

Bijlage 2

NADERE JURIDISCHE ONDERBOUWING

1. Een extract van de door ons in ogenschouw genomen passages uit na te noemen paragrafen van het Raadsvoorstel is bijgevoegd als **bijlage 3**.
2. Wij hebben in **bijlage 4** een inventarisatie gemaakt van alle oorzaken die in het Rapport worden genoemd en daarbij aangegeven wat (volgens de gemeente) de daarbij behorende schadeverschijnselen zijn, wie (naar het oordeel van de CvWW) de verantwoordelijkheid heeft om schade te voorkomen en opgetreden schade voor zijn rekening te nemen en of onderzoek is gedaan naar de mogelijke schadeoorzaak en het daadwerkelijk optreden van schades als gevolg van een mogelijke schadeoorzaak.
3. In §1.2 van het Raadsvoorstel noemt de gemeente een fors aantal mogelijke schadeoorzaken die van schade aan kelders en aan wal- en kluismuren hebben **kunnen** veroorzaken (*"diverse oorzaken die per kelder sterk kunnen verschillen"*), terwijl opvalt dat daar (vrijwel) alleen oorzaken worden genoemd die kennelijk in de ogen van het college los staan van gemeentelijk handelen of buiten haar invloedssfeer liggen. Genoemd worden:
 - **Ten aanzien van werfkelders:** *"veroudering, de wijze waarop het destijds is gebouwd, neerslag en vocht, zettings- en stijfheidsverschillen, te zwaar verkeer, onvoldoende of onjuist onderhoud, ernstige lekkage, gebruik van de kelder en plaatselijke ingrepen (zoals kabels en leidingen en andere ingrepen die invloed hebben op de constructie zoals het aanbrengen of verwijderen van muren)."*
 - **Ten aanzien van wal- en kluismuren:** *"veroudering, het wegspoelen of verzakken van het zandpakket onder de fundering door waterstroming als gevolg van varen, spuien en/of te diep baggeren, achterstallig onderhoud, boomwortelgroei en beschadiging door aanvaren"*.
4. In §2.1 wordt vervolgens gewezen op veroorzakende personen en instanties waarvoor de gemeente (in haar ogen) geen verantwoordelijkheid hoeft te dragen:
 - de eigenaar van een werfkelder die tekort schiet in zijn plicht tot *"goed onderhoud"* en daarmee samenhangend het verzuim van de (met de gemeente gedeelde) plicht om te voorkomen *"dat de bouwkundige staat van het erfgoed door ernstige lekkage verslechtert"* (§1.4);
 - de politie, het waterschap en (bestuurders van) varende en aanvarende boten;
5. In §1.2 tenslotte wordt nogal raadselachtig ook een overweging gewijd aan de samenhang tussen een bepaald schadebeeld en de oorzaak daarvan. Onderscheiden wordt tussen schade door *"te zwaar verkeer"* (horizontale scheuren dwars op de rijrichting) en *"Verzakkingen van kluismuren"* (scheuren parallel aan de rijrichting). Kennelijk is deze bedoeld om op basis van het schadebeeld een oorzaak van schade vast te stellen. Duidelijk wordt dit niet, maar zie hierna.
6. Het geheel wekt de indruk dat de "geloofsopvatting" van het college is: Alleen *"schade door zwaar verkeer en de fundering [van wal en kluismuren]"* (§2.2, twee na laatste alinea) wordt vergoed. Maar daarvoor is wel nodig dat een *"onafhankelijk deskundige op basis van de schadepatronen de schade en de schadeoorzaak"* kan vaststellen (§2.2, een na laatste alinea). Alle andere schade staat *"los ... van gemeentelijk handelen of [valt] buiten de invloedssfeer van de gemeente"*.
7. Een beetje wonderlijk is dat deze deskundige ook de "schade" moet vaststellen. Dat zijn toch de kosten van herstel (en gevolgschade) die zijn wat de best biedende aannemer

ervoor vraagt? De vaststelling door een deskundige zal hoogstens een bodem vormen voor de kostprijs; een aannemer zal zich daar verder weinig aan gelegen laten liggen. Zeer waarschijnlijk zijn dit dan ook verhullende woorden die betekenen dat de gemeente ook een beroep wil gaan doen op de aanwezigheid van *"een combinatie van diverse oorzaken die per kelder sterk kunnen verschillen"* (§1.2) en dat de deskundige dus moet bepalen in welke verhouding iedere andere oorzaak die de gemeente naar voren brengt haar bijdrageplicht vermindert aan de schade die zij wel voor haar rekening wil nemen. En dat is nu precies wat de CvWW met haar advies wil vermijden. Wat het college hier voorstelt is precies de opening tot het gejuridiseer dat al sinds jaar en dag plaats vindt, slecht is voor het vertrouwen en een ontkenning vormt van de juridische werkelijkheid.

8. De redenen die CvWW aangeeft waarom dit gejuridiseer moet worden vermeden zijn duidelijk:
 - a) De meest voorkomende schades zijn die als gevolg van verkeer en instabiliteit van de wal en kluismuren. Dat accepteert het college ook en zij heeft aangegeven dat de gemeente haar verantwoordelijkheid daarvoor wil nemen.
 - b) In de opvatting van de CvWW is iedere andere oorzaak er een die voor rekening van de gemeente komt, ook als er een andere persoon is die daarvoor (mede) aansprakelijk is, zodat de gemeente jegens de schadelijdende partij voor het geheel aansprakelijk is¹, tenzij het gaat om een schadeoorzaak die gecategoriseerd kan worden als een "onoordeelkundig uitgevoerde verbouwing" of van anderen optrekkend vocht betreft waarvoor de eigenaar aansprakelijk is.
 - c) Dat is een benadering die moet voorkomen dat iedere keer weer een beroep gedaan kan worden op het bestaan van allerlei oorzaken van schade waarvoor de gemeente geen verantwoording zou hoeven dragen. De opsomming hierboven van dergelijke oorzaken (wij tellen er 11 waarvan er 5 niet op de realiteit aansluiten en de resterende 6 om niet navolgbare reden als ontlastend voor de gemeente worden gekwalificeerd) doet daarom het ergste vrezen voor de kwaliteit van het schadebehandelingsproces en daarmee ook voor de zin van een samenwerking met de gemeente.
9. Wij hebben in **bijlage 1** geanalyseerd hoe de door het college genoemde schadeoorzaken zich verhouden tot de in **bijlage 4** genoemde oorzaken en tot het door de CvWW geschetste perspectief. De samenvatting van de bevindingen in bijlage 1 is als volgt.
 - a) In het raadsvoorstel noemt het college 19 'oorzaken' van schade die zij aanvoert ter illustratie van haar idee dat bij uitvoering van het advies van de CvWW *"het risico groot dat de gemeente (met gemeenschapsgeld) de kosten van het herstel van kelders betaalt voor schades die los staan van gemeentelijk handelen of buiten de invloedssfeer van de gemeente vallen."*
 - b) Van deze 19 'oorzaken' zijn er 4 die niet door de CvWW zijn besproken en kennelijk niet onder hun aandacht zijn gebracht. Bij analyse blijken deze 'oorzaken' op zijn zachtst gezegd 'curieus' en 'bedacht' te zijn en ver te staan van de realiteit. Het gaat daarbij vooral om de suggestie dat keldergewelven onderhoud nodig hebben. Die zijn constructief heel sterk en gebouwd voor de eeuwigheid. Zonder invloeden van buitenaf kan geen sprake zijn van schade door *"veroudering"*, *"de wijze waarop het destijds is*

¹ Medeaansprakelijke personen zijn - behalve in een uitzonderingsgeval dat hier niet aan de orde is- ieder voor het geheel aansprakelijk behoudens de mogelijkheid dat een medeaansprakelijke persoon bij de ander verhaal kan halen voor diens aandeel in de schade.

gebouwd", "onvoldoende of onjuist onderhoud". Ook valt niet in te zien dat het "*gebruik van de kelder*" constructieve invloed kan hebben.

- c) Van de 15 resterende 'oorzaken' kan vastgesteld worden dat er 2 buiten beschouwing kunnen blijven omdat de ene geen 'oorzaak' is (nr. 8) en de ander niet (zinvol) te onderscheiden is van een andere 'oorzaak' (nr.13).
 - d) Van de 13 resterende oorzaken zijn er 5 die vallen binnen de omschrijving van oorzaken waarvoor het college wel verantwoordelijkheid wil aanvaarden en 1 die voor rekening van de keldereigenaar moet komen (waarover geen verschil van menig bestaat).
 - e) Van de 7 resterende oorzaken is er een, "*Neerslag en vocht*" (nr. 12), die het college een aparte behandeling toedenkt. Het college heeft bedacht dat hier sprake is van "*een gezamenlijke verantwoordelijkheid*" (§1.4) en wijkt daarmee af van het Advies en doet dat op geen andere grond dan dat bij "*ernstige lekkage*" er een "*gezamenlijke verantwoordelijkheid*" is die de CvWW niet gezien zou hebben. Overigens heeft de CvWW erkenning gegeven voor het argument van het college dat een keldereigenaar baat heeft bij het periodiek herstel van de afdichting en geadviseerd heeft de kosten van die afdichting te delen met de gemeente en niet zoals de gemeente beoogt de totale kosten van herstel van wat er mis is aan de waterhuishouding inclusief het blootleggen van de keldergewelven.
 - f) De resterende 6 oorzaken zijn oranje gemarkeerd. Eén daarvan lijkt geen enkele realiteitswaarde te hebben. Alle 6 oranje gemarkeerde oorzaken kenmerken zich door de (mogelijke) betrokkenheid van een 'derde' (een andere persoon dan de gemeente) bij de schadeveroorzaking. Anders dan de CvWW, meent het college dat de gemeente in die gevallen niets te verwijten valt zodat in zijn ogen aan het "*uitgangspunt van een eerlijke kostenverdeling*" niet voldaan zou zijn. Evenzeer kenmerkend voor al deze schades is dat de CvWW de gemeente verantwoordelijkheid acht vanwege het verzuim om schades als gevolg van deze oorzaken te voorkomen of vanwege het verzuim om de gevolgen van schade die (desniettemin) optrad tijdig te repareren om zodoende schade aan de kelders te voorkomen. Een schending dus van een eigen verantwoordelijkheid van de gemeente. Opvallend daarbij is dat het om precies dezelfde schending van de zorgplicht van de gemeente gaat als de basis is voor verantwoordelijkheid die het college wel heeft aanvaard! Dat, in het geval waarin zij samen met een 'derde' verantwoordelijk is voor dezelfde schade, de gemeente te verplichten is de hele schade voor haar rekening te nemen vloeit voort uit de wet en is dus geen schending van het "*uitgangspunt van een eerlijke kostenverdeling*". Voorzover er een derde in het spel is kan de gemeente, in verhouding tot ieders aandeel, de door haar betaalde schade verhalen op de derde.
10. De analyse in Bijlage 1 laat zien dat dat het beroep dat het college doet op het risico dat de gemeente (met gemeenschapsgeld) de kosten van het herstel van kelders betaalt voor schades die los staan van gemeentelijk handelen of buiten de invloedssfeer van de gemeente vallen eigenlijk alleen berust op de gedachte dat, als een derde verantwoordelijk is voor een primaire schade, de gemeente zelf geen blaam treft. In dat opzicht verschilt het college van mening met de CvWW en valt het op dat het college dezelfde benadering van de verantwoordelijkheid van de gemeente wel heeft geaccepteerd voor wat betreft "*schade door zwaar verkeer en de fundering*".
11. Die benadering heeft overigens ook niets te maken met bewijsvermoedens of omkering van de bewijslast. Daarover nog het volgende

- a) Uitgangspunt is dat het college accepteert dat de gemeente verantwoordelijkheid draagt voor *schade door zwaar verkeer en de fundering*. Als dus een schade zich voordoet die het gevolg is van een van die oorzaken, dan is de gemeente bereid de schade te vergoeden, behalve als andere oorzaken ook een rol spelen.
 - b) Hoe kan dat dan worden vastgesteld? Het mag dan zo zijn dat andere schadeoorzaken een rol **kunnen** spelen, óf dat zo is staat in ieder individueel geval niet vast. Als de gemeente zou menen dat een speciale oorzaak wel (mede) een rol zou spelen, dan is het aan haar de gegrondheid van haar bewering aan te tonen. Dat is de toepassing van een bewijsvermoeden en zo zal een rechter er mee omgaan (zoals de deskundige bij uitstek, Mr Hofhuis, aan de leden van de Commissie Stad en Ruimte te kennen heeft gegeven).
 - c) Wat de CvWW op dit punt heeft geadviseerd is dat de gemeente zich beter kan realiseren dat het recht zo werkt en dus er beter aan doet daarop te anticiperen door te accepteren dat in de gegeven situatie bij schade zij alleen dan zich succesvol op een andere oorzaak kan beroepen als zij het bewijs of de onmiskenbare aanwijzing kan leveren dat er een oorzaak of een medeoorzaak is die niet voor haar rekening hoeft te komen. Alleen op die manier kan de gemeente het - in het licht van de te constateren schadepatronen - heel sterke vermoeden dat de schade afkomstig is van door haar erkende en voor haar rekening komende schadeoorzaken geheel of gedeeltelijk ontkrachten. Als de gemeente dergelijke argumenten serieus ter beschikking heeft, dan is er ook alle ruimte om te voorkomen dat "*de gemeente (met gemeenschapsgeld) de kosten van het herstel van kelders betaalt voor schades die los staan van gemeentelijk handelen of buiten de invloedssfeer van de gemeente vallen*".
 - d) Ook heeft Mr Hofhuis andermaal duidelijk gemaakt dat het de gemeente niet eenvoudig zal baten om te verwijzen naar andere veroorzakers van schade, zeker als dit aannemers zijn die in opdracht van de gemeente werken maar ook niet als het gaat om andere publieke of semi-publieke overheden zoals met name het waterschap of de nutsbedrijven. Mr Hofhuis waarschuwde ervoor dat de rechter zal vinden dat het de gemeente past de discussie over het aandeel van die bedrijven in het ontstaan van schade aan te gaan en de schadelijgende keldereigenaar daarbuiten te laten. Hij gaf ook aan dat de rechter eenvoudig de mogelijkheid heeft een schending vast te stellen van een zorgvuldigheidsverplichting die de gemeente mede-aansprakelijk maakt. Die ligt dan bijvoorbeeld in de rol die de gemeente ten opzichte van die partijen heeft gespeeld (bijvoorbeeld als vergunningverlenende en toezichthoudende autoriteit of als de primair beschadigde partij (bij haar eigen wal- en kluismuren) omdat zij onvoldoende zorg heeft gehad voor het voorkomen daarvan of het voorkomen van verdere gevolgschade.
12. Tot slot zij er – in navolging van Mr Hofhuis – nog op gewezen er graag op dat de CvWW geenszins heeft geadviseerd dat de kosten van het periodiek onderhoud ter bestrijding van lekkages voor 50% door de eigenaar zou moeten worden gedragen en evenmin heeft geadviseerd dat de gemeente en de keldereigenaren een gezamenlijke verantwoordelijkheid hebben. De CvWW ziet alleen maar (ongedeelde) aansprakelijkheid van de gemeente, maar stelt (vanuit het 'baat-principe') een kostenverdeling voor van het kleiner onderdeel van de herstelwerkzaamheden, de waterdichting. Ook in dit opzicht geeft het college geen reden voor een afwijking van het advies.