

ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1497

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	17-04-2012
Datum publicatie	17-04-2012
Zaaknummer	200.086.133/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBAMS:2006:AZ3402
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Kadeverschuiving Wilnis; opstalaansprakelijkheid (6:174 BW); gemotiveerde keuze tussen verschillende deskundigenvisies; nader getuigenbewijs en bevel nader deskundigenonderzoek.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 174 Burgerlijk Wetboek Boek 6 162
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJF 2012/279 JM 2012/120 met annotatie van H.J. Bos

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.086.133/01

Zaaknummer Hoge Raad: 09/03735

Arrest van 17 april 2012

inzake

DE GEMEENTE DE RONDE VENEN,
zetelend te Mijdrecht, gemeente De Ronde Venen,
appellante,
hierna te noemen: de Gemeente,
advocaat: mr. P.L. Visser te Amsterdam,

tegen

HET HOOGHEEMRAADSCHAP AMSTEL, GOOI EN VECHT,
zetelend te Amsterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: het Hoogheemraadschap,
advocaat: mr. A. Knigge te Amsterdam.

Het geding

In de onderhavige zaak heeft de Hoge Raad arrest gewezen op 17 december 2010. Daarbij heeft hij het door het gerechtshof Amsterdam op 9 juni 2009 gewezen arrest vernietigd en het geding verwezen naar dit hof ter verdere behandeling en beslissing. De Gemeente heeft het Hoogheemraadschap opgeroepen teneinde verder te procederen in de stand waarin de zaak zich bevindt. Bij memorie na cassatie en verwijzing (met producties) heeft de Gemeente haar standpunt uiteengezet. Het Hoogheemraadschap heeft daarop bij memorie van antwoord na cassatie en verwijzing (met producties) gereageerd. Partijen hebben daarna nog producties in het geding gebracht. Vervolgens hebben partijen op 13 februari 2012 de zaak doen bepleiten, de Gemeente door haar advocaat en het Hoogheemraadschap door mrs. R.D. Lubach en A. Knigge, advocaten Amsterdam, beide partijen aan de hand van overgelegde pleitnotities. Van het pleidooi is proces-verbaal opgemaakt. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het hoger beroep na cassatie

1. Kort samengevat gaat het in deze zaak om het volgende. Het Hoogheemraadschap is eigenaar en beheerder van de tussenboezemkade (verder: de kade), gelegen tussen de polder Groot-Mijdrecht en de omliggende ringvaart. De kade is een veendijk. In de nacht van 25 op 26 augustus 2003 is een gedeelte van de kade met een lengte van 60 meter, gelegen in de Gemeente, een aantal meters in de richting van de achterliggende woonwijk Veenzijde I te Wilnis verschoven. Hierdoor is ongeveer 230.000 m³ water via de ringvaart de polder Groot-Mijdrecht en de genoemde, daarin gelegen woonwijk in gestroomd. De Gemeente heeft bij de rechtbank Amsterdam gevorderd dat deze het Hoogheemraadschap zal veroordelen tot schadevergoeding, op te maken bij staat, op de grond dat het aansprakelijk is voor de als gevolg van de dijkverschuiving geleden schade, primair op grond van opstalaansprakelijkheid en subsidair op grond van toerekenbaar tekortschieten in zijn verplichting tot onderhoud en beheer van de kade. De rechtbank heeft de vordering afgewezen op de grond dat niet is komen vast te staan dat de kade op 26 augustus is bezweken omdat deze niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, en dat het Hoogheemraadschap niet beneden de zorg van een goed beheerder is gebleven. Het gerechtshof Amsterdam heeft de vordering toegewezen op de primaire grond. Het heeft daartoe, in de kern weergegeven, overwogen dat, gelet op de ratio en de strekking van artikel 6:174, eerste lid, BW, het Hoogheemraadschap als bezitter van de kade aansprakelijk is op de grond dat de kade niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, nu het gevaar van een kadeverschuiving zich heeft verwezenlijkt.

2. De Hoge Raad heeft de tegen dat oordeel aangevoerde klachten van het Hoogheemraadschap deels gegrond verklaard en daarom het arrest waarvan beroep vernietigd. Hij heeft daarbij voorop gesteld dat het bij artikel 6:174, eerste lid, BW gaat om veiligheidseisen en dat daarbij gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften weliswaar een grote rol spelen, maar dat de omstandigheid dat een opstal in algemene zin aan geldende veiligheidsvoorschriften voldoet, niet in de weg staat aan het oordeel dat de opstal gebrekkig is in de zin van bedoeld artikel. Het antwoord op de vraag of sprake is van een gebrekkige toestand, hangt, zo overweegt de Hoge Raad, af van verschillende omstandigheden, zoals de aard en de functie van de opstal, de toestand van de opstal ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de opstal te verwachten gebruik door derden. Voorts moeten de grootte van de kans op verwezenlijking van het gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen in aanmerking worden genomen, alsmede, bij overheidsaansprakelijkheid, de aan overheden toekomende beleidsvrijheid en ter beschikking staande middelen. Voor de onderhavige zaak concretiseert de Hoge Raad het voorgaande aldus, dat rekening moet worden gehouden met factoren als de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de kade, de fysieke toestand daarvan op 25/26 augustus 2003, de naar objectieve maatstaf te beoordelen kenbaarheid van zowel het gebrek als het daaraan verbonden gevaar van kadeverschuiving, de beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen van het Hoogheemraadschap, mede gelet op de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek en de

(technische) mogelijkheid tot het nemen van afdoende veiligheidsmaatregelen. Het hof mag bij zijn oordeel niet voorbijgaan aan de stelling van het Hoogheemraadschap dat de kadeverschuiving zich heeft voorgedaan ten gevolge van specifieke en uitzonderlijke omstandigheden. Ten slotte acht de Hoge Raad het oordeel van het gerechtshof Amsterdam dat onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt, in het algemeen niet juist voor een geval waarin het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend (en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar) was.

3. Het bovenstaande leidt ertoe dat het hof opnieuw dient te beslissen over de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Het zal daarbij alle in het geding naar voren gebrachte omstandigheden in zijn oordeel moeten betrekken. Dat brengt met zich dat het hof de stelling van de Gemeente verwerpt, dat reeds op grond van de aard, de bestemming en de functie van de kade, ongeacht de mogelijke objectieve onbekendheid van het gevaar, aansprakelijkheid van het Hoogheemraadschap moet worden aangenomen. Dat zou bovendien strijdig zijn met het oordeel van de Hoge Raad dat naar objectieve maatstaven niet kenbare specifieke gevaren in het algemeen aan de toepasbaarheid van artikel 6:174, tweede lid, BW in de weg staan. Blijkens het arrest van de Hoge Raad zal het enkele feit van de kadeverschuiving in het algemeen voldoende zijn voor het aannemen van het vermoeden dat de kade niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, behoudens door het Hoogheemraadschap te leveren tegenbewijs.

4. Het hof aanvaardt niet het betoog van de Gemeente, dat uit de aard, de bestemming en de waarborgfunctie van de waterkeringen voortvloeit dat er een zodanig verhoogde stelplicht geldt ten aanzien van het verweer dat het gevaar van een kadeverschuiving niet kenbaar zou zijn geweest, dat moet komen vast te staan dat het gevaar op het meest geavanceerde niveau van de wetenschappelijke en technische kennis niet kenbaar moet zijn ("was het te ontdekken, dan was het te kennen"). Van een overheidslichaam als het Hoogheemraadschap mag weliswaar worden verwacht dat het zich terdege op de hoogte houdt van de ontwikkeling van de relevante wetenschappelijke inzichten, maar die eis gaat niet zo ver dat van een overheidslichaam als het Hoogheemraadschap wordt verwacht dat het zelfstandig onderzoek verricht of veldexperimenten uitvoert naar mogelijke faalfactoren van waterkeringen of dat het onmiddellijk beleidsmatige consequenties trekt uit nieuwe wetenschappelijke theorieën en modellen die binnen het betreffende vakgebied niet voldoende zijn getoetst en aanvaard, en dat het verplicht zou zijn experimentele technische remedies waarvan de effectiviteit onvoldoende is bewezen, aanstonds in de praktijk te brengen. Daarbij komt dat, ook als een nieuw wetenschappelijk inzicht of een nieuwe technische mogelijkheid is gevestigd, een overheidslichaam als het Hoogheemraadschap wegens eindige financiële mogelijkheden een redelijke tijd moet worden gegund de nieuwe verworvenheden geleidelijk in de praktijk te brengen en te onderwerpen aan prioriteitstelling. Naar het oordeel van het hof is slechts sprake van nalatigheid van het Hoogheemraadschap bij het in het beleid en de uitvoering verwerken van nieuwe wetenschappelijke en technische inzichten, als het in vergelijking met soortgelijke overheidslichamen "beneden de maat is gebleven".

5. Het Hoogheemraadschap heeft in de onderhavige procedure het standpunt ingenomen dat tot het moment waarop de onderhavige kadeverschuiving plaatsvond, de stabiliteit van waterkeringen als de kade uitsluitend werd gedefinieerd in relatie tot zeer natte omstandigheden (hoge grondwaterstand), dat droogte en lage grondwaterstanden volgens de heersende opvattingen niet als een risicofactor werden geïdentificeerd en dat tot dat moment evenmin inzicht bestond in de invloed van droogte op de stabiliteit van veenkades. Ter onderbouwing daarvan heeft het een beschrijving gegeven van de ontwikkeling van de algemeen erkende beschrijving van faalfactoren van waterkeringen vanaf de watersnoodramp in 1953. Daaruit komt naar voren dat eerst alleen de kruinhoogte als bepalend voor de veiligheid van een dijk werd beschouwd, maar dat na het bezwijken van een boezemkade in 1960 bij Tuindorp Oostzaan daaraan de stabiliteit van de waterkering werd toegevoegd. Voor de bepaling van de stabiliteit diende te worden uitgegaan van de hoogst gemeten ligging van de grondwaterlijn en de hoogst verwachte ligging daarvan, een en ander afgezet tegen de krachten die ontstaan onder de slechtste omstandigheden, dat wil zeggen maximale druk van buiten op de waterkering. In het door het Hoogheemraadschap overgelegde, naar aanleiding van (onder meer) de onderhavige kadeverschuiving opgestelde rapport van de Stichting

Toegepast Onderzoek Waterbeheer "Naar een draaiboek voor droogtegevoelige kaden" (verder: het STOWA-rapport) is vermeld dat op basis van de beschreven gebeurtenissen "langdurige droogte" als nieuwe belastingssituatie is geïdentificeerd. De Gemeente heeft terzake in hoger beroep weliswaar verwezen naar een vergelijkbaar geval van kadeverschuiving in 1947, maar heeft de conclusie dat pas na de onderhavige kadeverschuiving langdurige droogte als belastingssituatie is geïdentificeerd, ten overstaan van het hof Amsterdam niet betwist, doch ten tijde van het pleidooi voor dat hof juist als uitgangspunt genomen van haar betoog. Na cassatie heeft de Gemeente een aantal andere voorbeelden van voor 2003 naar voren gebracht en daaraan de conclusie verbonden dat de instanties die belast zijn met het onderhoud van dijken de beschikking dienen te hebben over deze gegevens. Voor zover de Gemeente hiermee beoogt te stellen dat overheidsinstanties als het Hoogheemraadschap op basis van deze gevallen langdurige droogte als belastingssituatie hadden moeten identificeren, is dit een nieuwe stelling na cassatie die, nu deze kwestie ook in het voorafgaande gedeelte van de procedure aan de orde is geweest en er geen sprake is van een door de Hoge Raad ingeslagen nieuwe richting en evenmin van gewijzigde wetgeving, na cassatie niet is toegelaten. Dit nog daargelaten dat het enkele noemen van deze gevallen geen afbreuk doet aan de in het STOWA-rapport opgenomen vermelding dat langdurige droogte pas na 2003 als belastingssituatie is geïdentificeerd. Het hof concludeert dat, indien op basis van de stellingen van het Hoogheemraadschap zou komen komt vast te staan dat de kade is gaan schuiven als gevolg van - in 2003 nog niet als risico onderkende - langdurige droogte, zij voldoende tegenbewijs heeft geleverd tegen het vermoeden dat de kade niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen.

6. Dat de onderhavige kadeverschuiving is veroorzaakt door langdurige droogte, heeft het Hoogheemraadschap gebaseerd op een door GeoDelft in zijn opdracht gedaan onderzoek naar de oorzaak van die verschuiving, waarvan het resultaat is neergelegd in het rapport "Kadeverschuiving Wilnis" van januari 2004 (verder: het GeoDelft-rapport). De conclusie van het GeoDelft-rapport luidt, voor zover van belang, als volgt.

"Hoewel er op onderdelen nog wel wat vraagtekens zijn is uit de studie duidelijk geworden dat de kadeverschuiving in Wilnis een sterk gefaseerd proces geweest is waarbij lokale omstandigheden een belangrijke rol hebben gespeeld. Door droogte veroorzaakte krimp en gewichtsverlies hebben horizontale vervormingen van het dijklichaam veroorzaakt waardoor infiltratie van boezemwater naar het diepe zand heeft plaatsgevonden en uiteindelijk de gehele dijk is bezweken.

Gebleken is dat de extreme droogte inderdaad ten grondslag ligt aan een reeks van gebeurtenissen. Als gesproken wordt over droogte zijn twee aspecten van belang, n.l.

* Gewichtsafname van de veenkade

* Krimp en horizontale vervormingen, waardoor scheuren en trekspanningen in de veenkade, ook op grotere diepte in de verzadigde zone, zijn ontstaan.

Uit visuele waarnemingen en grondonderzoek is gebleken dat het gehele grondlichaam is gaan drijven en verschoven is over een horizontaal glijvlak op de overgang van de veen ondergrond en de diepe zandlaag. Deze overgang ligt op een niveau van NAP -9,0 m. De beschouwingen en berekeningen die zijn uitgevoerd hebben zich daarom voor een belangrijk deel gericht op het horizontale evenwicht c.q. de horizontale vervormingen van het grondlichaam tussen de beschoeiing in de boezem en de teensloot.

De keten van gebeurtenissen ziet er als volgt uit:

* Onder normale omstandigheden is er ter plaatse van de teensloot op de overgang van de veen ondergrond naar het diepe zand sprake van een situatie waarbij de waterdruk in het diepe zand nagenoeg gelijk is aan het gewicht van de veen ondergrond. Er is een zo genaamde opdrijfzone aanwezig. Deze zone doet geen afbreuk aan de totale standzekerheid van het kadelichaam.

* Geïnitieerd door droogte (waardoor gewichtsverlies) is de opdrijfzone in de richting van de kade uitgebreid wat tot vermindering van de steun vanuit de teen van de kade en tot herverdeling van krachten heeft geleid.

* Het herverdelen van krachten heeft geleid tot deformatie van de kade in de richting van de polder. Deze deformatie heeft over de gehele lengte van wat later de verschuiving zou worden plaats gevonden. Door de deformatie is in de ondergrond een spleet ontstaan aan de boezemzijde van de beschoeiing

- * De deformatie, ontstaan door een vermindering van steun vanuit de teen van de kade is nog versterkt door het ontstaan van krimpscheuren in het binnentalud. Door deze krimpscheuren die op een helling zijn ontstaan is een extra vervorming opgetreden van de kruin van de kade waardoor de polderwaartse verplaatsing van de beschoeiing nog wat is toegenomen.
- * De deformatie is echter niet langs de gehele dijk even groot geweest waardoor verschildeformatie is ontstaan. Op de plekken waar deze verschildeformatie het grootst was, is het meest starre element van de kade, namelijk de beschoeiing, kapot gegaan. Dit heeft praktisch tegelijkertijd aan zowel de westelijke als aan de oostelijke zijde van de bres plaats gevonden.
- * De planklengte van de beschoeiing was zodanig dat verschillende lange planken de ondoorlatende kleilaag op NAP-7,00 m hebben geperforeerd. Hoeveel planken dit zijn geweest is onzeker.
- * Doordat de sterk waterstromingsremmende kleilaag ter plaatse van de lange beschoeiingplanken door de spleet waterdoorlatend is geworden heeft zich boven de veenlaag ca 1,5 m boven het pleistocene zand een waterdruk kunnen instellen corresponderend met het boezempeil. Dit heeft onder de teen van de beschoeiing geleid tot hydraulische groundbreuk waardoor tussen de boezem en het diepe zand infiltratie paden zijn ontstaan.
- * Aannemelijk is dat deze veenlaag zoveel water heeft doorgelaten dat de potentiaal in de relatief dunnen onderliggende zandlaag werd verhoogd. Door de kleine bergingcapaciteit van deze geïsoleerde laag was voor deze drukverhoging weinig boezemwater nodig.
- * Met het toestromen van het boezemwater is een iteratief proces op gang gekomen: de verhoogde waterdruk verlengt de opdrijfzone waardoor de weerstands biedende krachten steeds kleiner worden en de vervormingen steeds groter. Door de grotere vervormingen wordt het toestromen van water steeds makkelijker.
- * Uiteindelijk is er een directe verbinding ontstaat tussen de boezem en het zand waardoor de waterdruk zo groot is geworden dat de kade is gaan opdrijven en is weggedreven richting de polder.

7. Het Hoogheemraadschap heeft voorts gewezen op het rapport van de commissie die door de Gemeente, het Hoogheemraadschap en de provincie Utrecht is ingesteld ter toetsing van het handelen van het Hoogheemraadschap (verder: de Commissie-Houben). Het heeft aangevoerd dat de Commissie-Houben als opdracht had het uitvoeren van een nadere toets op hoofdlijnen van de gang van zaken in de periode voorafgaande aan de kadeverschuiving alsmede van het daarop gevolgde bestuurlijk handelen en technisch onderzoek naar het ontstaan en verloop van die gebeurtenis, en dat de Commissie-Houben bij haar oordeelsvorming niet over één nacht ijs is gegaan. Het Hoogheemraadschap heeft geconcludeerd dat uit het rapport van de commissie Houben (verder: het rapport-Houben) blijkt dat deze het door GeoDelft beschreven bezwijkmechanisme het meest waarschijnlijk acht.

8. De Gemeente heeft de door het Hoogheemraadschap geponeerde oorzaak betwist en heeft naar voren gebracht dat de kadeverschuiving is veroorzaakt doordat de sterkte van de kade in augustus 2003 onvoldoende was voor de waterdruk, zulks terwijl er geen sprake was van extreme omstandigheden. Zij heeft ter onderbouwing een rapport van augustus 2005 van een door haar aangezochte deskundige, dr. ir. S. van Baars (hierna: Van Baars), ingebracht, die heeft betoogd dat de sterkte van de kade onvoldoende was voor de belasting en dat dat komt doordat het Hoogheemraadschap niet tijdig het contragewicht van de kade voldoende groot heeft gemaakt. In dit rapport heeft Van Baars onder meer betoogd dat de hypothese van een afschuifvlak in de klei- of veenlagen uiterst aannemelijk is.

9 Na cassatie heeft de gemeente een nader deskundigenrapport van mei 2011 van Van Baars c.s. ingebracht. In dit rapport worden nadere redenen benoemd waaruit zou volgen dat de dijk ondiep - dat wil zeggen in de klei- of veenlagen - is afgeschoven. Het Hoogheemraadschap heeft vervolgens in cassatie een reactie van haar deskundigen op het nadere deskundigenrapport van de Gemeente ingebracht. Hierin is onder meer het volgende opgenomen.

De drie meest pregnante onjuistheden in de berekening zijn:

- Van Baars gaat uit van een 'onrealistisch (citaat Houben) lage' waarde voor de cohesie, namelijk 2,0 tot 2,5 kPa. Geodelft vond op basis van proeven een waarde van 3,0 - 7,0 kPa als bruikbaar voor de berekeningen. Van Baars negeert volledig zonder onderbouwing of argumentatie de resultaten van Geodelft;

- Van Baars gaat uit van een door hem geschatte ligging van het zogenaamde glijvlak dat onjuist is. Van Baars stelt dat dit op 6,5 m - NAP ligt, terwijl Geodelft naar de ligging uitgebreid veldonderzoek heeft verricht op basis waarvan de ligging op 9,0 m - NAP is vastgesteld;

- (...)"

Voorafgaand aan het pleidooi hebben beide partijen een nadere reactie van hun deskundigen doen opstellen en aan het hof doen toekomen.

10. Het hof zal voorshands het GeoDelft-rapport als uitgangspunt nemen, om de volgende redenen. In de eerste plaats is dat rapport gebaseerd op resultaten van veldonderzoek dat direct na de ramp ter plaatse is verricht, en op de resultaten van laboratoriumonderzoek van ter plaatse genomen veldmonsters. Dat is bij het door de Gemeente ingebrachte deskundigenrapporten niet het geval; evenmin zijn daarin de resultaten van die onderzoeken verdisconteerd. Aan de onpartijdigheid van het GeoDelft-rapport heeft het hof voorshands geen twijfel, nu dat tijdens de totstandkoming ervan is onderworpen aan een externe audit, die die onpartijdigheid bevestigd heeft. Niet is gesteld of gebleken dat hetzelfde geldt voor de door de Gemeente overgelegde deskundigenrapportage. Ten slotte is het GeoDelft-rapport door de commissie-Houben (die door alle betrokken overheden, waaronder de Gemeente, is ingesteld) als grondslag voor haar rapportage aanvaard. Ook dat geldt niet voor het door de Gemeente ingebrachte deskundigenrapportage.

11. De Gemeente heeft de onpartijdigheid van het GeoDelft-rapport en de waardering ervan na cassatie betwist door erop te wijzen dat zowel de hoogleraar die de externe audit heeft verricht, als de enige deskundige op het gebied van grondmechanica die in de commissie-Houben zat (prof. em. dr. ir. A. Verruijt, verder: prof. Verruijt), verbonden zijn (geweest) aan GeoDelft. Met betrekking tot prof. Verruijt heeft de Gemeente naar voren gebracht dat deze aan haar tevoren zijn relatie met GeoDelft-rapport niet heeft gemeld en dat deze temeer niet als onafhankelijk commissielid en onafhankelijke deskundige kan worden beschouwd omdat hij naderhand adviezen aan het Hoogheemraadschap is gaan geven. Het hof gaat aan dit betoog voorbij. Het GeoDelft-rapport is voltooid in januari 2004 en het rapport-Houben in december 2004, beide voordat de door de Gemeente ingeschakelde deskundige in januari 2005 zijn rapport afleverde. Vóór dat moment konden de bedoelde hoogleraren geen partij kiezen, aangezien er geen geschil was. Zonder nadere onderbouwing met concrete feiten en omstandigheden, die ontbreekt, valt niet in te zien dat en waarom de omstandigheid dat bedoelde hoogleraren verbonden zijn (geweest) aan GeoDelft, met zich brengt dat zij hun werkzaamheden bij de totstandkoming van het GeoDelft-rapport en het rapport-Houben niet naar eer en geweten als onafhankelijke wetenschappers hebben verricht. Het behoeft geen betoog dat de omstandigheid dat prof. Verruijt naderhand diensten aan het Hoogheemraadschap heeft verleend, aan zijn onafhankelijkheid voordien niet kan afdoen.

12. De Gemeente heeft, voor zover hier van belang, tegen het GeoDelft-rapport inhoudelijk het volgende naar voren gebracht.

a. Er was geen sprake van extreme droogte.

b. Het horizontale glijvlak ligt niet op NAP -9,0 m maar op NAP -6,5 m.

c. Er kleven gebreken aan het laboratoriumonderzoek (verkeerde veensterkte, verkeerde berekening, verkeerd monster; zie pg 2 onder 4 van reactie gemeentedeskundigen d.d. 21 oktober 2011)

a. extreme droogte

13. In het GeoDelft-rapport wordt niet beargumenteerd op welke grond is aangenomen dat de zomer van 2003 extreem droog was. Het Hoogheemraadschap beroept zich ter onderbouwing van die stelling in de eerste plaats op het STOWA-rapport en voorts op een tweetal berichten van het KNMI en een

memorandum van het adviesbureau HKV Lijn in Water. De Gemeente stelt daar de opvatting van de door haar ingeschakelde deskundigen tegenover (eveneens aan het KNMI ontleend), dat het gaat om een neerslagtekort dat eenmaal in de 20 jaar voorkomt en dat dat voor een dijk niet extreem is. Het is het hof niet gebleken dat er één vaste parameter is waaraan de droogte van een periode wordt afgemeten. Uit de door het Hoogheemraadschap overgelegde gegevens blijkt dat het maximale potentiële neerslagtekort nabij Wilnis over de periode van 13 weken voorafgaand aan de kadeverschuiving sinds 1932 slechts éénmaal even hoog is geweest, dat de zomerse hoeveelheid neerslag in Nederland sinds 1854 slechts éénmaal minder is geweest en dat het aantal zonuren (waaraan uitdroging gerelateerd kan worden) in de zomer van 2003 in de periode vanaf 1901 slechts éénmaal hoger is geweest. Naar het oordeel van het hof heeft het Hoogheemraadschap daarmee aannemelijk gemaakt dat sprake was een extreme droogte.

b. het horizontale glijvlak

14. In het GeoDelft-rapport is vermeld dat de onderzoekers uit hun waarnemingen, naar het hof begrijpt in een proefsleuf en van de boorkernen, hebben afgeleid dat het horizontale glijvlak zich op NAP -9,0 m heeft bevonden. De waarnemingen zijn, naar het hof heeft begrepen, niet fotografisch vastgelegd. Wel heeft GeoDelft in een brief een nadere beschouwing inzake het betreffende onderzoek gegeven (productie 41 bij conclusie van dupliek). Hieruit volgt dat op 12 september 2003 een profielkuil naast de verschoven grondmoot is gegraven. Daarin was geen glijvlak te zien. Vervolgens is op 19 september 2003 een profielkuil in de verschoven grondmoot gegraven. Deze profielkuil was ruim 14 meter lang en is gegraven tussen twee drainageafvoeren. Bij het graven van deze profielkuil waren medewerkers van TNO, NITG, Geodelft en DWR aanwezig. De belangrijkste constatering op basis van deze profielkuil was dat er geen glijvlak in de klei- en veenlaag tot NAP -9,0 m zichtbaar was. Bij een deformatie van meer dan 5,0 meter langs een afschuifvlak in kleiige of veenlagen had dit, naar Geodelft stelt en de Gemeente niet heeft betwist, zonder meer in de bodemopbouw en detailstructurering zichtbaar moeten zijn.

15. De Gemeente heeft de waarneming dat geen glijvlak aanwezig was in de klei- en veenlaag tot NAP - 9,0 m betwist. Daarbij beroept de Gemeente zich allereerst op de deskundigenrapportages van Van Baars c.s. Van Baars heeft in zijn rapport van augustus 2005 de stelling ingenomen dat een afschuiving in de klei- of veenlagen uiterst aannemelijk is. In het nadere deskundigenrapport van mei 2011 wordt vervolgens uit luchtfoto's, handberekeningen en computerberekeningen en een drietal 'bewijzen' (zijnde twee conclusies naar aanleiding van de luchtfoto's en enkele berekeningen) afgeleid dat de dijk ondiep is afgeschoven. Naar het oordeel van het hof leggen deze conclusies en berekeningen onvoldoende gewicht in de schaal tegenover het GeoDelft-rapport, dat is gebaseerd op waarnemingen ter plaatse van professionals.

16. Voorts heeft de Gemeente de waarnemingen betwist wegens het ontbreken van foto's en andere bewijzen van de constateringen ter plaatse. Naar het oordeel van het hof leidt dat zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet tot twijfel aan de betrouwbaarheid van de door de onderzoekers van GeoDelft gerapporteerde bevindingen. Daargelaten hetgeen omtrent de betrouwbaarheid van het GeoDelft-rapport in rechtsoverweging 10 is overwogen, bestond ten tijde van het veldonderzoek nog geen verschil van inzicht over de diepteligging van het glijvlak zodat het fotografisch vastleggen van bevindingen niet noodzakelijk leek. Bovendien waren meerdere deskundigen ter plaatse aanwezig en werd de locatie ten behoeve van het onderzoek gedraineerd. Deze drainage diende zo kort mogelijk te duren en direct na de waarneming is de drainage beëindigd waarna het verzamelen van bewijzen van de waarneming ter plaatse onmogelijk werd.

17. Ten slotte heeft de Gemeente de waarnemingen betwist door te stellen dat ir. M.T. van der Meer van Fugro Ingenieursbureau B.V. (verder: Van der Meer) de tweede sleuf ter plaatse van de afschuiving heeft gezien en uit eigen wetenschap kan verklaren dat hij op NAP -6,5 m een afschuifvlak heeft gezien. De Gemeente heeft aangeboden Van der Meer als getuige te doen horen. Het hof zal daartoe de gelegenheid bieden als na te melden.

c. laboratoriumonderzoek

18. Met betrekking tot het door GeoDelft uitgevoerde laboratoriumonderzoek staat het hof, gelet op de kritiek daarover van de zijde van de Gemeente, voor de vraag of dat laboratoriumonderzoek en de mede op grond daarvan uitgevoerde berekeningen volgens de regelen der kunst zijn uitgevoerd. In het bijzonder wenst het hof te weten of de in het GeoDelft-rapport voor de berekening gehanteerde veensterkte mocht worden gehanteerd, of een onbruikbaar monster in het onderzoek is meegenomen en, zo ja, wat daarvan de betekenis is voor de maatgevende resultaten van het onderzoek, en voorts of in de berekeningen op grond van die resultaten fouten zijn gemaakt en, zo ja, wat de betekenis daarvan is voor de op grond van het laboratoriumonderzoek getrokken conclusies. Het hof zal met het oog daarop een of meer deskundige(n) benoemen, die aan de hand van door het Hoogheemraadschap ter beschikking te stellen gegevens op de gebruikelijke wijze zal rapporteren. Het hof zal de zaak naar de rol verwijzen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over het aantal en de naam/namen van de te benoemen deskundige(n) (bij voorkeur gezamenlijk) en van de aan deze(n) te stellen vragen. Het Hoogheemraadschap zal ervoor dienen zorg te dragen dat aan de deskundige(n) alle nodige documenten en inlichtingen worden verstrekt (waaronder in elk geval de bijlage(n) bij het GeoDelft-rapport waarin het laboratoriumonderzoek is beschreven) en dat de aan de deskundige(n) verstrekte documenten tevens in het geding worden gebracht, voor zover dat nog niet is geschied.

19. Aan de hand van de bovengenoemde bewijslevering zal het hof naar verwachting een oordeel kunnen vellen over de vraag of het Hoogheemraadschap voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen in de zin van artikel 6:174 BW. Mocht dat het geval zijn, dan komt op grond van de devolutieve werking van het appel de vraag aan de orde of het Hoogheemraadschap toerekenbaar is tekortgeschoten in het onderhoud van de kade (artikel 6:162 BW), zoals door de Gemeente is gesteld en door het Hoogheemraadschap betwist. Anders dan bij de opstalaansprakelijkheid ligt de bewijslast dan bij de gemeente. Hierop zal het hof thans nog niet verder ingaan.

20. Het hof houdt elke verdere beslissing aan.

Beslissing

Het hof:

- verwijst de zaak naar de rol van 15 mei 2012 voor het nemen van een akte aan de zijde van beide partijen met de doeleinden, omschreven in rechtsoverweging 18 van dit arrest;
- bepaalt dat Van der Meer als getuige zal worden gehoord in een der zittingszalen van het Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan 60 te 's-Gravenhage ten overstaan van de hierbij benoemde raadsheer-commissaris mr. A.V. van den Berg, op 22 juni 2012 om 9:30 uur;
- bepaalt dat, indien één der partijen binnen veertien dagen na heden, onder gelijktijdige opgave van de verhinderdata van beide partijen en de te horen getuigen in de maanden juni tot en met september van 2012, opgeeft dan verhinderd te zijn, de raadsheer-commissaris (in beginsel eenmalig) een nadere datum en tijdstip voor de getuigenverhoren zal vaststellen;
- verstaat dat het hof reeds beschikt over een kopie van de volledige procesdossiers in eerste aanleg en in hoger beroep, inclusief producties, zodat overlegging daarvan voor het getuigenverhoor niet nodig is;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Dupain, A.V. van den Berg en H.J.H. van Meegen en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 17 april 2012 in aanwezigheid van de griffier.