn. Partijen hebben een bepaling gewijd in de koopovereenkomst respectievelijk transportakte over de situatie welke zich in 2012 heeft voorgedaan, te weten de constatering van een verontreiniging die niet aan het licht is gekomen in het kader van een bodemonderzoek dat vanwege het gemeentebestuur heeft plaatsgevonden. Dat risico komt nu voor rekening van de gemeente tenzij Haarman onjuiste informatie zou hebben verstrekt.

Een beroep op dwaling is, gelet op het vorenstaande, dan ook niet aan de orde. Partijen hebben van tevoren gedacht aan de nu aan de orde zijnde situatie en hebben besloten daarvoor een contractuele voorziening te treffen. Deze dient te worden nagekomen. Dan komen partijen niet toe aan de vraag of er sprake is van dwaling aan de zijde van verkoper. Het restrisico is ingecalculeerd en partijen hebben daarvoor een afspraak gemaakt.

Daar komt nog bij dat het tussen partijen overeengekomene kan worden gekenschetst als een vaststellingsovereenkomst. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen zich ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil aan een tot een vaststelling leidende beslissing over wat tussen hen rechtens is. En die situatie is hier aan de orde. Er is een regeling getroffen met het oog op een tussen partijen bestaande onzekerheid te weten of, ondanks het bodemonderzoek dat is uitgevoerd na het sluiten van een koopovereenkomst,

er toch nog sprake zou zijn van vormen van verontreiniging welke pas aan het licht komen na de akte van levering.

Daarbij maakt het ook niet uit wat de omvang of aard van de verontreiniging is geweest. Het gemeentebestuur heeft zelf de redactie bepaald van de exoneratieclausule, welke in de overeenkomst respectievelijk transportakte is opgenomen. Hier is geen debat of discussie door middel van correspondentie of anderszins over gevoerd. Dat betekent dat het aanbrengen van beperkingen zoals de gemeente nu graag wil, door bepaalde vormen van verontreiniging zoals hier aan de orde, uit te sluiten van de overeengekomen exoneratie niet aan de orde zijn. Er is geen enkele aanknopingspunt voor deze redernering terug te vinden in hetgeen partijen zijn overeengekomen respectievelijk uit daaraan voorafgaande onderhandelingen en besprekingen.

Omdat het gemeentebestuur geen beroep toekomt op dwaling kan bij gevolg er ook geen sprake van zijn dat de gemeente met recht een beroep zou kunnen doen op het bepaalde in artikel 6:230 lid 2 BW. Als dat wel zou kunnen, dan zou dat in strijd zijn met de partijbedoeling om het restrisico onder alle omstandigheden voor rekening van de gemeente te brengen behoudens de omstandigheid dat Haarman onjuiste informatie heeft verstrekt of voor verontreiniging ontstaan na juridische levering.

<u>Omkering van de bewijslast?</u>

De gemeente meent in bewijsnood te verkeren omtrent haar bewijslast dat Haarman wetenschap had van de aan de orde zijnde verontreiniging. Zij voert enkele argumenten aan waaruit zou voortvloeien dat de bewijslast op Haarman zou rusten. Het valt voorts op dat zij geen relevante jurisprudentie van de Hoge Raad of andere rechterlijke colleges aan voert ter onderbouwing van haar standpunt.

Daarnaast heeft de gemeente steeds veel waarde gehecht aan de vondst van een tweetal PVC buizen. Deze buizen zouden in het stortgat zijn gevonden en zouden het bewijs vormen van de stelling dat Haarman zich van deze buizen indertijd zou hebben ontdaan door ze als afval in het gat te gooien. De gemeente heeft in mei 2012 de medewerkers van Hoogenboom en DHV uitdrukkelijk de opdracht meegegeven om te letten op materiaal dat uit de bodem zou komen waarvan de datum van productie herleidbaar zou zijn. De gang van zaken in mei 2012 en in de maanden daarna is niettemin, in het licht van het vorenstaande

aan gemeentezijde onbegrijpelijk slordig. Deze slordigheid werkt ook ten nadele van Haarman.
Voorafgaande aan de werkzaamheden in mei 2012 had er een bureau-onderzoek plaatsgevonden naar de vergunningverlening in de periode sedert de jaren 50 op de locatie van Haarman. Dat had niets opgeleverd.
Haarman werd in juli 2012, hij was toen nog wethouder ten gemeentehuize, geconfronteerd met een foto van een PVC buis. Haarman wees er direct op dat die buis een onderdeel was van de beregeningsinstallatie die hij eind jaren 80 had laten aanbrengen. Volgens de heer Nijman, ambtenaar van de gemeente was dit onmogelijk en deed geen onderzoek naar deze beregeningsinstallatie. In de aansprakelijkheidsstelling van 10 september 2012 , productie 8 bij conclusie van antwoord wordt dat laatste met zoveel woorden herhaald. Haarman wist evenwel dat hij gelijk had. De beregeningsinstallatie ligt er voor een deel tegenwoordig nog. Haarman heeft zijn woorden herhaald tijdens een bespreking ten gemeentehuize op 5 oktober 2012. In dat gesprek heeft hij ook gevraagd of hij de PVC buizen mocht zien.

In de weken na 5 oktober 2012 heeft de gemeente een onderzoek ingesteld en moest tot de slotsom komen dat er inderdaad een beregeningsinstallatie lag, exact zoals door Haarman aangegeven en lange tijd door de gemeente ontkend. Kort daarna kwam het bericht dat de buis of buizen waren vernietigd. Haarman had de indruk dat de gesprekdeelnemers aan gemeentezijde dit op 5 oktober 2012 helemaal niet wisten en dat daarvoor eerst navraag moest worden gedaan.

Er is dus potentieel bewijsmateriaal verdwenen onder verantwoordelijkheid van de gemeente. Terwijl de gemeente nota bene zelf het belang van dit materiaal stelt in te zien. Door aldus onder haar verantwoordelijkheid te handelen heeft men het voor Haarman ook onmogelijk gemaakt om dit materiaal zelf te onderzoeken. Vervolgens komt de gemeente met onscherpe of onduidelijke foto's waarop de buizen zouden zijn afgebeeld. De nadruk wordt erop gelegd dat de buizen zouden zijn afgezaagd terwijl de uiteinden niet zichtbaar zijn op de foto nota bene omdat er een hand voor wordt gehouden!

Een uitzondering op de hoofdregel zal zeer goed moeten worden gemotiveerd. De gemeente doet dit niet en steekt voorts niet de hand in eigen boezem met betrekking tot de merkwaardige geschiedenis rondom de vermeende vondst en later de verdwijning van PVC buizen. Voor zover de (schriftelijke) verklaring van de heer als argument zou zijn

bedoeld voor omkering van de bewijslast geldt het volgende. wijst tot tweemaal toe een plek aan op de kaart die niet overeenstemt met de plaats van het stortgat. De afstand tussen de aangewezen plek en de vindplaats van het stortgat bedraagt tenminste 30 meter. Verder verklaarde hij dat het afval dat hij zou hebben gezien aan het zicht werd onttrokken door de aanwezige singel. Het daadwerkelijk aangetroffen stortgat lag niet achter de singel. Zijn verklaring stemt ook niet overeen met die va , en en met alle in het geding gebrachte vijf luchtfoto's.

Het vorenstaande, gevoegd bij het feit dat de gemeente geen relevante jurisprudentie citeert op basis waarvan de bewijslast zou moeten worden omgedraaid, maakt dat terecht door de rechtbank de hoofdregel van artikel 150 Rechtsvordering is toegepast. De gemeente draagt de bewijslast in deze.

<u>De PVC buizen</u>

Deze PVC buizen, daterend uit 1978/79 en 1989, zouden het meest belangrijke bewijsmateriaal zijn waaruit het gemeentebestuur meent af te leiden dat Haarman van het stortgat wist.

Bezien we de uitgebrachte getuigenverklaringen dan valt het volgende op:
De heer (kraanmachinist) stelde de persleiding te hebben opgegraven maar daarnaast viel hem een bijzonderheid op. De buis van de persleiding was vies, aldus maar de andere soortgelijke buis ter grootte van 1,5 tot 2 meter was niet erg vies. Dat is onlogisch voor een buis die al meer dan 20 jaar in de grond zou hebben gelegen.
Getuige verklaart over dezelfde buis. Volgens hem was de buis maar 50 centimeter lang en zou de buis zaagranden hebben die overigens niet op foto's zichtbaar is, omdat de uiteinden bedekt waren. Dat laatste doe je toch niet als je wilt aantonen dat er zaagranden zijn en je opdrachtgever instructies heeft gegeven bewijsmateriaal te verzamelen?
Als er zaagranden waren, waren deze dan oud of vers? Deze vraag is van belang mede gelet op het enorme lengteverschil dat blijkt uit de verklaringen van en . De buis kan doorgezaagd zijn nadat deze uit de grond was gekomen als onderdeel van de regeninstallatie. De stelling van de gemeente in de memorie van grieven (blz. 7) dat het vast zou staan dat er sprake is van reststukken met zaagranden is derhalve, anders dan de gemeente stelt, beslist niet een vaststaand feit. De opmerking dat het stortgat na 1979 en na 1989 opengemaakt zijn om de buizen daar vervolgens als afval in te werpen is geenszins

vast komen te staan en is gebaseerd op pure speculatie aan gemeentezijde. Zie overigens ook de verklaring van getuige

Informatieplicht en onderzoeksplicht.

Op verkoper Haarman rust in deze een informatie- ofwel mededelingsplicht en op de gemeente, als koper een onderzoeksplicht. Zie daartoe met zoveel woorden artikel 11 van de koopovereenkomst. Bepaald is dat koper uitdrukkelijk de resultaten aanvaardt van het onderzoek naar die feiten en omstandigheden, die naar geldende verkeersopvatting tot zijn onderzoeksgebied behoren, voor zijn risico komen.
Tussen haakjes is nog toegevoegd: (voor zover deze aan verkoper thans niet bekend zijn). Dit laatste geeft ook duidelijkheid over de informatieplicht of mededelingsplicht van verkoper. Alles wat hem (thans) bekend is, moet hij mededelen. Gaat het over feiten en omstandigheden die verkoper (thans) ten tijde van de ondertekening niet bekend zijn, dan komt het risico voor koper. De koopovereenkomst is gedateerd op 26 januari 2006.

Volgens de geldende verkeersopvatting hoeft en kan een verkoper uiteraard niet iets mede te delen wat hij niet weet. Nogmaals zij herhaald dat Haarman niet op de hoogte was van het stortgat.

Daarnaast haalt de gemeente de informatie (mededelingsplicht) en onderzoeksplicht door elkaar. De gemeente doet het voorkomen alsof Haarman een onderzoeksplicht zou hebben terwijl zijzelf deze plicht heeft. Zij geeft volgens overeenkomst aan haar onderzoeksplicht uitvoering door het laten uitvoeren van een verkennend bodemonderzoek. Vervolgens heeft er een aanvullend onderzoek plaatsgevonden. Bij beide onderzoekingen kwam de nu in deze procedure aan de orde zijnde bodemverontreiniging niet aan het licht.

Anders dan de gemeente suggereert is er geen sprake van dat Haarman op grond van de geldende verkeersopvattingen ter vervulling van zijn mededelingsplicht een onderzoek had moeten doen dat daaruit zou bestaan dat hij (oudere) bewoners uit zijn buurt had moeten vragen of zij misschien wisten of er in het (verre) verleden op de grond van Haarman een stortgat dan wel andere vormen van verontreiniging aanwezig waren. Deze visie van de gemeente vindt geen steun in wet en jurisprudentie en vormt bovendien een enorme oprekking van de mededelingsplicht tot allerlei denkbare situaties, welke zich louter in theorie

zouden kunnen voordoen bij de te verkopen (register)goederen en tot het doen van navraag in situaties waarin wetenschap over de eventuele aanwezigheid van verontreiniging ontbreekt.

Nadat de onderhavige kwestie in september 2012 in de publiciteit kwam en Haarman aansprakelijk werd gesteld, is hem geadviseerd om op zoek te gaan naar personen die in de jaren 60 en 70 geregeld op het bedrijf van zijn vader kwamen. Zo is hij in contact gekomen met getuige (melkrijder) die aangaf, en dit op schrift stelde op 7 december 2012, dat hij nooit een stortgat heeft gezien in de periode dat hij vrijwel dagelijks bij Haarman kwam, te weten in de periode 1967-1976. Pas in februari 2013 kreeg Haarman contact met een persoon die wel wat wist over het ontstaan en bestaan van het stortgat, de weten de heer Diens verklaringen zijn bekend. Hij is de enige die heeft verklaard het stortgat te kennen.

<u>De omvang van de vordering en de grondslag hiervoor.</u>
De vordering bedraagt in hoofdsom € 198.767,16. Haarman begrijpt dat dit bedrag tot stand is gekomen door samenvoeging van alle ingebrachte nota's samenhangend met de sanering van het stortgat.
De gemeente doet een beroep op wederzijdse dwaling. Het had op haar weg gelegen om aan te tonen dat, wanneer er al met recht een beroep op wederzijdse dwaling zou kunnen worden gedaan in de ogen van de gemeente, dit bijgevolg met zich zou brengen dat volgens de gemeente met recht dit bedrag kan worden gevorderd.
Het heeft er alle schijn van dat er een beroep wordt gedaan op artikel 6.230 BW lid 2. Het valt de gemeente te verwijten dat zij haar vordering op dit punt niet beter en duidelijk heeft toegelicht. Dit verwijt dient hoe dan ook in haar nadeel te worden uitgelegd. Na jaren procederen weet Haarman nog steeds niet of er daadwerkelijk een beroep op voornoemd artikellid wordt gedaan. Zij motiveert ook niet waarom, in de ogen van de gemeente, het volledige bedrag ten laste van Haarman zou komen.

Verder verliest de gemeente volledig uit het oog dat, wanneer de verontreiniging aan het licht zou zijn gekomen voor de juridische levering, Haarman een keuzevrijheid zou hebben. Zie daartoe het overeengekomene. Dan was de koop mogelijk alsnog ontbonden of Haarman had zelf kunnen saneren of Haarman had in zee kunnen gaan met projectontwikkelaars.

Bijkomende schade eisen is voorts niet aan de orde indien er een beroep wordt gedaan op artikel 6:230 BW. Daarvoor bestaat geen rechtsgrond.

Haarman blijft bij het ingenomen standpunt.

Advocaat