

070/121083

CASSATIEDAGVAARDING

Heden, de vijftiende juni tweeduizendelf, ten verzoeken van:

1. **PIETERNELLA BAARDSE-VAN DER RHEE**, wonende te Dordrecht;
2. **ANNA GEERTRUIDA BAARDSE**, wonende te Dordrecht;
3. **JORGE ENRIQUE ORAISON** en **CORNELIA JOHANNA MARIA RIJNBERG**, wonende te Dordrecht;
4. **SJIMON RENÉ DEN HOLLANDER**, wonende te Dordrecht;
5. de vereniging **BELANGEN VERENIGING FUNDERINGS PROBLEMATIEK**, kantoorhoudend en gevestigd te Dordrecht;

allen voor deze cassatieprocedure woonplaats kiezende te (2514 JH) 's-Gravenhage aan de Parkstraat 107 ten kantore van de advocaten bij de Hoge Raad der Nederlanden mrs. J.P. Heering en L. van den Eshof, die door mijn rekwiranten zijn aangewezen om hen in deze cassatieprocedure te vertegenwoordigen;

heb ik,

AAN

de publiekrechtelijke rechtspersoon **GEMEENTE DORDRECHT**, zetelend te Dordrecht, in deze zaak in de vorige instantie laatstelijk woonplaats gekozen hebbende ten kantore van de haar laatstelijk vertegenwoordigende procesadvocaat mr. P.J.M. von Schmidt auf Altstadt, kantoorhoudende te (2514 GC) 's-Gravenhage aan het Noordeinde 33, aldaar aan die gekozen woonplaats op de voet van art. 63 lid 1 Rv mijn exploit doende, afschrift dezes latende aan:

AANGEZEGD

dat mijn rekwiranten beroep in cassatie instellen tegen het op 15 maart 2011 door het Gerechtshof te 's-Gravenhage, eerste civiele kamer, onder zaaknummer 200.049.029/01 gewezen arrest tussen mijn rekwiranten als appellanten en de gerekwireerde voornoemd als geïntimeerde;

Vervolgens heb ik, deurwaarder, voornoemde gerekwireerde

GEDAGVAARD

om op vrijdag de zestiende september tweeduizendelf, 's ochtends om 10.00 uur, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, te verschijnen ter terechtzitting van de Hoge Raad der Nederlanden, die zal worden gehouden in het gebouw van de Hoge Raad aan de Kazernestraat 52 te 's-Gravenhage;

MET DE AANZEGGING, DAT

- a. indien gerekwireerde op de voorgeschreven wijze in het geding verschijnt maar het hierna te noemen griffierecht niet tijdig betaalt, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter verstek tegen gerekwireerde verleent, het door de gerekwireerde in cassatie gevoerde verweer buiten beschouwing blijft en haar recht om in cassatie te komen vervalt;
- b. bij verschijning in het geding van gerekwireerde een griffierecht van € 2.357,-- zal worden geheven, te voldoen binnen vier weken te rekenen vanaf het tijdstip van verschijning;

TENEINDE

tegen het aangevallen arrest te horen aanvoeren het navolgende

MIDDEL VAN CASSATIE

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vevat in het ten deze bestreden arrest, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, mede in onderlinge samenhang te lezen redenen:

A. Inleiding

1. Baardse-Van der Rhee is eigenaar van de parterrewoning aan de Reeweg Oost 114 te Dordrecht. Baardse is eigenaar van de woning aan de Reeweg Oost 116; welke woning gelegen is boven die van Baardse-Van der Rhee. Oraison en Rijnberg zijn eigenaar, ieder voor de onverdeelde helft, van de woning aan de Adriaan van Bleijenburgstraat 31 te Dordrecht. Den Hollander is eigenaar van de woning aan de Koninginnestraat 10-12 te Dordrecht.¹
2. De hiervoor genoemde woningen zijn gelegen in het zogenaamde 'aandachtsgebied funderingen', een gebied met een totale oppervlakte van ongeveer 4.2 km² waarin de kans op funderingsproblemen relatief groot is.²

¹ Vgl. rov. 1.2-1.4 van het bestreden arrest en rov. 2.1 van het vonnis van de Rechtbank.

² Vgl. rov. 1.7 van het bestreden arrest en rov. 2.2 van het vonnis van de Rechtbank.

3. De genoemde woningen zijn gefundeerd op houten palen. Indien houten funderingspalen zich geheel of gedeeltelijk boven het niveau van het plaatselijke grondwaterpeil bevinden, kan schimmelvorming optreden waardoor de palen worden aangetast. Het proces van schimmelvorming en aantasting van de palen wordt tot staan gebracht indien de paal weer onder het grondwaterniveau komt te staan, maar gaat weer verder zodra de paal droog komt te staan. Indien houten funderingspalen cumulatief gedurende 10 tot 20 jaar (standpunt van de door de eisers ingeschakelde deskundige, TNO) dan wel 15 tot 20 jaar (standpunt Gemeente) droog hebben gestaan, zijn problemen voor het dragend vermogen te verwachten.³ Indien riolering lek is, kan deze een drainerende werking krijgen doordat grondwater het riool binnendringt. Dit kan ertoe leiden dat houten funderingspalen in de nabijheid van het lek droog komen te staan.⁴
4. Het gevaar van (langdurige) droogstand heeft zich in Dordrecht op grote schaal verwezenlijkt. Onder meer bij de genoemde woningen is schade aan de fundering ontstaan.⁵ Bij brief van 17 oktober 2000 (prod. 9 bij inl. dgv) heeft de gemeente Dordrecht (hierna: de Gemeente) de Bewoners van het aandachtsgebied funderingen geïnformeerd over, kort gezegd, het optreden van paalrot als gevolg van droogstand door te lage grondwaterstanden.⁶
5. Bij akte van 2 mei 2001 is de Belangen Vereniging Funderings Problematiek (hierna: BVFP) opgericht. De BVFP heeft als statutaire doelstelling:⁷

“(...) het behartigen van de belangen van (deel)gerechtigden in de eigendom van de registergoederen te Dordrecht ter verkrijging van een optimale schadeloosstelling voor onder meer kosten van de keuring en het herstel van funderingen, alsmede de gevolgschade van de uitvoering van de herstelwerkzaamheden en van het niet tijdige herstel alsmede de kosten voor het behoud van (de waarde van) de betreffende registergoederen te Dordrecht. Tevens stelt zij zich tot doel om preventieve actie te ondernemen ter voorkoming of beperking van schade aan de funderingen van de betreffende registergoederen. (...)”

6. In opdracht van de BVFP, waarvan de hiervoor genoemde huiseigenaren lid zijn, heeft TNO Bouw en Ondergrond (hierna: TNO) een rapport uitgebracht genaamd *‘Onderzoek naar funderingsschade door lage grondwaterstanden in Dordrecht’* (overgelegd als prod. 6 bij inl. dgv). Dit rapport bevat conclusies op basis van een onderzoek naar de oorzaken van funderingsschade aan houten paalfunderingen van woningen in het aandachtsgebied funderingen. Specifiek is onderzoek gedaan naar de funderingsschade op de hiervoor genoemde locaties.
TNO concludeert dat de houten funderingen van die woningen door schimmel zijn aangetast, welke aantasting is veroorzaakt door droogstand. Deze droogstand kan volgens TNO uitsluitend zijn

³ Vgl. rov. 1.6 van het bestreden arrest.

⁴ Vgl. rov. 1.8 van het bestreden arrest.

⁵ Vgl. rov. 1.9 van het bestreden arrest.

⁶ Vgl. rov. 2.4 van het vonnis van de Rechtbank.

⁷ Vgl. rov. 2.5 van het vonnis van de Rechtbank.

veroorzaakt door lekkende straatriolen. Lekkende rioleringen hebben een drainerende werking, doordat het grondwater het riool binnendringt.

Ten aanzien van het rioolbeheer van de Gemeente is TNO van mening dat de Gemeente in een aantal gevallen bij de aanleg van drainage ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het niveau van de bovenkant van het funderingshout, zodat hierdoor droogstand en funderingsschade is ontstaan.⁸

7. De onderhavige zaak draait – kort samengevat – om de vraag of de Gemeente op de voet van art. 6:174 dan wel 6:162 BW aansprakelijk is voor de schade aan de houten paalfunderingen van woningen als gevolg van een te lage grondwaterstand.
8. De Rechtbank heeft vorderingen van de bewoners en de BVFP (hierna gezamenlijk: de Bewoners) afgewezen. De Rechtbank heeft daartoe, voor zover in cassatie van belang, allereerst onderzocht of – uitgaande van bekendheid van de Gemeente met het onderhavige probleem – aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad bestaat.⁹ De Rechtbank beantwoordde deze vraag ontkennend: volgens de Rechtbank is de Gemeente in haar verplichtingen als rioolbeheerder noch in haar informatieplicht tekort geschoten.¹⁰ Nu aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW ontbrak, was volgens de Rechtbank voldaan aan de aan het slot van het eerste lid van art. 6:174 BW verwoorde 'tenzij-clausule', zodat aansprakelijkheid op die grond evenzeer zou ontbreken.¹¹
9. Het Hof heeft vorenstaande beoordelingsmethodiek van de Rechtbank gesanctioneerd.¹² Uit de uitspraak van Uw Raad in de Wilnis-zaak (HR 17 december 2010, RvdW 2011/7) heeft het Hof vervolgens afgeleid dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW, in wezen dezelfde is als de vraag of de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Bewoners.¹³ Het Hof heeft de grieven in dat licht beoordeeld en is tot de conclusie gekomen dat aan de riolering geen 'gebrek' in de zin van art. 6:174 BW kleefde respectievelijk dat de Gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁴ Aan de vraag naar het causaal verband is het Hof derhalve niet toegekomen.¹⁵

⁸ Vgl. rov. 2.7 van het vonnis van de Rechtbank.

⁹ Vgl. rov. 4.7 van het vonnis van de Rechtbank.

¹⁰ Bovendien ontbrak volgens de Rechtbank wat betreft de schending van de informatieplicht het causaal verband met de gestelde schade. Vgl. rov. 4.8-4.39.

¹¹ Vgl. rov. 4.8 en 4.40 van het vonnis van de Rechtbank.

¹² Vgl. rov. 2.1-2.3 van het bestreden arrest. Daartegen richt zich het eerste onderdeel van het cassatiemiddel.

¹³ Vgl. rov. 2.5 van het bestreden arrest, dat in cassatie wordt bestreden door het tweede onderdeel.

¹⁴ Vgl. rov. 3.1-6.2, 7.2, 8.2, 9.2-9.8, waartegen zich de andere onderdelen keren.

¹⁵ Vgl. rov. 3.2 en 6.2.

B. Cassatieklachten

Onderdeel 1: oordeel omtrent de tenzij-clausule van art. 6:174 BW

In rov. 2.2 en 2.3 van het bestreden arrest overweegt het Hof ten aanzien van de tweede grief van de Bewoners – die zich richtte tegen het oordeel van de Rechtbank dat, nu aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW ontbreekt, hun vorderingen op grond van art. 6:174 lid 1 BW (evenzeer) moeten worden afgewezen – onder meer:

“2.2 Deze grief kan niet slagen om de volgende redenen. Het stond de rechtbank op zichzelf vrij om, zoals zij kennelijk heeft gedaan, in het midden te laten of voldaan is aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid die art. 6:174 lid 1 BW stelt en te onderzoeken of voldaan is aan de tenzij-clausule, die op die aansprakelijkheid een uitzondering maakt. Indien immers aan de voorwaarden van de tenzij-clausule is voldaan ontbreekt aansprakelijkheid reeds om die reden en is nader onderzoek naar de voorwaarden die aansprakelijkheid vestigen overbodig. (...). De tenzij-clausule (...) heeft ten doel tot uitdrukking te brengen dat de bezitter zijn aansprakelijkheid niet kan afwenden met een beroep op (schuld of onrechtmatigheid uitsluitende) onbekendheid met het gebrek, doch slechts door omstandigheden te bewijzen die hem, bij bekendheid met het gebrek, van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hadden gevrijwaard. De rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of, uitgaand van bekendheid van de Gemeente met het door haar onder 4.7 geformuleerde gevaar (drainerende werking van lekkende riolen, hetgeen droogstand en daardoor paalrot aan houten funderingen kan veroorzaken), de Gemeente op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zou zijn.

2.3 De rechtbank heeft daarbij niet uit het oog verloren dat de bewijslast ten aanzien van toepassing van de tenzij-clausule in beginsel op de Gemeente rust. De rechtbank is kennelijk van oordeel dat de feiten en omstandigheden die de Gemeente heeft aangevoerd om te adstrueren dat zij, anders dan de Bewoners aanvoeren, haar onderhoudsverplichtingen ten aanzien van de riolering wel is nagekomen, onvoldoende zijn weersproken zodat zij daarmee als vaststaand moeten worden aangemerkt. Voor zover de Bewoners betogen dat de rechtbank had moeten vaststellen wanneer het bedoelde gevaar is ontstaan treft dat betoog geen doel. De rechtbank heeft kennelijk bekendheid van de Gemeente met dat gevaar aanwezig verondersteld op het tijdstip dat dit gevaar is ontstaan, waarbij zij in het midden mocht laten op welk tijdstip dat gevaar precies is ontstaan. Daartoe gaf - en geeft - het debat tussen partijen ook geen aanleiding, mede gelet op het feit dat de Bewoners zich slechts baseren op een in algemene termen gesteld gevaar, in hoger beroep onbestreden geformuleerd door de rechtbank onder 4.7 van het vonnis, en zelf ook geen duidelijk standpunt hebben ingenomen ten aanzien van het tijdstip waarop het gevaar is ontstaan.”

Klachten

- 1.1 Met zijn oordeel in rov. 2.2 dat het de Rechtbank op zichzelf vrijstond om in het midden te laten of voldaan is aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid die art. 6:174 lid 1 BW stelt en te onderzoeken of voldaan is aan de tenzij-clausule, die op die aansprakelijkheid een uitzondering maakt, heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof heeft aldus overwegend miskend dat de ratio en strekking van art. 6:174 lid 1 BW met zich brengen dat eerst nadat is

vastgesteld dat sprake is van een gebrek in de zin van art. 6:174 BW, kan worden toegekomen aan beoordeling van een (mogelijk) beroep op de in dat artikel vervatte tenzij-clausule. Het antwoord op de vraag of de opstalbezitter bij bekendheid met het gebrek en het daardoor veroorzaakte gevaar toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld (met andere woorden: of aansprakelijkheid ontbreekt op grond van de tenzij-clausule) hangt bovendien van alle relevante omstandigheden van het geval, waarbij mede betekenis kan toekomen aan omstandigheden die de opstalbezitter in het kader van zijn beroep op de afwezigheid van een gebrekkige toestand heeft aangevoerd, zoals een beroep op zijn beleidsvrijheid en/of zijn beperkte financiële middelen (vgl. HR 17 december 2010, RvdW 2011/7, rov. 4.5.2).

In gevallen als het onderhavige, waarin zowel de gebrekkigheidsbeoordeling als de beoordeling van de tenzij-clausule (grotendeels) van dezelfde omstandigheden afhankelijk is, dient dan ook eerst te worden beoordeeld of in het licht van die omstandigheden sprake is van gebrekkigheid in de zin van art. 6:174 BW, voordat – na positieve beantwoording van die vraag – kan worden beoordeeld of die omstandigheden het beroep op de tenzij-clausule kunnen dragen.

- 1.2 De conclusie van het Hof in rov. 2.2, dat de Rechtbank dan ook terecht heeft onderzocht of, uitgaand van bekendheid van de Gemeente met het door haar onder 4.7 geformuleerde gevaar, de Gemeente op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk zou zijn, is eveneens rechtens onjuist, voor zover het Hof hierbij zou zijn uitgegaan van de in onderdeel 2 als onjuist te bestrijden rechtsopvatting dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stelling in de zin van art. 6:174 BW, in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld (rov. 2.5). Het Hof lijkt hier in het bijzonder te miskennen dat de omstandigheid dat de tenzij-clausule ten doel heeft tot uitdrukking te brengen dat de bezitter zijn aansprakelijkheid niet kan afwenden met een beroep op (schuld of onrechtmatigheid uitsluitende) onbekendheid met het gebrek, doch slechts door omstandigheden te bewijzen die hem, bij bekendheid met het gebrek, van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad hadden gevrijwaard, niet (reeds) tot die conclusie noopt (vgl. subonderdeel 2.1).
- 1.3 Met zijn oordeel in rov. 2.3 dat de Rechtbank, nu het (kennelijk) bekendheid van de Gemeente met het (bedoelde) gevaar aanwezig heeft verondersteld op het tijdstip dat dit gevaar is ontstaan, in het midden mocht laten op welk tijdstip dat gevaar precies is ontstaan, is het Hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, nu het heeft miskend dat (het vaststellen van) dit moment (onder meer) van belang is, dan wel kan zijn, voor de vraag naar de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar, alsmede om te kunnen bepalen welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn van de opstalbezitter. Daarbij komt immers mede betekenis toe aan de toenmalige – ten tijde van het ontstaan van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar – stand van de wetenschap en de techniek.
- 1.4 Zonder nadere motivering, die ontbreekt, is bovendien onbegrijpelijk dat en waarom in casu in het midden mocht worden gelaten op welk tijdstip het gevaar is ontstaan. 's Hofs overweging in rov. 2.3 dat het debat tussen partijen geen aanleiding gaf – en geeft – tot vaststelling van het tijdstip waarop het gevaar is ontstaan, is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, nu ook volgens het Hof de

gebrekkingheid van de opstal (mede) moet worden beoordeeld aan de hand van hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden en dat – naar de kern – is waarop de Bewoners zich beroepen (vgl. rov. 2.5).

's Hofs overweging in rov. 2.3 dat de Bewoners zelf (ook) geen duidelijke standpunt zouden hebben ingenomen ten aanzien van het tijdstip waarop het gevaar is ontstaan, is bovendien onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van de stelling van de Bewoners dat de gebrekkige toestand van het rioleringsstelsel blijkens de rapportage van TNO dateert van circa 10 tot 20 jaar vóór 2006 en dat de droogstand van de houten funderingspalen toen is opgetreden (vgl. mvg nrs. 16 en 22-23 en prod. 4 bij inl. dgv, p. 97 e.v.). In het licht van die stellingen is 's Hofs overweging dat Bewoners zich slechts baseren op een in algemene termen gesteld gevaar eveneens onbegrijpelijk.

Onderdeel 2: oordeel omtrent de toetsingsmaatstaf van art. 6:174 BW

Na in rov. 2.4 van het arrest de rov. 4.4.4-4.4.5 uit de uitspraak van de Hoge Raad van 17 december jl., RvdW 2011/7 (dijkdoorbraak Wilnis), te hebben geciteerd, overweegt het Hof in rov. 2.5 van oordeel te zijn dat de geciteerde gezichtspunten (ook) in het onderhavige geval van belang zijn, aangezien het ook in deze zaak gaat om de aansprakelijkheid van een overheidslichaam voor een gesteld gebrek in een publiek werk. Dat is op zichzelf juist. Het Hof voegt daaraan echter toe:

“Dit betekent dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 lid 1 BW (hierna ook wel: of daaraan een 'gebrek' kleeft) in wezen dezelfde is als de vraag of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld. In beide gevallen speelt de eventuele afwezigheid van (subjectieve) kennis bij de Gemeente van het gevaar geen rol, aangezien in het eerste geval deze onbekendheid geen disculpatie oplevert en de bekendheid in het tweede geval verondersteld wordt. De overwegingen van de rechtbank in het kader van de tenzij-clausule omtrent de onrechtmatigheid zijn derhalve evenzeer van belang voor het oordeel of er sprake is van een gebrek als bedoeld in art. 6:174 lid 1 BW en tevens voor de beoordeling van het subsidiaire standpunt van de Bewoners dat de Gemeente jegens hen een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Dit is in overeenstemming met de opvatting in de literatuur dat indien de gebrekkingheid van de opstal wordt beoordeeld aan de hand van hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden (en dat is naar de kern waar de Bewoners zich op beroepen, zie memorie van grieven onder 22), de kwalitatieve aansprakelijkheid niet verder reikt dan die uit onrechtmatige daad. Het hof zal de grieven in dat licht beoordelen (...)”

Klachten

Deze oordeelsvorming is in verschillende opzichten onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 2.1 Ten eerste leidt het Hof uit het genoemde Wilnis-arrest ten onrechte af dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld. Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting van de in art. 6:174 BW neergelegde risico-aansprakelijkheid en rust op een verkeerde interpretatie van het Wilnis-

arrest (HR 17 december 2010, RvdW 2011/7). Uit dat arrest blijkt immers dat het bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen ("gebrekkig is") aankomt op de – naar objectieve maatstaven te beoordelen – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn (rov 4.4.4). Het Hof heeft miskend dat dit niet (in wezen) dezelfde maatstaf is als die van art. 6:162 BW, ook niet in een geval als het onderhavige. De omstandigheid dat de kwalitatieve aansprakelijkheid, indien de gebrekkigheid van de opstal wordt beoordeeld aan de hand van hetgeen aan onderhoud en maatregelen van de bezitter verwacht kan worden niet verder reikt dan die uit onrechtmatige daad, noopt in ieder geval niet (reeds) tot de conclusie dat de vraag of de riolering in de Gemeente al dan niet gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als de vraag of de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Bewoners. Dat de wetgever een te ruime aansprakelijkheid van de bezitter heeft willen voorkomen door bepaalde begrenzings die in afdeling 6.3.1 aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad worden gesteld, ook te laten gelden voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW, zodat deze aansprakelijkheid – wanneer eenmaal aan de eisen daarvoor is voldaan – geen verdere gevolgen heeft dan een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben, impliceert immers geenszins dat de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de voorwaarden voor vestiging van die aansprakelijkheden dezelfde is.

Daarmee is tevens onjuist de op het zojuist bestreden oordeel voortbouwende overweging van het Hof dat de overwegingen van de rechtbank in het kader van de tenzij-clausule omtrent de onrechtmatigheid (derhalve) evenzeer van belang zijn voor het oordeel of er sprake is van een gebrek als bedoeld in art. 6:174 lid 1 BW.

Dit rechtens onjuiste uitgangspunt werkt door in de verdere oordeelsvorming van het Hof, voor zover het Hof daarin niet de hiervoor genoemde door de Hoge Raad in zijn arrest van 17 december 2010, RvdW 2011/7 (rov. 4.4.4) geformuleerde maatstaf heeft toegepast, maar (de facto) slechts heeft beoordeeld of sprake is van onrechtmatig handelen van de Gemeente jegens de Bewoners (vgl. rov. 6.2, 4.3-4.18, 7.2 en 9.1-9.9).

- 2.2 Voor zover het Hof aan dat oordeel ten grondslag heeft gelegd dat in beide gevallen (aansprakelijkheid op de voet van art. 6:174 lid 1 BW, resp. van art. 6:162 BW) de eventuele afwezigheid van (subjectieve) kennis bij de Gemeente van het gevaar geen rol speelt, is zijn oordeel eveneens onjuist. Het Hof verliest hierbij – mede blijkens zijn verdere overwegingen – uit het oog dat het belangrijkste verschil bij de beoordeling van aansprakelijkheid op de voet van art. 6:162 BW en art. 6:174 BW is gelegen in de toetsing van de *kenbaarheid* van het gevaar. Bij de toetsing van de onrechtmatigheidsbeoordeling in het kader van art. 6:162 BW gaat het om een subjectieve kenbaarheid van het gevaar, waarbij de vraag is of de aangesprokene het gevaar had kunnen en moeten kennen. Het Hof gaat in zijn verdere oordeelsvorming bij de toetsing van de kenbaarheid voor de Gemeente van dit specifieke gevaar onmiskenbaar van dit kenbaarheids criterium uit (vgl. m.n. rov. 4.3-4.18, 7.2, 8.2, 9.1-9.9). Het Hof miskent daarin dat bij de beoordeling van de kenbaarheid van het gevaar in het kader van art. 6:174 BW niet alleen wordt geabstraheerd van de feitelijke (subjectieve) bekendheid van de opstalbezitter met het gebrek (op het moment van het

ontstaan daarvan) en het daardoor concreet in het leven geroepen gevaar, maar tevens van de *subjectieve kenbaarheid* van een en ander, aangezien moet worden getoetst of 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 (HR 17 december 2010, RvdW 2011/7, rov. 4.4.4).

Onderdeel 3: miskening vermoeden

- 3.1 Het in het vorige onderdeel bestreden oordeel van het Hof is tevens in zoverre onjuist, dat het Hof in rov. 2.5 ten onrechte voor zijn verdere beoordeling tot uitgangspunt neemt dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de vraag of de riolering gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW op de Bewoners rusten. Aldus overwegende heeft het Hof miskend dat het vaststaande feit dat bij de woningen in kwestie schade aan de funderingen is ontstaan (vgl. rov. 1.9) en het gevaar dat door het gebrek in het leven is geroepen zich aldus heeft gerealiseerd, voldoende was voor het aannemen van het vermoeden dat de riolering niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, behoudens door de Gemeente te leveren tegenbewijs (vgl. HR 17 december 2010, RvdW 2011/7, rov. 4.4.5). Het Hof heeft althans uit het oog verloren dat het op grond van dit vermoeden op de weg van de Gemeente lag om te stellen en te bewijzen dat zij wel degelijk heeft voldaan aan de zorgvuldigheidseisen die volgens de (toegespitste) Kelderluik-criteria van haar verwacht mochten worden.
- 3.2 Voor zover het Hof van oordeel zou zijn dat in het onderhavige geval geen aanleiding bestond om tot een dergelijk vermoeden te komen op de grond dat niet vast zou staan dat het door het gebrek in het leven geroepen gevaar zich heeft gerealiseerd, is zijn oordeel in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk. Op goede grond heeft het Hof met de Rechtbank tot uitgangspunt genomen, dat het in art. 6:174 BW bedoelde gevaar in deze zaak is de drainerende werking van lekkende riolen, hetgeen droogstand en daardoor paalrot aan houten paalfunderingen kan veroorzaken (vgl. rov. 2.5, slot). De gedingstukken laten geen andere uitleg toe dan dat dit gevaar zich ook daadwerkelijk heeft gerealiseerd. Reeds uit het vonnis van de Rechtbank van 22 juli 2009 blijkt immers – in hoger beroep onbestreden – dat:
- (a) de ondeugdelijke staat van de riolering tot schade heeft geleid (vgl. rov. 4.10 van het vonnis);
 - (b) paalrot is opgetreden bij de in het geding zijnde woningen (vgl. rov. 4.15 van het vonnis);
 - (c) TNO in zijn rapport over de oorzaken van funderingsschade aan houten paalfunderingen in het aandachtsgebied, waaronder specifiek de drie in het geding zijnde locaties (prod. 6 bij inl. dgv) concludeert dat de houten funderingen van die woningen door schimmel zijn aangetast, welke aantasting is veroorzaakt door droogstand als gevolg van lekkende straatriolen (vgl. rov. 2.7 van het vonnis);
 - (d) uit het rapport van de Gemeentewerken Gemeente Rotterdam met betrekking tot de Koninginnestraat 10-12 (prod. 11 bij cva) volgt dat (het draagvermogen van) de houten paalfundering van die woning sterk is aangetast, zodat de fundering geheel moet worden vervangen (vgl. rov. 4.24-4.26 van het vonnis);
 - (e) uit de rapporten met betrekking tot de Adriaan van Bleijenburgstraat 31 (prod. 12-14 bij cva) volgt dat ter plaatse sprake is van paalrot en schimmelaantasting van het funderingshout als

gevolg van droogstand; er wordt geadviseerd de fundering volledig te vervangen (vgl. rov. 4.28-4.30 van het vonnis);

- (f) uit de rapporten met betrekking tot de Reeweg Oost 114-116 (prod. 15-17 bij cva en prod. 14 bij cvr) volgt dat ter plaatse sprake is van droogstand (vermoedelijk veroorzaakt door rioollekkage) en schimmelaantasting van het funderingshout; er wordt geadviseerd maatregelen te nemen, bestaande uit grondwaterstandverhoging of volledig funderingsherstel (vgl. rov. 4.34-4.37 van het vonnis).

Het Hof heeft vervolgens zelf ook vastgesteld dat bij de woningen schade is ontstaan aan de funderingen (vgl. rov. 1.9).

- 3.3 In ieder geval heeft het Hof zijn motiveringsplicht geschonden door onvoldoende (kenbaar) te responderen op het betoog van de Bewoners dat (zij voldoende hebben aangetoond dat) het door het lekkende rioleringsstelsel in het leven geroepen gevaar op aantasting van de houten paalfunderingen door droogstand zich heeft verwezenlijkt, zodat het vermoeden is gerechtvaardigd dat de rioleringen ter plaatse niet voldoen aan de daaraan te stellen eisen en het aan de Gemeente is om dit vermoeden te weerleggen (vgl. mvg nrs. 52, 66, 80, 93 en 98; pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 10, 14, 22, 28, 33-34 en 37-38).
- 3.4 De miskennis van het vorenstaande vitiëert niet alleen de overwegingen van het Hof, waarin het Hof is uitgegaan van de stelplicht van de Bewoners ten aanzien van de gebrekkigheid van de rioleringen (vgl. rov. 4.3-4.4, 4.14 en 4.17), maar ook de overwegingen van het Hof ten aanzien van de drie in het geding zijnde locaties (vgl. rov. 7.2 en 9.1-9.9). Ook in die overwegingen heeft het Hof immers ten onrechte, althans onbegrijpelijkerwijs, niet bij wijze van vermoeden aangenomen dat de riolering niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen (behoudens tegenbewijs).

Onderdeel 4: oordeel omtrent bekendheid van de Gemeente met het gevaar

In rov. 4.2-4.3 overweegt het Hof ten aanzien van grief 4 van de Bewoners, waarin zij (onder meer) klagen dat de Rechtbank ten onrechte is voorbij gegaan aan de bij de Gemeente bestaande langjarige wetenschap van de slechte staat waarin de rioleringen zich bevonden alsmede de wetenschap van de daaruit voortvloeiende risico's voor houten paalfunderingen (vgl. rov. 4.2):

"4.2 (...) De grief is ongegrond voor wat betreft de wetenschap van de bedoelde risico's. De rechtbank is immers veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat de Gemeente die wetenschap bezat.

4.3 De grief is ontoelaatbaar vaag voor zover daarin wordt aangevoerd dat de Gemeente 'langjarige' wetenschap had van de slechte staat waarin de rioleringen zich bevonden. Onduidelijk is wanneer naar de mening van de bewoners deze 'langjarige' wetenschap is ontstaan en wat zij bedoelen met 'de slechte staat' van de riolering. De Gemeente heeft gemotiveerd gesteld dat (i) de Wareco-rapporten niet ten doel hadden de funderingsproblematiek in kaart te brengen maar te adviseren over de vraag op welke wijze na rioolrenovatie door middel van drainage wateroverlast zou kunnen worden voorkomen, (ii) dat uit deze rapporten wel bleek dat zich gevallen voordeden van aantasting van houten paalfunderingen door

schimmels, maar nog niet dat binnen de Gemeente een omvangrijk funderingsprobleem bestond, (iii) dat de Gemeente Wareco verzocht heeft een indicatief funderingsonderzoek te verrichten, hetgeen geleid heeft tot de in september 2000 gereed gekomen Rapportage grondwater- en funderingsonderzoek afbakening funderingsproblematiek in Dordrecht', naar aanleiding waarvan de Gemeente in oktober 2000 een informatiebrief heeft gezonden aan de eigenaren van panden waar mogelijk sprake was van droogstand en (iv) dat de Gemeente naar aanleiding van dit laatste rapport tot een plan van aanpak besloten heeft, waarvan deel uitmaakte dat bloksgewijs de staat van de funderingen in het gehele aandachtsgebied verder in kaart zou worden gebracht. De Bewoners hebben onvoldoende gesteld, laat staan voldoende gespecificeerd te bewijzen aangeboden, dat eerder dan de Gemeente stelt naar objectieve maatstaven gemeten kenbaar was dat zich een omvangrijk funderingsprobleem voordeed. Uit de verklaring van de heer Pinkse volgt niet iets anders, hooguit kan daaruit worden opgemaakt dat de heer Pinkse van mening is dat de Gemeente eerder dan zij gedaan had een gestructureerd onderzoek naar de omvang van de funderingsproblematiek had behoren in te stellen."

Vervolgens overweegt het Hof – in het kader van het verwijt van de Bewoners dat de wijze waarop de Gemeente het rioolbeheer heeft uitgevoerd, de toets der kritiek niet kan doorstaan:

"4.14 Anders dat de Bewoners stellen gaat het hof er van uit dat bij de Gemeente eerst sinds september 2000 (door de Rapportage grondwater- en funderingsonderzoek afbakening funderingsproblematiek in Dordrecht van Wareco) op de hoogte was van de omvang van het funderingsprobleem. Het Hof verwijst hiervoor naar hetgeen hiervoor is overwogen onder 4.3 en 4.4. Hoewel denkbaar was geweest dat de Gemeente eerder dan zij heeft gedaan opdracht tot dit onderzoek had gegeven, acht het hof het, beoordeeld naar de situatie in de jaren '90, niet zo evident dat de Gemeente daartoe eerder had moeten besluiten dat dit onrechtmatig jegens de Bewoners moet worden geacht. Het hof acht het niet onredelijk dat de signalen die uit de eerdere Wareco-onderzoeken (die niet waren gericht op funderingsschade) naar voren waren gekomen zich eerst enige tijd later hebben vertaald in daadwerkelijk beleid, gelet op de achtergronden die zijn geschetst in het Rapport onderzoek besluitvormingsproces funderingen pag. 2 (de technische Wareco-rapporten ter ondersteuning van ambtelijke uitvoering van het rioleringsprogramma waren niet standaard bekend bij de bestuurlijk verantwoordelijke wethouder). Ook acht het hof het niet onjuist en in ieder geval toelaatbaar binnen de beleidsvrijheid die de Gemeente als rioolbeheerder toekomt, dat zij na september 2000 heeft besloten bloksgewijs de staat van de funderingen in het gehele aandachtsgebied verder in kaart te laten brengen, teneinde op basis van de uitkomsten van dat onderzoek te handelen. Daarbij acht het hof tevens van belang dat (i) het gevaar van lekkende riolering een gevaar voor het optreden van vermogensschade is en niet voor schade aan personen en (ii) het gevaar eerst na een (zeer) lange periode van cumulatieve droogstand optreedt."

Klachten

- 4.1 Met zijn oordeel in rov. 4.3 dat de Bewoners – in het licht van de stellingen van de Gemeente – onvoldoende hebben gesteld, laat staan voldoende gespecificeerd te bewijzen aangeboden, dat eerder dan de Gemeente stelt (te weten: september 2000) naar objectieve maatstaven gemeten kenbaar was dat zich een omvangrijk funderingsprobleem voordeed, heeft het Hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans is het in zijn motiveringsplicht tekort geschoten.

Het Hof heeft hierbij miskend dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de (objectieve) niet-kenbaarheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar op de Gemeente rust, en niet op de Bewoners (vgl. HR 17 december 2010, RvdW 2011/7, rov. 4.4.5).

- 4.2 Hoewel het Hof terecht tot uitgangspunt neemt dat bij beantwoording van de vraag of een opstal gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW, mede betekenis kan toekomen aan de naar objectieve maatstaven te beoordelen kenbaarheid van het gebrek (en het daaraan verbonden gevaar), legt het Hof een onjuiste toetsingsmaatstaf aan ten aanzien van de (niet-)kenbaarheid.
- Blijkens rov. 4.3-4.4 en 4.14 (vgl. ook rov. 4.18 en 8.2) toetst het Hof (de facto) immers, kennelijk aan de hand van het kenbaarheids criterium van art. 6:162 BW, vanaf welk moment de Gemeente feitelijk (subjectief) op de hoogte had kunnen zijn van de omvang van het probleem van de lekkende riolering c.q. het funderingsprobleem. Aldus miskent het Hof dat de vraag of het gebrek (dan wel het gevaar) op de voet van art. 6:174 lid 1 BW *objectief* kenbaar was, moet worden beoordeeld los van de persoon van de bezitter. Beslissend is daarbij of het gebrek (en het daaraan verbonden specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt) naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek – en dus naar objectieve maatstaven – kenbaar was (vgl. HR 17 december 2010, RvdW 2011/7, rov. 4.4.6).
- 4.3 Overigens is 's Hofs oordeel in rov. 4.3 dat (i) de grief ontoelaatbaar vaag zou zijn voor zover daarin wordt aangevoerd dat de Gemeente 'langjarige' wetenschap had van de slechte staat waarin de rioleringen zich bevonden, omdat onduidelijk zou zijn wanneer naar de mening van de Bewoners deze 'langjarige' wetenschap is ontstaan en (ii) dat de Bewoners onvoldoende zouden hebben gesteld dat eerder dan de Gemeente stelt naar objectieve maatstaven gemeten kenbaar was dat zich een omvangrijk funderingsprobleem voordeed, in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk.
- Uit die gedingstukken blijkt immers dat de Bewoners zich (onder meer) op het standpunt hebben gesteld dat:
- (a) (algemeen) bekend is dat houten funderingspalen niet droog mogen staan, omdat deze bij langdurige, al dan niet cumulatieve, droogstand gaan rotten, in welk geval onvermijdelijk sprake is van schade aan de daarop gefundeerde panden (mvg nr. 34 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 13);
 - (b) de Gemeente reeds in de periode 1913-1940, althans vanaf 1951, dan wel 1970 op de hoogte was van de dalende grondwaterstand in Dordrecht (mvg nrs. 33-35, 43, 48 en 55 en prod. 5 daarbij; pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 20);
 - (c) (algemeen) bekend is dat lekkende rioleringen door drainerende werking een lagere grondwaterstand veroorzaken (mvg nrs. 34 en 36; pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 13, 19 en mva nr. 9.36);
 - (d) de Gemeente, naar aanleiding van het probleem van de lekkende rioleringen, rond 1980 de eerste opdracht heeft gegeven aan Wareco om onderzoek te doen (mvg nr. 36);
 - (e) de Gemeente zowel ambtelijk als politiek-bestuurlijk vanaf 1980 respectievelijk medio jaren '80 op de hoogte was van de omvang van het probleem van het lekkende rioleringstelsel, de daardoor veroorzaakte verlaagde grondwaterstand en de (risico's op) schade aan de op tal van plaatsen in de Gemeente aanwezige houten paalfunderingen, maar zij daaraan te weinig aandacht en ruchtbaarheid heeft gegeven, onder meer uit angst voor juridische implicaties

(mvg nrs. 22, 34-37, 39, 43-44 en 55 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 19-21. vgl. ook mva nr. 9.41);

- (f) in 1986 een tekening is gemaakt (zie figuur 6.4 op p. 91 van het als prod. 6 bij incl. dgv overgelegde TNO-rapport) waarop urgent en zeer urgent te vervangen riolen zijn aangegeven en (vgl. mvg nrs. 43-44 en 46 jo. cvr nr. 3.3);
- (g) onderzoeksbureau Wareco in opdracht van de Gemeente in de periode 1987 tot 1997 in totaal 67 rapporten heeft opgesteld met betrekking tot de rioleringen, onder meer in het aandachtsgebied funderingen, waarin bij herhaling is gewaarschuwd voor lekkende en derhalve drainerende riolen en een te lage grondwaterstand bij houten funderingen. Twee rapporten gaan uitgebreid in op de funderingen waarvoor ook een aantal ontgravingen is uitgevoerd. In alle rapporten wordt uitgebreid ingegaan op de te lage grondwaterstand. In veel gevallen zijn adviezen afgegeven voor rioolvervanging (mvg nrs. 22, 43-44 jo. cvr nrs. 3.1-3.2 en 3.5, mvg nrs. 48-49 en 70 en prod. 5 en 8 daarbij, pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 19).

Door niet in te gaan op deze essentiële stellingen van de Bewoners met betrekking tot de wetenschap van de Gemeente, is het Hof in zijn motiveringsplicht tekort geschoten.

- 4.4 's Hof's overweging in rov. 4.3 dat uit de verklaring van de heer Pinkse niet iets anders zou volgen en daaruit hooguit kan worden opgemaakt dat de heer Pinkse van mening is dat de Gemeente eerder dan zij gedaan had een gestructureerd onderzoek naar de omvang van de funderingsproblematiek had behoren in te stellen, is evenzeer onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, omdat het Hof daarbij voorbij is gegaan aan de hiervoor weergegeven essentiële stellingen (c) tot en met (e) van de Bewoners (zie subonderdeel 4.3), welke stellingen de Bewoners rechtstreeks hebben ontleend aan de verklaring van Pinkse.
- 4.5 Het oordeel van het Hof in rov. 4.3 dat de Bewoners onvoldoende hebben gesteld ten aanzien van het ontstaan van de wetenschap van de Gemeente is bovendien is die zin onbegrijpelijk, dat het innerlijk tegenstrijdig is met rov. 4.12 en 4.18, waarin het Hof – in navolging van de Gemeente (vgl. mva nr. 9.41) – erkent dat de Bewoners zich op het standpunt hebben gesteld dat (uit de verklaring van Pinkse volgt dat) de Gemeente reeds vanaf 1980 en in ieder geval vanaf medio jaren '80 kennis had van de omvang van het probleem van de lekkende riolering, de daardoor veroorzaakte verlaagde grondwaterstand en de schaderisico's voor de veel voorkomende paalfunderingen en daarnaast hebben gewezen op de extra monitoring van de grondwaterstand vanaf 1970.
- 4.6 's Hof's overweging in rov. 4.3 dat de grief ontoelaatbaar vaag zou zijn voor zover daarin wordt aangevoerd dat de Gemeente 'langjarige' wetenschap had van de slechte staat waarin de rioleringen zich bevonden, omdat onduidelijk zou zijn wat de Bewoners bedoelen met 'de slechte staat' van de riolering (rov. 4.3), is in het licht van de gedingstukken evenzeer onbegrijpelijk. Uit de gedingstukken in hoger beroep blijkt immers onmiskenbaar dat de Bewoners daarbij het oog hebben gehad op zodanige lekkages dat daarvan op den duur schade van enige importantie te verwachten valt voor een relevant aantal funderingen (vgl. mvg nrs. 20, 23-24 en 38 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 9).

- 4.7 Het oordeel van het Hof in rov. 4.14 dat de Gemeente eerst sinds september 2000 op de hoogte was van de omvang van het funderingsprobleem, is gebaseerd op het hiervoor bestreden oordeel in rov. 4.3 en deelt derhalve het lot daarvan.
- 4.8 Overigens is het daarop voortbouwende oordeel van het Hof in rov. 4.14, dat erop neerkomt dat de Gemeente niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de Bewoners door niet op een eerder moment opdracht te geven voor de in september 2000 gereedgekomen Rapportage grondwater- en funderingsonderzoek afbakening funderingsproblematiek in Dordrecht van Wareco, in het licht van de hiervoor in subonderdeel 4.3 genoemde essentiële stellingen van de Bewoners onbegrijpelijk.
- 4.9 Gegrondbevinding van (een of meer van) voorgaande klachten teven rov. 4.3 vitieert eveneens het door het Hof overwogene en besliste in rov. 4.17-4.18, 7.2 en 8.2, nu het Hof ook in die overwegingen ervan uitgaat dat de Gemeente eerst vanaf september 2000 feitelijk op de hoogte was van de omvang van het probleem van de lekkende rioleringen c.q. het funderingsprobleem.

Onderdeel 5: oordeel omtrent toetsingsmaatstaf met betrekking tot de drie specifieke locaties

Ten aanzien van de drie specifieke locaties overweegt het Hof in zijn algemeenheid:

"9.2 Voor zover de Bewoners willen opkomen tegen de door de rechtbank (ook in de individuele gevallen) gehanteerde, door haar onder 4.22 geformuleerde maatstaf, is dat tevergeefs. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de rechtbank de juiste maatstaf heeft aangelegd en dat de handelwijze van de Gemeente in algemene zin aan die maatstaf beantwoordt. Terecht ook heeft de rechtbank ten aanzien van de drie individuele locaties aan de hand van dezelfde maatstaf onderzocht of zich feiten of omstandigheden voordeden die maken dat de Gemeente de riolering in de nabijheid van die locaties eerder had moeten herstellen. Voor zover de grieven iets anders willen betogen falen zij in zoverre."

Klacht

5. Met zijn oordeel in rov. 9.2 dat de Rechtbank de juiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd ten aanzien van de drie specifieke locaties en (aldus) terecht, na eerst te hebben geoordeeld dat de Gemeente niet tekort is geschoten in haar zorgplicht ten aanzien van de riolering, vervolgens heeft onderzocht of zich feiten en omstandigheden voordeden die maken dat de Gemeente ten aanzien van de drie specifieke locaties eerder of anders had moeten optreden, is het Hof ten onrechte uitgegaan van de door onderdelen 2 en 3 als onjuist bestreden rechtsopvattingen. Ook bij de beoordeling van de gebreken ten aanzien van deze locaties gaat het Hof immers ervan uit dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld. Bovendien miskent het Hof ten aanzien van de drie specifieke locaties, dat het bij beoordeling van de primaire vordering van de Bewoners tot uitgangspunt had dienen te nemen het vermoeden dat het rioleringsstelsel niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen.

Onderdeel 6: oordeel omtrent de locatie Koninginnestraat 10-12

Ten aanzien van de locatie Koninginnestraat 10-12 (grief 10) overweegt het Hof in rov. 9.3-9.5 dat de waarschuwingen waarop de Bewoners zich beroepen niet duiden op een zodanig urgente situatie dat de Gemeente daarin aanleiding had moeten zien direct een nader onderzoek in te stellen of ten aanzien van de oude rioolstreng maatregelen te nemen. Op p. 10 van het rapport van Wareco van 11 oktober 1988 staat volgens het Hof slechts dat droogstand vermoedelijk optreedt in (onder meer) de Koninginnestraat. Over de oude rioolstreng bevat het rapport niets, aldus het Hof (rov. 9.5).

Klachten

- 6.1 Voor zover het oordeel van het Hof rust op de in onderdeel 2 bestreden maatstaf dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld, en het Hof tevens voortborduurde op het hiervoor in onderdeel 3 als onjuist aangemerkte uitgangspunt dat de stelplicht en de bewijslast van de gebrekkigheid van de riolering op de Bewoners rusten, kan dit oordeel reeds geen stand houden.
- 6.2 Voor zover het Hof van oordeel zou zijn dat ten aanzien van de locatie Koninginnestraat 10-12 geen aanleiding bestond om tot het vermoeden van de gebrekkigheid van deze riolering te komen, omdat niet vast zou staan dat het door het gebrek in het leven geroepen gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd, rust zijn oordeel op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. Uit de hiervoor in de subonderdelen 3.2 en 3.3 genoemde omstandigheden en essentiële stellingen met betrekking tot de verwezenlijking van het gevaar, meer in het bijzonder ten aanzien van de locatie Koninginnestraat 10-12 (vgl. rov. 2.7 en 4.24-4.26 van het vonnis; rov. 1.9 van het bestreden arrest en mvg nrs. 52 en 66), kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het specifieke gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd (vgl. mvg nr. 66 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 10, 14 en 22).
- 6.3 Ten aanzien van deze specifieke locatie hebben de Bewoners tevens gesteld dat:
 - (a) op basis van funderingsgegevens en grondwaterstandberekeningen in het rapport van Wareco d.d. 11 oktober 1988 (prod. 8 bij mvg, p. 10) wordt geconstateerd dat ter plaatse van de sterk verlaagde grondwaterstanden in onder meer de Koninginnestraat vermoedelijk droogstand zal optreden en nader funderingsonderzoek noodzakelijk is, terwijl eerder in het rapport (op p. 9) is aangegeven dat de lage grondwaterstand wordt veroorzaakt door grondwateronttrekkingen, zeer waarschijnlijk rioollekkages (mvg nr. 70 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 29);
 - (b) tijdens het TNO-onderzoek in 2006 door Fugro een ontgraving is uitgevoerd, waarbij is geconstateerd dat (i) de bovenkant van dit riool ongeveer 30 cm onder het niveau van het bovenste funderingshout ligt, (ii) ter plaatse van de ontgraving een gat in de bovenkant van het spuitriool aanwezig was en (iii) het betreffende riool slechts halfvol met water stond. Het grondwater tussen dit waterniveau en de bovenkant van het funderingshout is via het spuitriool verdwenen (vgl. cvr nr. 8.4, mvg nr. 73 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 33);

- (c) in 2006/2007 in opdracht en voor rekening van de eigenaren van de woning paalkopverlaging is uitgevoerd, waarbij de door paalrot aangetaste bovenkant van de funderingspalen is verwijderd en vervangen door een gewapend betonnen gedeelte tot 50 cm onder de laagst voorkomende grondwaterstand (vgl. cvr nr. 8.7 en mvg nr. 76);
- (d) in de door appellanten overgelegde rapportage van TNO (prod. 6 bij inl. dgv, paragraaf 5.2) en de als prod. 1 bij cvr overgelegde notitie is op overtuigende en heldere wijze aangetoond, dat de oorzaak van de funderingsschade is gelegen in de drainerende werking van het aan de voorzijde van het pand gelegen spuitriool (vgl. pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 28 en 33).

Door ook op deze stellingen met geen woord in te gaan, is het Hof tekort geschoten in zijn motiveringsplicht.

- 6.4 Bovendien hebben de Bewoners aangeboden hun stellingen met betrekking tot de gedeeltelijke paalkopverlaging zoals hiervoor onder (d) aangehaald te bewijzen door het horen van (enkele met naam genoemde) getuigen (vgl. pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 40 jo cvr nr. 15.1 jo inl. dgv nr. 25). Ten onrechte heeft het Hof dit bewijsaanbod stilzwijgend gepasseerd. Indien het Hof heeft nagelaten te beslissen op dit bewijsaanbod, heeft het art. 166 Rv geschonden, nu uit die bepaling voortvloeit dat de rechter ten aanzien van een op behoorlijke wijze gedaan bewijsaanbod een beslissing geeft. Indien en voor zover het Hof het bewijsaanbod stilzwijgend heeft verworpen op de grond dat het onvoldoende zou zijn gespecificeerd, is zijn oordeel onbegrijpelijk. Niet valt immers in te zien dat en waarom het bewijsaanbod met betrekking tot het te bewijzen feit en de wijze van het te leveren bewijs onvoldoende gespecificeerd zou zijn. Voor zover het Hof het bewijsaanbod stilzwijgend heeft verworpen op de grond dat het zou gaan om een irrelevant aanbod, is zijn oordeel onbegrijpelijk. Het te leveren bewijs kan immers bijdragen aan de (voorshandse) conclusie dat ter plaatse van de locatie Koninginnestraat 10-12 sprake is van een gebrekkige riolering in de zin van art. 6:174 BW. De irrelevantie van dat aanbod voor de beoordeling van het onderhavige geschil kan dan ook bezwaarlijk worden volgehouden.

In elk geval heeft het Hof, door geen (kenbare) aandacht te besteden aan het gedane bewijsaanbod, onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang.

- 6.5 Afgezien daarvan rust het oordeel van het Hof in rov. 9.4, dat de waarschuwingen waarop de Bewoners zich beroepen niet duiden op een zodanig urgente situatie dat de Gemeente daarin aanleiding had moeten zien direct een nader onderzoek in te stellen of ten aanzien van de oude rioolstreng maatregelen te nemen, mede omdat het rapport van Wareco van 11 oktober 1988 niets zou bevatten over de oude rioolstreng, op een onbegrijpelijk interpretatie van de gedingstukken. De Bewoners hebben immers zich erop beroepen dat:

- (a) het betreffend riool blijktens een tekening behorend bij de rapportage van Wareco getiteld "Prioriteitenstelling rioolvervanging in het kader van de funderingsproblematiek" uit 2002 (prod. 8 bij cvr) is aangemerkt als grondwaterverlagend (vgl. cvr nr. 8.4);
- (b) tijdens het TNO-onderzoek in 2006 door Fugro een ontgraving is uitgevoerd, waarbij is geconstateerd dat (i) de bovenkant van dit riool ongeveer 30 cm onder het niveau van het bovenste funderingshout ligt, (ii) ter plaatse van de ontgraving een gat in de bovenkant van het spuitriool aanwezig was en (iii) het betreffende riool slechts halfvol met water stond. Het

grondwater tussen dit waterniveau en de bovenkant van het funderingshout is via het spuitriool verdwenen, zodat de conclusie geen andere kan zijn dat het oude riool nog steeds grondwater afvoert (vgl. cvr nr. 8.4, mvg nr. 73 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 28 en 33). Nu het Hof aan deze (essentiële) stellingen geen aandacht heeft besteed, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Onderdeel 7: oordeel omtrent de locatie Adriaan van Bleijenburgstraat 31

Met betrekking tot de Adriaan van Bleijenburgstraat 31 (grief 11) overweegt het Hof dat de door de Bewoners gestelde feiten, die niet zouden aangeven dat de situatie op deze locatie ernstiger of urgenter was dan elders, voor de Gemeente evenmin aanleiding hoefden te vormen om af te wijken van haar beleid en de riolering eerder te herstellen dan zij uiteindelijk heeft gedaan (rov. 9.6).

Klachten

- 7.1 Voor zover het oordeel van het Hof rust op de in onderdeel 2 bestreden maatstaf dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld, en het Hof tevens voortborduurde op het hiervoor in onderdeel 3 als onjuist aangemerkte uitgangspunt dat de stelplicht en de bewijslast van de gebrekkigheid van de riolering op de Bewoners rusten, kan dat oordeel reeds geen stand houden.
- 7.2 Voor zover het Hof van oordeel zou zijn dat ten aanzien van de locatie Adriaan van Bleijenburgstraat 31 geen aanleiding bestond om tot het vermoeden van gebrekkigheid van deze riolering te komen, omdat niet vast zou staan dat het door het gebrek in het leven geroepen gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd, rust zijn oordeel op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. Uit de hiervoor in de subonderdelen 3.2 en 3.3 genoemde omstandigheden en essentiële stellingen met betrekking tot de verwezenlijking van het gevaar, meer in het bijzonder ten aanzien van de locatie Adriaan van Bleijenburgstraat 31 (vgl. rov. 2.7 en 4.28-4.30 van het vonnis; rov. 1.9 van het bestreden arrest en mvg nrs. 52 en 66), kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het specifieke gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd (vgl. mvg nr. 80 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 10, 14 en 22). De riolering is, zoals het Hof in rov. 9.6 ook overweegt, dan ook hersteld door de Gemeente.
- 7.3 Ten aanzien van deze specifieke locatie hebben de Bewoners tevens gesteld dat:
 - (a) uit het rapport van Wareco d.d. 6 april 1990, p. 8 (prod. 12 bij cva, p. 8-10) volgt dat vermoedelijk op een groot aantal plaatsen in het gebied als gevolg van riool lekkages droogstand van de houten paalfunderingen optreedt (vgl. mvg nrs. 83-84 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 35);
 - (b) uit het rapport van TNO (zie prod. 6 bij inl. dgv, par. 5.3) blijkt dat de oorzaak van de funderingsschade aan dit pand is gelegen in het lekkend straatriool (vgl. pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 34);

- (c) de in opdracht van de Bewoners uitgevoerde rioolscans zoals weergegeven in de notitie van TNO (zie prod. 1 bij cvr, par. 1) bevestigen dat sprake is van 7 grote lekkages en meer dan 70 kleinere lekkages, en aldus van een hevig lekkend riool (vgl. mvg nr. 88 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 34);
- (d) uit de deze notitie van TNO (zie prod. 1 bij cvr, figuur 2.12 op p. 40) voorts blijkt dat na de rioolvervanging in 2007 het grondwaterniveau onmiddellijk sterk is gestegen, en dat de Gemeente zulks niet heeft weersproken (vgl. mvg nr. 89 en pleitnota mr Vermeulen in hoger beroep, nr. 34).

Door ook op deze stellingen met geen woord in te gaan, is het Hof tekort geschoten in zijn motiveringsplicht.

- 7.4 Afgezien daarvan is 's Hofs conclusie dat de Gemeente op grond van de rapporten van Wareco (uit 1990) en Gemeentewerken (uit 2002 en 2003) niet van haar beleid hoefde af te wijken en de riolering ter plaatse niet eerder hoefde te herstellen dan zij uiteindelijk heeft gedaan, in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk. Met dat oordeel is immers niet te rijmen dat de Gemeente na de waarschuwing in het Wareco-rapport uit 1990 dat er mogelijk rioleringsproblemen zijn in het hele gebied en het advies om nader funderingsonderzoek te doen, 12 resp 13 jaar heeft gewacht alvorens dit nader funderingsonderzoek te laten uitvoeren, terwijl ook nadat uit dit nader onderzoek (in 2002 resp. 2003) was gebleken dat sprake was van droogstand van funderingshout, de riolering eerst in 2007 is vervangen (vgl. mvg nrs. 82-86 en 89-91 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 35). Bovendien respondeert het Hof ten onrechte niet op de stelling van de Bewoners dat de Gemeente blijkens haar fax aan de bewoner van de Adriaan van Bleijenburgstraat 48 (zie prod. 13 bij de cvr) reeds in 2000 het voornemen had het riool ter plaatse te vervangen (vgl. mvg nr. 87 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 35). Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien dat en waarom deze omstandigheid geen rol zou kunnen spelen bij beantwoording van de vraag of de Gemeente al dan niet tekort is geschoten in haar verplichtingen als rioolbeheerder.

Onderdeel 8: oordeel omtrent de locatie Reeweg Oost 114-116

Ten aanzien van de locatie Reeweg Oost 114-116 (grief 12) overweegt het Hof tenslotte:

"9.8 In het Wareco-rapport van 25 november 1991 wordt (onder 5.2) vermeld dat 'mogelijk' droogstand van houten paalfunderingen voorkomt bij de "even zijde van de Reeweg-oost; vanaf het Sumatraplein tot de begraafplaats" en (onder 5.4) dat de riolering in de Reeweg-oost niet is opgenomen in de planning van de rioolvervanging en dat juist in deze riolering waarschijnlijk ernstige lekkages voorkomen. De Gemeente heeft gemotiveerd aangevoerd (dupliek 10.5) dat met die lekkages niet is bedoeld op lekkages ter hoogte van de Reeweg Oost 114-116. De Bewoners hebben dit laatste niet bestreden. Tegen deze achtergrond noopten de door Wareco geconstateerde 'mogelijke' droogstand en het 'waarschijnlijk' voorkomen van ernstige lekkage (op een andere plaats dan de onderhavige locatie) de Gemeente niet tot onmiddellijk onderzoek of ingrijpen. Dat geldt ook voor hetgeen de Bewoners in dat rapport op pag. 9 en 18 menen te lezen, alleen al omdat onvoldoende blijkt dat deze passages op de locatie Reeweg Oost 114-116 betrekking hebben."

Klachten

- 8.1 Voor zover het oordeel van het Hof rust op de in onderdeel 2 bestreden maatstaf dat de vraag of de riolering in de Gemeente voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in wezen dezelfde is als die of de Gemeente onrechtmatig jegens de Bewoners heeft gehandeld, en het Hof tevens voortborduurde op het hiervoor in onderdeel 3 als onjuist aangemerkte uitgangspunt dat de stelplicht en de bewijslast van de gebrekkigheid van de riolering op de Bewoners rusten, kan dat oordeel reeds om die reden geen stand houden.
- 8.2 Voor zover het Hof van oordeel zou zijn dat ten aanzien van de locatie Reeweg Oost 114-116 geen aanleiding bestond om tot het vermoeden van gebrekkigheid van deze riolering te komen, omdat niet vast zou staan dat het door het gebrek in het leven geroepen gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd, rust zijn oordeel op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken.
Uit de hiervoor in de subonderdelen 3.2 en 3.3 genoemde omstandigheden en essentiële stellingen met betrekking tot de verwezenlijking van het gevaar, meer in het bijzonder ten aanzien van de locatie Reeweg Oost 114-116 (vgl. rov. 2.7 en 4.34-4.37 van het vonnis; rov. 1.9 van het bestreden arrest en mvg nrs. 52 en 66), kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het specifieke gevaar zich aldaar heeft gerealiseerd (vgl. mvg nr. 93 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nrs. 10, 14, 22 en 37).
- 8.3 Ten aanzien van deze specifieke locatie hebben de Bewoners tevens gesteld dat:
- (a) uit de door de Rechtbank aangehaalde citaten uit het Rapport Wareco dd. 25 november 1991 (prod. 15 bij cva, p. 12-13) duidelijk blijkt dat sprake is van lage grondwaterstanden die worden veroorzaakt door de drainerende werking van rioolbuizen. Het rapport geeft aan dat in het riool in de Reeweg Oost waarschijnlijk ernstige lekkages voorkomen. Gezien de ernstige situatie met betrekking tot de droogstand adviseert Wareco nader onderzoek te doen om de aantasting van de houten paalfunderingen vast te stellen. In datzelfde rapport van Wareco wordt tevens aangegeven dat er grondwaterafstroming plaatsvindt naar het wegcunet en dat de afwatering wordt verzorgd door lekkende rioleringen. (vgl. mvg nrs. 95 en 100 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 38);
 - (b) ook de in 2003 en 2007 in onder andere de Reeweg Oost uitgevoerde rioolscans bevestigen dat sprake was van (hevig) lekkende rioleringen (vgl. mvg nr. 101 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 38);
 - (c) uit de onderzoeken van Wareco d.d. 17 oktober 2002, 26 november 2004 en 9 november 2006 is gebleken dat sprake is van droogstand. Ook is droogstandschade aangetroffen. Wareco concludeert dat sprake is van een voortgaande aantasting van het funderingshout en adviseert een herstelplan te laten opstellen. Maatregelen kunnen bestaan uit plaatselijke grondwaterstandverhoging of volledig funderingsherstel (vgl. mvg nr. 98 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep, nr. 38).

Door ook op deze stellingen met geen woord in te gaan, is het Hof tekort geschoten in zijn motiveringsplicht.

- 8.4 's Hofs oordeel dat de door Wareco in haar rapport uit 1991 geconstateerde 'mogelijke' droogstand en het 'waarschijnlijk' voorkomen van ernstige lekkage de Gemeente niet noopten tot onmiddellijk onderzoek of ingrijpen, is ook overigens in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk. Dat onmiddellijk onderzoek of ingrijpen niet geboden was, vormt immers onvoldoende weerlegging van het verwijt van de Bewoners dat de Gemeente pas in 2002 en 2004 (derhalve 11 en 13 jaar na het advies van Wareco) nader funderingsonderzoek heeft laten uitvoeren (vgl. mvg nr. 96).
- 8.5 Daarnaast hebben de Bewoners – zoals in subonderdeel 8.3 weergegeven onder (c) – gesteld dat uit de onderzoeken van Wareco uit 2002, 2004 en 2006 is gebleken dat sprake is van droogstand en droogstandschade, op grond waarvan wordt geadviseerd maatregelen te treffen (grondwaterstandverhoging of volledig funderingsherstel). De Bewoners verwijten de Gemeente evenzeer na deze (latere) adviezen van Wareco om maatregelen te treffen, te hebben nagelaten (tijdig) actie te ondernemen om (verdere) schade aan het funderingshout te voorkomen of te beperken. In dat kader wijzen zij erop dat Wareco geen toestemming heeft gekregen van de Gemeente om het door Fugro naar aanleiding van de eindrapportage van Wareco d.d. 9 november 2006 opgestelde grondwaterherstelplan uit te werken (vgl. mvg nrs. 102-103 en pleitnota mr. Vermeulen in hoger beroep nr. 39). Ook deze essentiële, althans relevante, stellingen had het Hof (uitdrukkelijk) moeten betrekken bij beoordeling van de vraag of de Gemeente al dan niet heeft voldaan aan haar zorgplicht als rioolbeheerder. Door op die stellingen niet in te gaan, is het Hof dan ook in zijn motiveringsplicht tekort geschoten.

MITSDIEN:

de Hoge Raad op grond van dit middel het aangevallen arrest zal vernietigen, met zodanige verdere beslissing als de Hoge Raad juist zal achten; kosten rechtens.

De kosten van dit exploit zijn €