

20 mei 2021

Enkele opmerkingen van de Commissie van Wijzen voor het wervengebied ("CvWW") naar aanleiding van het raadsvoorstel van B&W

Vooraf, bij wijze van algemene opmerking: In het navolgende komen vier hoofdthema's aan de orde. De CvWW beperkt zich hier tot passages in het raadsvoorstel die naar haar mening mogelijk berusten op verkeerde lezing van haar eindadvies. De tussen haakjes geplaatste nummers verwijzen naar de nummering van het raadsvoorstel.

De CvWW beseft uiteraard dat zij slechts een *advies* heeft uitgebracht en dat het nu aan de gemeente (B&W en raad) is om, na goed overleg met de belanghebbende eigenaren, besluiten te nemen en tot maatregelen over te gaan. Het zou echter spijtig zijn als daarbij een verkeerd beeld blijft hangen over de inhoud van het advies. De hier volgende opmerkingen van de CvWW strekken ertoe om dat te voorkomen.

Thema 1: oorzaken schade (1.2)

B&W bespreken diverse schadepatronen en vermelden daarbij de volgende oorzaken:

- scheuren dwars op rijrichting: overbelasting door te zwaar verkeer;
- scheuren parallel aan rijrichting: verzakkingen in kluismuren als de stabiliteit van de fundering is aangetast door achterstallig onderhoud en/of wisselingen in grondwaterstanden;
- wal- en kluismuren: achteruitgang komt door veroudering, het wegspoelen of verzakken van het zandpakket onder de fundering door waterstromen, achterstallig onderhoud, boomwortelgroei en beschadiging door aanvaren.

In deze opsomming is geen rekening gehouden met de uitgebreide, genuanceerde, beschouwingen van de CvWW in de nrs. 7.22-25 van het eindadvies. De CvWW verwijst daarnaar. De opsomming van B&W suggereert dat scheuren parallel aan de rijrichting het gevolg van zijn factoren die in beginsel binnen het domein van de eigenaren vallen. Dat is niet het standpunt van de CvWW. Uit haar advies blijkt dat ook schade aan werfkelders en -muren kan zijn ontstaan o.m. door bomen, het wegspoelen van zand (door gebrekkige afwatering of andere tekortkomingen van de gemeente) of wegzakkende werfmuren. Dit zijn potentiële oorzaken binnen het domein van de gemeente. Zij is immers de eigenaar van de wal- en kluismuren.

Thema 2: aansprakelijke partijen (2.1¹)

B&W vermelden dat de CvWW twee aspecten betreffende de beheerverantwoordelijken niet heeft "benoemd", te weten de politie en het hoogheemraadschap (HDSR). Hierbij zien B&W enkele passages in het eindadvies over het hoofd. In nr. 7.4 heeft de CvWW de eigen bevoegdheden en (in het verlengde daarvan) verantwoordelijkheden van de gemeente ten aanzien van het verkeer genoemd. Die leveren volgens de CvWW al voldoende grond op voor de conclusies die zij daaraan heeft verbonden. De verantwoordelijkheid van HDSR is, na een introductie daarvan in nr. 5.11 onder de letter m, aan de orde gekomen in de nrs. 7.13 (laatste bullet) en 7.29 van het advies. Daarin heeft de CvWW vermeld dat – en waarom – zij adviseert om de primaire verantwoordelijkheid tegenover individuele eigenaren bij de gemeente te leggen en het kostenverhaal van deze overheid op andere

¹ Het raadsvoorstel bevat tweemaal het randnummer 2.1. Bedoeld is hier het eerste randnummer (p. 7 van het raadsvoorstel),,

overheden aan haar, de gemeente, over te laten. Opmerking verdient overigens dat er een zekere verwevenheid is tussen de bevoegdheden en taken van de gemeente en die van HDSR, o.m. bij de verlening van bepaalde vergunningen.

Thema 3: kostenverdeling (2.2)

B&W schrijven dat zij positief staan tegenover de voorgestelde aanbeveling van de CvWW voor een kostenverdeling tussen gemeente en de eigenaar op 50-50%-basis. Dit heeft de CvWW niet aanbevolen. Een dergelijke gelijke verdeling komt alleen voor op p. 10 en in nr. 7.13 van het eindadvies, maar heeft daar een veel beperkter strekking. In het advies zou deze verdeling (alleen) moeten gelden voor de materiële kosten en de aanlegkosten van een nieuwe bitumenlaag.

B&W verklaren zich “bereid” (de kosten van) het herstel van de schade door zwaar verkeer en de fundering te betalen”. Het komt de CvWW voor dat dit vanzelfsprekend is. De eigenaren zijn niet verantwoordelijk voor te zwaar verkeer en de hier bedoelde fundering van de wal- en kluismuren is eigendom van de gemeente.

In het eindadvies van de CvWW vormen de bewijsvermoedens een belangrijk thema als hulpmiddel tot dejuridisering (vereenvoudiging van het debat) en om recht te doen aan haar bevindingen over de oorzaken van schade, de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden en de veelal ongelijke positie van de betrokken partijen eigenaren en gemeente). Niet alle voorgestelde bewijsvermoedens werken overigens in het voordeel van de eigenaren; zie bijvoorbeeld het schema in nr. 7.28 van het eindadvies, dat enkele voorbeelden van het tegendeel bevat. De CvWW heeft toegelicht waarom de door haar aanbevolen bewijsvermoedens niet “uit de lucht komen vallen”, maar aansluiten bij de wettelijke regeling van de bewijslastverdeling en bij datgene wat een rechter in een concreet geschil over aansprakelijkheden in het wervengebied zou (kunnen) beslissen. Dit is toegelicht in nr. 7.20 van het eindadvies. Uit het raadsvoorstel blijkt niet dat B&W al dergelijke beschouwingen in hun overwegingen hebben betrokken. Zij achten het risico te groot dat de gemeente de kosten van herstel betaalt bij schades die los staan van gemeentelijk handelen of buiten de invloedssfeer van de gemeente vallen. Deze algemene overweging miskent de vele en genuanceerde beschouwingen van de CvWW in haar eindadvies over de strekking (de ratio) en de grenzen van de bewijsvermoedens. Als duidelijk is dat de gemeente niets van doen heeft met de oorzaken van schadegevallen die het bewijsvermoeden in beginsel in haar domein brengt, is er alle ruimte om het vermoeden opzij te zetten. Ook dat gebeurt geregeld bij de gewone rechter. Als er fundamentele onzekerheid blijft bestaan over de oorzaken maar oorzaken aan de zijde van de gemeente wel aannemelijk zijn, kan er goede grond zijn om het bewijsvermoeden in stand te laten. Andere oplossingen zijn dan ook denkbaar, maar het gaat hierbij waarschijnlijk om uitzonderingen. De CvWW heeft bij herhaling beschreven dat zij tot vuistregels voor de “normale” gevallen is gekomen. Uit het advies van de CvWW blijkt dat er een heel groot aantal mogelijke schadeoorzaken is waarmee de eigenaren niets van doen hebben en ten aanzien waarvan de gemeente de primaire verantwoordelijkheid heeft.

Uit het raadsvoorstel blijkt niet dat B&W rekening hebben gehouden met de aanbevelingen van de CvWW in haar eindadvies over de “spijtoptanten”, d.w.z. de eigenaren van werfkelders die niet betrokken zijn geweest in de hersteloperatie van de jaren '90. Dit betrof toen ongeveer 20% van de werfkelders. Voor deze categorie heeft de CvWW de bij die operatie toegepaste verdeelsleutel 60-40% (gemeente versus eigenaar) aanbevolen. Hierbij is zij tegemoetgekomen aan het commentaar van B&W op haar conceptadvies. Zie hiervoor o.m. de nrs. 7.12 en 7.27 van het eindadvies.

B&W zoeken de oplossing in het inschakelen van een onafhankelijke deskundige, die op kosten van de gemeente de schade en de schadeoorzaak kan “vaststellen”. Het raadsvoorstel maakt niet duidelijk wat het karakter van deze vaststelling is. Is het een bindend advies (en zo ja, welke waarborgen van een daarop afgestemde semi-rechterlijke procedure zal het moeten bevatten, en zo nee: wat gebeurt er als een van de betrokken partijen het oneens is met de vaststelling)? Juist om de kans op dergelijke nadere juridische problemen te verkleinen heeft de CvWW de bewijsvermoedens en specifieke vormen van geschiloplossing en -beslechting (mediation, bindend advies) voorgesteld. Uit het raadsvoorstel blijkt niet dat deze op dejuridisering gerichte aanbevelingen in de beoordeling zijn betrokken.

Thema 4: de stichting (2.2)

B&W achten het “essentieel” dat *alle eigenaren* deelnemen in de stichting. De CvWW heeft het belang van een zo groot mogelijke participatie onderschreven o.m. in nr. 9.8 van het eindadvies. Daar heeft zij vermeld dat geen eigenaar verplicht is hieraan mee te werken en dat er daarom prikkels in te bouwen voor een zo groot mogelijke participatie. Een vorm van “verleiden” dus. Kennelijk kiezen B&W hier niet voor, maar het is niet duidelijk hoe zij de medewerking van allen, die volgens hen *essentieel* is, zouden kunnen afdwingen.

De CvWW leidt uit het raadsvoorstel van B&W af dat B&W de voorkeur van de CvWW voor een stichting die zich concentreert op (samenwerking voor) het herstel van de werfkelders deelt. In dit verband roept een passage in de voorlaatste alinea op p. 8 van het raadsvoorstel de vraag op of dit inderdaad het geval is. Daar wordt gesproken over de democratische legitimiteit van de stichting mede in relatie tot de inzet van publieke middelen – een onderwerp dat o.m. in de nrs. 9.5, slot, en. 9.17 van het eindadvies is genoemd – “integraliteit van de opgave (niet alleen kelders, maar gevel tot gevel)” en de betrokkenheid van andere eigenaren en beheerders. De CvWW heeft op veel plaatsen beklemtoond dat een integrale benadering van alle problemen – niet alleen die van de werfkelders – nodig is, maar zij heeft in nr. 95 van haar eindadvies de redenen genoemd om de opzet van de stichting te beperken tot de kelders. Het spreekt vanzelf dat de stichting vol betrokken wordt bij het andere (herstel)werk in het gebied “van gevel tot gevel”, voor zover dat aan de kelders raakt. Het gaat dan in het bijzonder om het herstel van de wal- en kluismuren. De beperkte taak van de stichting is er vooral op gericht om met focus en daadkracht te werken aan het punt dat eigenaren het meest raakt, en dat betreft hun lekkende en soms onveilige kelders. En dus niet om “integraliteit” van de aanpak te verstoren. Ook die integraliteit in de aanpak is immers noodzakelijk. Maar er is geen reden om vervolgens al het werk onder de stichting te brengen. Een vorm van samenwerking met de stichting is vanuit dit oogpunt voldoende.

Tot slot

Een slotopmerking over de “maatschappelijke zorgplicht” van de gemeente, al dan niet in relatie (of: in tegenstelling) tot de in de wet verankerde zorgplichten. Hierover hebben B&W iets vermeld op p. 3 van hun raadsvoorstel. Een kernpunt in het advies van de CvWW is dat beide plichten in elkaars verlengde liggen en ook relevant zijn voor de juridische verplichtingen van de gemeente. Zie o.m. in nrs. 7.2 en 7.8, derde bullet, van het eindadvies. Tegen deze achtergrond is de bedoelde passage op p. 3 van het raadsvoorstel niet duidelijk. B&W omschrijven de maatschappelijke *zorgplicht* van de gemeente als iets waarmee zij invulling *wil* geven aan het beheer (cursivering van de CvWW). Een plicht bestaat echter onafhankelijk van de wil om daaraan gevolg te geven.