

Rapport Gemeentelijke Ombudsman

Ondernemer speelbal bij claimafhandeling

**Gemeente Amsterdam
Bestuursdienst, Dienst Juridische Zaken
Stadsdeel Centrum
N.V. Verzekeringsbedrijf Groot Amsterdam
Waternet**

20 september 2010
RAI055969

Samenvatting

Een ondernemer heeft een boekhandel in stadsdeel Centrum. Begin 2007 laat Waternet weten dat stadsdeel Centrum in september 2007 zal beginnen met de herinrichting van de straat. Waternet zal het riool vernieuwen. Het werk zal medio juli 2008 klaar zijn. Feitelijk beginnen de werkzaamheden op 5 november 2007 en zijn pas in april 2009 klaar. Tijdens de werkzaamheden ondervindt de man geluidsoverlast en is de winkel moeilijk toegankelijk. De omzet is aantoonbaar gekelderde. Hij stelt Waternet aansprakelijk. De eigen verzekeringsmaatschappij van Waternet handelt de schadeclaim af. VGA zegt dat de gemeente Amsterdam niet aansprakelijk is omdat die niet de opdrachtgever is. De ondernemer kan zich daarin niet vinden en wendt zich tot de ombudsman die een onderzoek instelt.

De ombudsman stelt vast dat ten onrechte is nagelaten de aansprakelijkstelling van de gemeente in volle omvang te onderzoeken. Totdat werd aangekondigd dit alsnog te doen is de ondernemer als een speelbal behandeld. Zelfs aan een begin van afstemming over de afhandeling van de claim heeft het binnen de gemeente ontbroken. Op een juridische toegeruste instantie als de gemeente Amsterdam rust een actieve onderzoeksplicht. De verzekeraar, Waternet, VGA, noch het stadsdeel zijn ingaan op het aanbod van de ondernemer om zijn schade te onderbouwen. De betrokken instanties hebben verzuimd onderzoek te doen naar de causaliteit tussen de werkzaamheden en de opgevoerde schadeposten.

Oordeel

De gemeente heeft in strijd met het vereiste van fair play en het motiveringsvereiste gehandeld.

Verzoek

Het verzoek tot onderzoek is op 21 september 2009 schriftelijk ingediend en betreft de gemeente Amsterdam, de Bestuursdienst Amsterdam Dienst Juridische Zaken, stadsdeel Centrum, Waternet en N.V. Verzekeringsbedrijf Groot Amsterdam.

klachtomschrijving

Het onderzoek van de ombudsman richt zich op:

- de behandeling van een schadeclaim ontstaan door werkzaamheden in en aan de openbare weg.

Bevindingen

aanleiding

Verzoeker is eigenaar van een boekhandel. Begin 2007 informeert Waternet de eigenaar van het pand dat stadsdeel Centrum in september 2007 zal beginnen met de herinrichting van de straat. Waternet sector Afvalwater zal de riolering vernieuwen. Om risico's op schade uit te sluiten, zal Waternet ruim voor aanvang van de werkzaamheden een risicoanalyse laten maken door een onafhankelijk bureau: bureau Crux B.V. Hierin wordt onderzocht wat de invloed van de werkzaamheden op de omgeving kan zijn.

In de eerste maanden van 2007 voert Crux B.V. de risicoanalyse uit en op 6 april 2007 is het rapport klaar. Vervolgens wordt een voorstel voor monitoring opgesteld dat op 2 augustus 2007 klaar is. Voorafgaand aan de rioleringswerkzaamheden worden op basis van het monitoringvoorstel begin november 2007 vooropnames gemaakt.

Begin oktober 2007 laat Waternet weten dat de startdatum van de werkzaamheden wordt uitgesteld tot 5 november 2007. De werkzaamheden aan het riool zullen medio juli 2008 klaar zijn, gevolgd door de werkzaamheden aan de bestrating: oplevering eind oktober 2008. Tijdens de werkzaamheden worden auto's en fietsers omgeleid. Voor voetgangers blijft het gebied en de winkels toegankelijk door middel van plankiers.

De werkzaamheden van de herinrichting beginnen op 5 november 2007. Tijdens de werkzaamheden ondervindt verzoeker veel overlast. Hij ondervindt geluidsoverlast en regelmatig trilt het huis op de fundering. Vaak staan de bouwhekken tot vlak voor de ingang van de winkel waardoor de toegang wordt bemoeilijkt. Voetgangers en fietsers beschadigen het privéluk dat toegang geeft tot de kelder onder de winkel. Bij burens raken trappen en stenen beschadigd. Verzoeker stelt vast dat de zorg van gemeente om de toegankelijkheid van de winkels en woonhuizen te waarborgen en beschadigingen te voorkomen onvoldoende is.

In december 2008 zijn de werkzaamheden nog niet klaar. De straat is nog steeds opgebroken.¹ Al die tijd is verzoekers winkel (zeer) moeilijk bereikbaar. Het stuk straat - waar verzoekers winkel gelegen is tussen de Spinhuissteeg en Rusland - wordt gedurende de anderhalf jaar dat de werkzaamheden plaatsvinden, tevens als opslagplaats van materiaal gebruikt.

¹ Waternet merkt hierover op dat deze zin op zich zelf juist is in die zin dat de straat ergens in het werktracé opgebroken is geweest, maar niet al die tijd bij verzoeker voor de deur.

De werkzaamheden hebben de boekhandel veel schade berokkend. Verzoeker is veel klandizie kwijtgeraakt en zijn omzet is aantoonbaar gekelderd. Naast het verlies aan omzet, heeft de berg zand voor de deur ook nog directe schade veroorzaakt. Bezoekers lopen het zand de winkel in. Als gevolg daarvan heeft verzoeker extra schoonmaakkosten moeten maken en heeft hij de vloerbedekking moeten vernieuwen. Het zand is zelfs in een laptop terecht gekomen die vervangen moest worden. Pas in april 2009 vindt de oplevering van alle werkzaamheden plaats.

verzoeker stelt Waternet in een brief aan VGA aansprakelijk

Op 11 december 2008 schrijft verzoeker een brief aan VGA Verzekeringen (VGA) waarin hij Waternet aansprakelijk stelt voor de geleden schade: € 21.500 omzet verlies, € 10.000 verlies goodwill, € 4.000 afname voorraad boeken, € 3.000 vloerbedekking en andere materiële schade, € 750 laptop en € 500 extra schoonmaakkosten. Hij verklaart de schade met behulp van een accountantsverklaring te kunnen aantonen.

ontvangstbevestiging van Centraal Beheer Achmea

Verzoeker ontvangt op 13 januari 2009 van Centraal Beheer Achmea (Achmea) een ontvangstbevestiging. Daaruit blijkt dat Waternet bij Achmea is verzekerd. Achmea laat weten bij Waternet nadere informatie te hebben opgevraagd en na ontvangst daarvan op de zaak terug te komen.

brief van verzoeker aan Achmea, VGA en Waternet

Op 20 januari 2009 stuurt verzoeker een brief naar Achmea, VGA en Waternet. Hij vreest dat de afhandeling van zijn schadeclaim lang gaat duren. Verzoeker laat weten zich tot de ombudsman te zullen wenden, indien hij voor 5 februari 2009 geen reactie krijgt.

1^e reactie van Achmea

Op 11 februari 2009 krijgt verzoeker antwoord van Achmea dat laat weten dat de gemeente (stadsdeel Centrum) en Waternet in het algemeen belang, periodiek noodzakelijke werkzaamheden aan de wegen en het riool moeten uitvoeren. Voor ondernemers kan dit tot inkomstenderving leiden. Dit brengt niet automatisch mee dat de overheid gehouden is deze inkomstenderving te vergoeden. Het behoort tot het maatschappelijke (ondernemers)risico dat als gevolg van werkzaamheden een vermindering van omzet of inkomsten kan optreden. Conform de huidige planning zullen de werkzaamheden in april 2009 worden afgerond. Met uitzondering van een vertraging van twaalf weken worden de werkzaamheden conform de planning uitgevoerd. Tijdens de werkzaamheden is de winkel via loopplanken bereikbaar geweest. Voorafgaand aan de werkzaamheden heeft Waternet met de aangrenzende bedrijven gesproken over de werkzaamheden en de uitvoeringswijze. Achmea concludeert dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen of nalaten van Waternet en wijst de schadeclaim om die reden volledig en onvoorwaardelijk af.

1^e brief van verzoeker aan Achmea

Verzoeker kan zich in deze afwijzing niet vinden. Hij schrijft Achmea op 17 februari 2009 een brief waarin hij stelt dat het besluit van Achmea op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Zo is Achmea er ten onrechte vanuit gegaan dat er een vertraging was van twaalf weken. De werkzaamheden voor zijn deur zouden in juli 2008 klaar zijn maar waren in werkelijkheid pas eind december 2008 afgerond: vertraging 23 weken. Verzoeker voert aan dat de aanzienlijke vertraging juist een reden is om de schade te compenseren. Daar komt bij - dat in tegenstelling tot wat Achmea schrijft - niemand van Waternet voorafgaand aan de werkzaamheden met hem heeft gesproken. Verzoeker kan zich ook niet vinden in de opmerking van Achmea over de

bereikbaarheid van zijn winkel. Gedurende lange tijd was er geen ruimte voor loopplanken voor de winkeldeur. De bereikbaarheid van de winkel werd belemmerd door een modderige puinhoop waardoor mensen zich een weg moesten banen. Het is verzoeker volslagen onduidelijk waarom een vertraging van twaalf weken – laat staan 23 weken – niet onrechtmatig zou zijn. Op grond waarvan komt Achmea tot deze uitspraak? Wanneer is een vertraging volgens Waternet en/of Achmea wel onrechtmatig?

brief van verzoeker aan de portefeuillehouder openbare ruimte stadsdeel Centrum

Een afschrift van de correspondentie stuurt verzoeker op 23 februari 2009 naar de portefeuillehouder openbare ruimte van stadsdeel Centrum, met het verzoek zorg te dragen voor een zorgvuldige afwikkeling van de schadeclaim.

2^e reactie van Achmea

Op 11 maart 2009 reageert Achmea op verzoekers brief. Achmea erkent in de brief van 11 februari 2009 van onvolledige informatie te zijn uitgegaan. Volgens de eerste bewonersbrief was de verwachte einddatum van alle werkzaamheden eind oktober 2008 (week 45). In werkelijkheid was het werk klaar in week zeven van 2009, een vertraging van vijftien weken. Achmea merkt ook op dat in afwijking van de oorspronkelijke planning vanaf juli 2008 tot de definitieve bestratingwerkzaamheden, een tijdelijke bestrating is aangelegd.¹ Wat betreft de opmerking over het gehouden overleg, laat Achmea het volgende weten. Voorafgaand aan de werkzaamheden heeft het stadsdeel een voorlichtingsbijeenkomst georganiseerd met bedrijven in de omgeving. Achmea stelt niet dat speciaal met verzoeker is gesproken, maar in de besluitvorming zijn de specifieke belangen van ondernemers door Waternet meegewogen. Achmea blijft bij haar standpunt dat de winkel via noodbestrating of loopplanken altijd goed bereikbaar is geweest.² Over de schade aan de laptop schrijft Achmea dat verzoeker aannemelijk dient te maken dat deze het gevolg is van vrijkomend zand. Vervolgens dient te worden vastgesteld dat het vrijkomen van het zand het gevolg is van enig onrechtmatig handelen of nalaten van Waternet. Achmea is niet van oordeel dat er sprake is van enig onrechtmatig handelen en wijst de aansprakelijkheid af.

2^e brief van verzoeker aan Achmea

Op 25 maart 2009 schrijft verzoeker Achmea een brief terug. Verzoeker hekelt de passieve houding van Achmea door blindelings te vertrouwen op de informatie van Waternet zonder zelf onderzoek naar de feiten te doen. In tegenstelling tot wat Achmea stelt, is op geen enkele wijze rekening gehouden met verzoekers belangen. Dat blijkt alleen al uit het feit dat de straat voor verzoekers winkel anderhalf jaar lang onbereikbaar is geweest, afgezien van drie weken tijdelijke bestrating in juli en december 2008 op verzoek van Radisson Blue hotel. Verzoeker bekritiseert ook de uitspraak dat de tijdelijke bestrating als een gunst moet worden opgevat. Uiteraard was de tijdelijke bestrating niet gepland, omdat de werkzaamheden medio juli 2008 allang klaar hadden moeten zijn. Verzoeker herhaalt zijn stelling dat er toch echt sprake is van een vertraging van 23 weken als je de eerste en laatste planning naast elkaar legt: afronding totale werkzaamheden verschoof van oktober 2008 naar april 2009 = 23 weken. Verzoeker wijst op het feit dat Achmea in eerste instantie een vertraging van twaalf weken niet onrechtmatig vond. Achmea spreekt zich vervolgens niet uit of een vertraging van vijftien weken wel onrechtmatig is, laat staan een

¹ Verzoeker merkt hierover op dat er een verschil is tussen planning en uitvoering. De uitvoering van de tijdelijke bestrating vond plaats in december 2008. Afgezien van deze tijdelijke bestrating heeft de gemeente zich niet ingespannen om de schade voor hem als winkelier te beperken, aldus verzoeker.

² Verzoeker bestrijdt dit.

vertraging van 23 weken. Verzoeker vraagt Achmea om de relevante jurisprudentie om de uitspraken hieromtrent te toetsen.

reactie van VGA

Op 29 april 2009 reageert VGA op de brief die verzoeker aan de portefeuillehouder openbare ruimte heeft gestuurd. VGA laat weten dat de gemeente Amsterdam noch stadsdeel Centrum niet de opdrachtgever is van de werkzaamheden die door Waternet zijn uitgevoerd. Waternet heeft zelfstandig besloten om de rioleringswerkzaamheden uit te voeren. Zelfs als de gemeente wel als opdrachtgever zou zijn opgetreden van Waternet, kan de gemeente op grond van artikel 6:171 BW niet aansprakelijk zijn: aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor een niet-ondergeschikte staat hieraan in de weg. VGA stelt dat de betrokkenheid van het stadsdeel beperkt is tot de herprofileringwerkzaamheden nadat de rioleringswerkzaamheden waren afgerond. VGA besluit dat de gemeente Amsterdam niet over kan gaan tot vergoeding van de gestelde schade.

1^e reactie van verzoeker op brief van VGA

Verzoeker richt zich op 25 mei 2009 schriftelijk tot VGA. Hij wijst op het feit dat de portefeuillehouder van het stadsdeel zich op 9 april 2009 persoonlijk van de situatie op de hoogte heeft gesteld. Tijdens dit bezoek heeft de portefeuillehouder toegezegd de situatie met de directeur van Waternet te bespreken. Bij die gelegenheid zou de portefeuillehouder er bij de directeur op aandringen dat Waternet verzoeker compenseert voor de gederfde inkomsten. Verzoeker heeft hierover echter niets meer vernomen. Verzoeker vindt overigens dat de gemeente en Waternet gezamenlijk dienen te onderzoeken op welke wijze zijn schade gecompenseerd kan worden. Ook is hij van mening dat de gemeente Amsterdam een eigen verantwoordelijkheid heeft jegens kleine ondernemers van de stad. De gemeente dient met name kleine ondernemers te vrijwaren van schade door inefficiënte en onzorgvuldige werkzaamheden. Ondernemers kunnen zich niet verzekeren voor dergelijke schades en deze kunnen niet worden aangemerkt als normaal ondernemersrisico. Verzoeker verwijst naar de ondernemers aan de Overtoom die na langdurige werkzaamheden aan de Overtoom door de gemeente zijn gecompenseerd.

2^e reactie van VGA

VGA laat weten verzoekers brief onder de aandacht van de portefeuillehouder te hebben gebracht. Wat betreft de gedupeerde ondernemers op de Overtoom, schrijft VGA dat deze geen schadevergoeding hebben gekregen.

reactie van de portefeuillehouder

Op 27 juli 2009 reageert de portefeuillehouder op verzoekers brief van 25 mei 2009. De portefeuillehouder laat weten met de directeur van Waternet te hebben gesproken. Beiden scharen zich achter de conclusie van VGA dat de gemeente niet kan overgaan tot vergoeding van de gestelde schade.

Verzoeker kan zich niet vinden in de opstelling van het stadsdeel en de verschillende gemeentelijke instellingen. Op 18 september 2009 dient hij een klacht in bij de gemeentelijke ombudsman die de zaak in onderzoek neemt.

reactie van de Bestuursdienst, stadsdeel Centrum, VGA en Waternet

De reactie van de Directie Juridische Zaken van de Bestuursdienst is tot stand gekomen na overleg met stadsdeel Centrum, VGA en Waternet. Verzoeker stelt dat hij schade heeft geleden

als een gevolg van plaatsgevonden riolerings- en herprofileringwerkzaamheden aan de straat waaraan zijn boekwinkel is gelegen.

rolverdeling gemeente en Waternet

Het behoort tot de taak van de gemeente om zorg te dragen voor de openbare drinkwatervoorziening, de aanleg en het beheer van de riolering, de zorg voor het ondiepe grondwater en de aanleg, het beheer en het onderhoud van de natte infrastructuur. In 1996 is er een alleenrecht verstrekt aan de stichting Dienst Waterbeheer en Riolering. Dit is vanaf 2006 stichting Waternet. Stichting Waternet is opgericht door het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht en de gemeente Amsterdam. Aan de algemeen directeur van stichting Waternet wordt jaarlijks een mandaat verstrekt, onder andere om zorg te dragen voor de aanleg en het beheer van de riolering. Stichting Waternet bepaalt waar en wanneer welke werkzaamheden worden uitgevoerd. Zij zorgt, na eventuele aanbesteding, tevens voor een aannemer en zij informeert de bewoners en bedrijven. De feitelijke uitvoerder van de gemeentelijke taak is derhalve Waternet.¹

onrechtmatige daad

Verzoeker heeft niet gesteld of onderbouwd waarom de onderhavige werkzaamheden onrechtmatig zouden zijn. In ieder geval zijn de werkzaamheden tijdig aangekondigd waarbij aangegeven is dat het gehele werk naar verwachting eind oktober 2008 gereed zou zijn. Deze datum is tussentijds bijgesteld. De bewoners en bedrijven zijn telkens geïnformeerd en er was een contactpersoon voor vragen. Voorts zijn er loopplanken neergelegd waardoor de winkel bereikbaar is gebleven. Tot slot is er sprake geweest van tijdelijke bestrating. De Bestuursdienst ziet niet in op grond waarvan gesteld kan worden dat de - noodzakelijke en in het algemeen belang - plaatsgevonden werkzaamheden onrechtmatig zouden zijn.

rechtmatige daad

Elk natuurlijk persoon of rechtspersoon zal zo nu en dan geconfronteerd worden met een bepaalde mate van hinder of nadeel als gevolg van maatregelen die worden genomen in het belang van de gehele samenleving. Elke straat zal in het kader van onderhoud en reconstructie eens in de zoveel jaren (moeten) worden opgebroken. Het is ook in het belang van de middenstand zelf dat een straat wordt opgeknapt. Tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden, komt ondervonden nadeel als een gevolg van dergelijke werkzaamheden in principe voor rekening van de burger/onderneming.

reactie van Waternet in overleg met stadsdeel Centrum en VGA

Waternet, stadsdeel Centrum en VGA zijn niet van oordeel dat schade die het gevolg is van een rechtmatige overheidsdaad altijd onder het algemene ondernemersrisico valt. Overigens is het niet juist dat Achmea dit standpunt wel zou huldigen. Steeds moet van geval tot geval worden bezien of een dergelijke schade voor vergoeding in aanmerking komt dan wel voor rekening van de burger/ondernemer moet blijven. Hiervoor zijn in de rechtspraak nadere criteria ontwikkeld waaraan in iedere situatie afzonderlijk getoetst dient te worden. Het gaat er daarbij om of er sprake is geweest van een abnormale of speciale last. In dit geval is echter niet gebleken c.q. aangetoond dat aan deze criteria is voldaan. Derhalve komt de geclaimde schade niet voor vergoeding in aanmerking.

¹ Waternet voegt hier aan toe dat het belast is met de beleidsvoorbereiding en de uitvoering van de gemeentelijke rioleringstaak. Waternet handelt ter zake krachtens mandaat, dus op naam en voor rekening, risico en verantwoordelijkheid van de gemeente Amsterdam. Het feit dat Waternet de feitelijke uitvoerder van de gemeentelijke taak is doet daar niets aan af en kan ook niet tot een zelfstandige aansprakelijkheid van Waternet leiden.

Er is door de gemeente noch door Waternet een regeling getroffen voor nadeelcompensatie voor dit soort gevallen zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de aanleg van de Noord/Zuidlijn.¹ De vragen die vervolgens aan de orde komen zijn deze: is verzoeker zwaarder getroffen dan andere met hem vergelijkbare ondernemers? Behoort het tot het normale ondernemersrisico dat een winkel enige tijd minder goed bereikbaar is omdat de straat waaraan de winkel is gelegen opengebroken wordt voor de aanleg van nieuwe riolering en aansluitend bestrating? Is het door de werkzaamheden veroorzaakte nadeel – gelet op de aard en de duur – zo disproportioneel dat dit redelijkerwijs niet tot last mag blijven van de bewoners of de middenstand?

De Bestuursdienst acht het verdedigbaar dat de direct betrokkenen in deze zaak tot het oordeel zijn gekomen dat er geen aanleiding bestaat voor het uitkeren van nadeelcompensatie. De werkzaamheden zijn tijdig aangekondigd en waren derhalve voorzienbaar. Verzoeker had ook zelf maatregelen kunnen treffen (aankondiging aan klanten, voordeelacties).² Tijdens de werkzaamheden is de winkel via loopplanken en tijdelijke bestrating bereikbaar gebleven. Er is bij aanvang een voorspelling gegeven van de duur van de werkzaamheden, die halverwege is bijgesteld. De bewoners zijn geïnformeerd en er was een contactpersoon voor vragen.

zorgvuldige behandeling?

Achmea (Waternet) heeft de correspondentie verzorgd voor wat betreft het verzoek om vergoeding van de gestelde schade als een gevolg van de rioleringswerkzaamheden. VGA (stadsdeel Centrum) heeft de correspondentie verzorgd voor wat betreft het verzoek om vergoeding van gestelde schade als een gevolg van de herprofileringwerkzaamheden. Voorts heeft VGA als tussenpersoon gefungeerd tussen verzoeker en Achmea.

onderbouwing schade

Of er nu schadevergoeding wordt gevorderd op grond van onrechtmatige daad of rechtmatige daad: de benadeelde partij zal zijn schade niet alleen dienen te stellen, maar ook dienen te bewijzen. Een dergelijke onderbouwing van de schade heeft nog niet heeft plaatsgevonden.

schade aan de laptop

Wat betreft de schade aan de laptop stelt de Bestuursdienst zich op het standpunt dat verzoeker niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een causaal verband bestaat tussen het ingelopen zand en de schade aan de laptop.

reacties op bevindingen

Het resultaat van het onderzoek is als verslag van bevindingen naar verzoeker en naar bovenvermelde instanties gestuurd teneinde een nadere reactie mogelijk te maken. Verzoeker, de Bestuursdienst, stadsdeel Centrum en Waternet hebben een nadere reactie gestuurd. Deze reacties zijn voor zover relevant in het rapport verwerkt of hieronder apart opgenomen. VGA heeft niet meer gereageerd.

¹ Waternet merkt hierover op dat het niet op eigen naam, zelfstandig een regeling voor nadeelcompensatie kan treffen. Dat is voorbehouden aan de gemeente Amsterdam die het rioleringbeleid en alles wat daarmee samenhangt, vaststelt en die aan Waternet de financiële middelen ter beschikking stelt voor de uitvoering van de rioleringstaak.

² Verzoeker vindt het onvoorstelbaar dat deze opmerking wordt gemaakt als er op een planning van acht maanden, zes maanden vertraging optreedt. De aankondiging van een vertraging heeft geen positieve invloed op de vertraging zelf. De Bestuursdienst heeft klaarblijkelijk geen notie van de aard van de winkel. Klanten brengen hun boeken veelal in dozen en kopen 2^e hands Engelse boeken; 'voordeelacties' zijn niet aan de orde.

nadere reactie van verzoeker

Door de lange duur van de werkzaamheden is er sprake van bijzondere omstandigheden die niet tot het 'normale risico' van een ondernemer gerekend kunnen worden. De tijdspanne van de onbereikbaarheid van de winkel is onevenredig groot geweest in relatie tot het doel om de riolering te vernieuwen. De terugval in omzet was als kleine winkelier – die de gemeente zo graag ziet in het Wallengebied – niet te overbruggen.

De Bestuursdienst stelt zich op het standpunt dat van geval tot geval worden gezien of een dergelijke schade voor vergoeding in aanmerking komt en dat hiervoor in de rechtspraak nadere criteria zijn ontwikkeld. Het gaat er daarbij om of er sprake is geweest van een abnormale of speciale last. De Bestuursdienst stelt dat in dit geval niet is gebleken c.q. aangetoond dat aan deze criteria is voldaan. De criteria worden echter niet genoemd, terwijl de claim wel op deze criteria worden afgewezen. Verzoeker vindt dit getuigen van onbehoorlijk bestuur, verweer hiertegen is niet mogelijk. Verzoeker is van mening dat de schade ook op grond van redelijkheid en billijkheid gecompenseerd dient te worden.

nadere reactie van de Bestuursdienst

Een ondernemer stelt de gemeente aansprakelijk voor schade die hij leidt als gevolg van noodzakelijke werkzaamheden aan het riool. Formeel heeft het verzoek daarmee de vorm van een claim uit onrechtmatige daad, materieel is sprake van nadeelcompensatie. Door deze uiterlijke vorm is de route van het verzoek vervolgens ook zoals die normaliter wordt gevolgd bij een claim. VGA en een andere verzekeringsmaatschappij zijn erbij betrokken, hoewel het bij nadeelcompensatie per definitie om voorzienbare en dus niet verzekerbare schade gaat. Ook binnen de Dienst Juridische Zaken (DJZ) is de behandelaar aangewezen die doorgaans aansprakelijkheidsclaims beoordeelt. Hoewel er binnen DJZ ook een collega is die zich heeft toegelegd op nadeelcompensatie en daarover gemeentebreed adviseert, was deze (ten onrechte) niet mede betrokken bij de beoordeling van de onderhavige kwestie.

Hierna zal uiteengezet worden waardoor dit probleem wordt veroorzaakt en hoe het komt dat de bestuursrechtelijke weg voor verzoeker niet openstaat. De in verzoekers brief van 11 december 2008 gebruikte term 'aansprakelijkstelling' duidt er op dat hij ervoor 'gekozen' heeft om de privaatrechtelijke weg te bewandelen. Daar moet wel bij worden aangetekend dat vanwege het ontbreken van een publiekrechtelijke grondslag, zoals een gemeentelijke verordening of beleidsregels, alleen deze weg openstaat. Voor een nadere toelichting hiervan; zie bijlage.

Zolang er noch een algemene regeling noch een gemeentelijke voorziening is, zal verzoeker de weg naar de burgerlijke rechter moeten bewandelen als hij het niet eens is met het besluit van de gemeente. Over de inhoud van dit besluit nog het volgende. Het door de betrokken partijen ingenomen standpunt is 'marginaal' getoetst door DJZ. Hoewel de claim in casu in het jasje is gegoten van een aansprakelijkheidsclaim gelden daarvoor materieel gezien dezelfde criteria als bij een verzoek om nadeelcompensatie. Meer in het algemeen geldt dat de deskundigheid die is vereist om nadeelcompensatieclaims te kunnen beoordelen, een andere is dan in het algemeen bij schadeclaims het geval is. Het Schadebureau Noord/Zuidlijn maakt voor de nadeelcompensatieverzoeken gebruik van de deskundigheid van een externe commissie. De gemeente is op grond van de Awb verplicht de adviezen van deskundigen te toetsen. Het Schadebureau maakt hiervoor gebruik van de deskundigheid van DJZ, die hierover o.a. in het kader van de beslissingen op bezwaar moet adviseren. Daarnaast is een project gestart, mede als uitvloeisel van een eerdere aanbeveling van de Ombudsman, waarbij DJZ een groot deel van de adviezen van de commissie heeft bestudeerd. De resultaten daarvan moeten nog met het

Schadebureau worden besproken. Het is de bedoeling dat hierdoor meer zicht ontstaat op de criteria die de commissie hanteert (waarmee ook eventueel naar derde partijen kan worden gecommuniceerd) en de ingebrachte deskundigheid ook toegankelijk wordt gemaakt voor de gemeente zelf zodat de adviescommissie zo gericht mogelijk kan worden ingezet. Duidelijk is nu al dat een aantal van de door de commissie ontwikkelde criteria zich prima lenen voor een bredere toepassing, waaronder deze individuele casus. Bij de inrichting van de huidige externe commissie en de wijze van inschakeling heeft DJZ overigens nog wel vragen, die binnenkort eveneens met het Schadebureau zullen worden opgenomen.

In dit individuele geval heeft in de beoordeling het volgende ontbroken:

- Als algemeen uitgangspunt is geformuleerd dat schade als gevolg van wegoptbrekingen tot het normaal maatschappelijk risico behoort, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn. De vraag is vervolgens of er in dit concrete geval aanleiding is om van dat algemene uitgangspunt af te wijken. Een aanknopingspunt daarvoor zou bijvoorbeeld kunnen worden gevonden in de omvang van de vertraging die is ontstaan en andere relevante individuele omstandigheden;
- Ter beantwoording van die vraag moet tevens onderzoek worden gedaan naar de vraag of andere ondernemingen in soortgelijke situaties vergelijkbare schade hebben ondervonden;
- Nu informatie daarover ontbreekt en ook niet is ingegaan op de omvang van de vertraging en of de gevolgen daarvan nog tot het normale bedrijfsrisico kunnen worden gerekend, kan geen definitief antwoord worden geformuleerd op de vraag of de betrokken ondernemer in vergelijking tot anderen onevenredig zwaar is getroffen.

In de verhouding met Waternet is een punt van aandacht dat bij Waternet geen budget is gereserveerd voor het betalen van schadevergoedingen en met de gemeente kennelijk de afspraak bestaat dat de gevolgen van het handelen van Waternet namens de gemeente voor rekening en risico van de gemeente komen. Hierin zit iets merkwaardigs, namelijk dat de gemeente verantwoordelijk wordt gehouden voor de nadelige financiële consequenties van handelen waar Waternet in praktijk over beslist.

De conclusie uit het voorgaande is:

- dat in dit individuele geval een nadere toets moet plaatsvinden. DJZ zal daartoe contact opnemen met Waternet en de andere betrokken partijen om te bezien op welke wijze dit het beste in het vat kan worden gegoten;
- los van dit individuele geval zal DJZ in het gesprek met Waternet ook in meer algemene zin het onderwerp nadeelcompensatie bespreken inclusief de relatie met de gemeente;
- tot slot ziet DJZ aanleiding binnen de gemeente Amsterdam na te denken over het voorzien in een publiekrechtelijke grondslag voor nadeelcompensatie voor toekomstige zaken die met de onderhavige zaak vergelijkbaar zijn. Hoewel de wetgever al bezig is met het onderwerp nadeelcompensatie door een voorstel te doen voor een algemene, uniforme regeling in de Awb, lijkt het toch opportuun dat de gemeente Amsterdam zelf over deze kwestie nadenkt. Zeker nu behandeling van het wetsvoorstel op korte termijn nog niet is voorzien. De expertmeeting die de Ombudsman heeft georganiseerd biedt goede mogelijkheden voor een gedachtewisseling daaromtrent.¹ DJZ is zich bewust van het standpunt van de ombudsman dat de overheid zich proactief dient op te stellen indien, bij overheidshandelen in het algemeen belang, is te voorzien

¹ Op 16 april 2010 heeft de ombudsman een expertmeeting georganiseerd over het onderwerp ondernemersrisico en nadeelcompensatie. Aanwezig waren verschillende stadsdelen, DJZ, Waternet, VGA, Bureau Stadsregie, Dienst Infrastructuur Verkeer en Vervoer, de voorzitter schadecommissie Noord/Zuidlijn, de directeur schadebureau Noord/Zuidlijn.

dat individuele burgers benadeeld worden. Voor compensatie van de schade, dient er van te voren regelingen te worden getroffen. DJZ is het met de ombudsman eens en rekent het tot haar taak om daartoe initiatieven te nemen om met diensten en stadsdelen hierover nadere afspraken te maken.

nadere ontwikkelingen

DJZ heeft met Waternet de afspraak gemaakt dat Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken¹ (SAOZ) een advies zal uitbrengen over verzoekers verzoek om schadevergoeding. De kosten van dit onderzoek komen voor rekening van Waternet. In het kader van het onderzoek heeft SAOZ in september 2010 een gesprek gehad met betrokkenen.

Beoordeling

De ombudsman beoordeelt of het bestuursorgaan zich in de door hem onderzochte aangelegenheid behoorlijk heeft gedragen².

Behoorlijkheidsvereisten

Indien naar het oordeel van de ombudsman de gedraging niet behoorlijk is, vermeldt hij in het in het rapport welk vereiste van behoorlijkheid is geschonden³. In dit onderzoek toetst hij de gedragingen aan het fair playvereiste en het motiveringsvereiste.

Niet de ombudsman maar de burgerlijke rechter is degene die bepaalt of er schadevergoeding moet worden betaald. In deze zaak heeft de ombudsman een onderzoek ingesteld naar de procedurele behandeling van de schadeclaim (fair play) en naar de motivering van de afwijzing van de claim (deugdelijke motivering).

Achmea heeft namens Waternet verzoekers schadeclaim afgehandeld. De ombudsman acht Waternet verantwoordelijk voor de wijze waarop Achmea de schadeclaim heeft afgehandeld; het handelen van Achmea wordt dan ook aan Waternet toegerekend.

Overwegingen

resumé

1. Verzoeker is eigenaar van een boekhandel in stadsdeel Centrum. Waternet maakt bekend dat stadsdeel Centrum in september 2007 zal beginnen met de herinrichting van de straat. Waternet vernieuwt de riolering en het stadsdeel de bestrating.
2. In opdracht van Waternet maakt een onafhankelijk bureau voorafgaand aan de rioleringswerkzaamheden een monitoringsvoorstel en vooropnames.

¹ SAOZ is een landelijk zelfstandig, toonaangevend en landelijk werkend adviesbureau op het gebied van waardebepaling en schadevergoeding en adviseert onder meer over planschade, onteigeningsvergoeding, nadeelcompensatie en vergoedingen bij milieumaatregelen.

² artikel 9:27 lid 1 Algemene wet bestuursrecht

³ artikel 9:36 lid 2 Algemene wet bestuursrecht

3. Met enig uitstel wordt op 5 november 2007 met de werkzaamheden begonnen. Op dat moment is de verwachting dat het riool medio juli 2008 klaar is en de bestrating eind oktober 2008.
4. Tijdens de werkzaamheden ondervindt verzoeker veel geluidsoverlast en door de opbrekerij en bouwhekken is de winkel moeilijk bereikbaar. In december 2008 zijn de werkzaamheden nog niet klaar.
5. Eind 2008 stelt verzoeker Waternet via VGA Verzekeringen aansprakelijk voor de geleden schade: € 21.500 omzet verlies, € 10.000 verlies goodwill, € 4.000 afname voorraad boeken, € 3.000 vloerbedekking en andere materiële schade, € 750 laptop en € 500 extra schoonmaakkosten. Hij zegt de schade met een accountantsverklaring te kunnen aantonen.
6. De verzekeringsmaatschappij van Waternet wijst de schadeclaim af. Zij stelt dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen of nalaten. Volgens de verzekeringsmaatschappij zijn de werkzaamheden - met uitzondering van een vertraging van twaalf weken - conform de planning uitgevoerd. De winkel was via loopplanken bereikbaar.
7. Volgens verzoeker was de vertraging langer dan 23 weken. In december 2008 waren de werkzaamheden nog niet klaar. Ook was de winkel al die tijd slecht bereikbaar. Het is hem onduidelijk waarom een vertraging van twaalf weken – laat staan 23 weken – niet onrechtmatig zou zijn.
8. De verzekeringsmaatschappij erkent van onvolledige informatie te zijn uitgegaan en geeft toe dat het werk vijftien weken is vertraagd.
9. VGA laat weten dat de gemeente Amsterdam niet de opdrachtgever is van de werkzaamheden die door Waternet zijn uitgevoerd en daarom niet aansprakelijk is. Zelfs als de gemeente wel opdrachtgever was, is zij niet aansprakelijk omdat aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor een niet-ondergeschikte hieraan in de weg staat. VGA zegt dat de betrokkenheid van het stadsdeel beperkt is tot de herprofileringwerkzaamheden nadat de rioleringswerkzaamheden waren afgerond. VGA zegt de gestelde schade niet te vergoeden.
10. De portefeuillehouder van het stadsdeel stelt zich persoonlijk van de situatie op de hoogte en zegt toe de situatie met de directeur van Waternet te bespreken. Volgens verzoeker zou de portefeuillehouder er bij de directeur op aandringen dat verzoeker gecompenseerd wordt voor de gederfde inkomsten.
11. Verzoeker vindt dat de gemeente en Waternet gezamenlijk dienen te onderzoeken op welke wijze zijn schade gecompenseerd kan worden. Hij is van mening dat de gemeente Amsterdam een eigen verantwoordelijkheid heeft jegens kleine ondernemers van de stad.
12. De portefeuillehouder en de directeur van Waternet scharen zich achter de conclusie van VGA dat de gemeente niet kan overgaan tot vergoeding van de gestelde schade.
13. DJZ laat weten dat de aanleg en het beheer van de riolering een gemeentelijke taak is. De feitelijke uitvoerder is sinds 1996 stichting Waternet.
14. Waternet voegt hier aan toe dat het handelt krachtens mandaat, dus op naam en voor rekening, risico en verantwoordelijkheid van de gemeente Amsterdam. Het is de feitelijke uitvoerder van de gemeentelijke taak maar kan niet zelfstandig aansprakelijkheid worden gesteld.
15. Over de aansprakelijkheidstelling merkt DJZ op dat het formeel een claim uit onrechtmatige daad is, maar materieel een verzoek tot nadeelcompensatie.

Het fair playvereiste houdt in dat een bestuursorgaan de burger de mogelijkheid geeft zijn procedurele kansen te benutten. Dit begint ermee dat de gemeente een burger/ondernemer welwillend tegemoet treedt binnen de grenzen van de wettelijke mogelijkheden.

Het motiveringsvereiste houdt in dat de motivering op de individuele zaak is toegesneden, feitelijk juist is, logisch voortvloeit uit het overheidshandelen en kenbaar is. Dit brengt onder meer met zich mee dat de motivering die beslissing moet kunnen dragen. Dat betekent dat alle relevante feiten, omstandigheden en argumenten in de overwegingen betrokken moeten worden, met inbegrip van de visie van de betrokkene.

Loket

Verzoeker heeft Waternet via VGA aansprakelijk gesteld voor schade ten gevolge van langdurige werkzaamheden voor zijn winkel. Beide hebben, hierin gesteund door DJZ, deze aansprakelijkheid afgewezen. Waternet acht zich, als uitvoerder van de werkzaamheden, niet aansprakelijk. De gemeente, in casu het stadsdeel, verwerpt de aansprakelijkheid onder verwijzing naar de feitelijke uitvoerder Waternet.

In de nadere conclusie neemt DJZ het standpunt in dat ten onrechte is nagelaten de aansprakelijkstelling van de gemeente in volle omvang te onderzoeken.

De ombudsman meent dat dit op zich correcte standpunt niet wegneemt dat verzoeker lange tijd is bezig gehouden door naar elkaar verwijzende instanties en uiteindelijk nul op het rekest kreeg. Zelfs aan een begin van afstemming over de afhandeling van de claim heeft het ontbroken; de gemeente heeft hierdoor in strijd met het fair playvereiste gehandeld.

Gronden

De verzekeraar van Waternet heeft de aansprakelijkheid afgewezen omdat er geen sprake is van onrechtmatige handelingen en daarmee de schade niet was verzekerd.

De ombudsman staat op het standpunt dat aansprakelijkheid kan niet worden afgewezen op grond van het feit dat de schade niet verzekerd is. Bij aansprakelijkstelling van een gemeente wegens schade mag worden verwacht dat de gemeente onderzoekt of deze op grond van één van de voor de hand liggende juridische gronden voor vergoeding in aanmerking komt. In dat geval kan het gaan om onrechtmatige of rechtmatige overheidsdaad. Dit is ook het nadere standpunt van DJZ.

Door zich te beperken tot toetsing door de verzekeringsmaatschappij aan de eisen van onrechtmatige daad heeft Waternet, later tezamen met de Bestuursdienst, het stadsdeel en VGA, verzoeker in de kou laten staan. Op een juridisch toegeruste instantie als de gemeente Amsterdam rust een actieve onderzoeksplicht. De gemeente heeft in strijd met het vereiste van een deugdelijke motivering gehandeld.

Aard van de schade

Verzoeker heeft Waternet aansprakelijk gesteld voor zijn schade die hij heeft gespecificeerd. Hij zegt de schade met een accountantsverklaring te kunnen aantonen. De verzekeraar, Waternet, VGA, noch het stadsdeel gaan echter in op verzoekers aanbod om zijn schade te onderbouwen of nadere vragen te stellen.

De ombudsman stelt vast dat Waternet zich er via zijn verzekeraar van afmaakt, door te stellen dat verzoeker het niet aannemelijk heeft gemaakt dat er een causaal verband bestaat tussen het ingelopen zand en de schade aan de laptop. Ook in dit opzicht heeft de gemeente in strijd met het vereiste van fair play gehandeld.

Causaliteit

In het algemeen hebben de bij de werkzaamheden betrokken instanties verzuimd een onderzoek te doen naar de causaliteit tussen de opgevoerde schadeposten en de werkzaamheden. Vast staat dat de werkzaamheden zijn uitgelopen en dat verzoeker overlast hiervan heeft ondervonden. Ook hiernaar had een deugdelijk onderzoek moeten plaatsvinden.

Oordeel

Uit het voorgaande volgt dat in diverse opzichten door Waternet, VGA, de Bestuursdienst en stadsdeel Centrum het vereiste van fair play en het motiveringsvereiste zijn geschonden.

Met instemming verneemt de ombudsman dat DJZ de afwijzing zal heroverwegen en Stichting Adviesbureau Onroerende Zaken¹ heeft gevraagd advies hierover uit te brengen.

Gelijktijdig met het onderhavige rapport heeft de ombudsman het rapport 'Ondernemersrisico en nadeelcompensatie op de schop'² uitgebracht. Een van de aanbevelingen van dat rapport is dat de gemeente Amsterdam in navolging van de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord/Zuidlijn, de huidige richtlijnen en beleid dienaangaande dient uit te werken met als doel deze in een gemeentebrede verordening vast te stellen. Ook is er een wetsvoorstel in de maak om dit wettelijk te regelen.³

¹ SAOZ is een landelijk zelfstandig, toonaangevend en landelijk werkend adviesbureau op het gebied van waardebepaling en schadevergoeding en adviseert onder meer over planschade, onteigeningsvergoeding, nadeelcompensatie en vergoedingen bij milieumaatregelen.

² RAI055968.

³ 'Indien een bestuursorgaan in de rechtmatige uitoefening van zijn publiekrechtelijke bevoegdheid of taak schade veroorzaakt die uitgaat boven het normaal maatschappelijk risico en een benadeelde in vergelijking met andere onevenredig zwaar treft, kent het bestuursorgaan de benadeelde op zijn aanvraag een vergoeding toe.' Schade blijft in elke geval voor rekening van de aanvrager voor zover:

- a. hij het risico van het ontstaan van de schade heeft aanvaard,
- b. hij heeft nagelaten redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade te nemen, of
- c. de vergoeding van de schade anderszins is verzekerd.'

Bijlage: toelichting van de Dienst Juridische Zaken op de verschillende mogelijkheden om een schadeclaim in te dienen.

Bij schade ten gevolge van een vermeende onrechtmatige overheidshandeling die is verricht in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, heeft benadeelde de keuze tussen het aanvragen van een zelfstandig schadebesluit bij het desbetreffende bestuursorgaan of het aansprakelijk stellen van de overheid in civielrechtelijke zin op grond van onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW.

Het kiezen voor een zelfstandig schadebesluit is in beginsel mogelijk als de schade is veroorzaakt binnen het kader van de publiekrechtelijke taakuitoefening. Dat is in deze zaak het geval, zoals ook blijkt uit de brief van DJZ van 25 november 2009 onder punt 1. Daar staat dat het tot de taak van de gemeente behoort om zorg te dragen voor de openbare drinkwatervoorziening, de aanleg en beheer van de riolering etc. Die taak wordt in dit geval uitgevoerd door een Stichting (Stichting Waternet), die daarvoor moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan als bedoeld in artikel 1:1 onder b, van de Algemene wet bestuursrecht.

Een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan op een verzoek om vergoeding van schade die is veroorzaakt in het kader van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid is een besluit (zelfstandig schadebesluit). Dit volgt uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak Van Vlodrop.¹

Daarmee is echter nog niet gezegd dat het ook gaat om een appellabel besluit. De toegang tot de bestuursrechter hangt namelijk mede af van het vereiste van processuele connexiteit.² Is de schade het gestelde gevolg van bestuurshandelingen, bijvoorbeeld een voornemen, een mededeling van een ambtenaar of feitelijk handelen (zoals in casu) dan blijft de toe- of afwijzing van een dergelijk schadevergoedingsverzoek wel een besluit, maar staat tegen dat besluit geen bezwaar en beroep open, aangezien de schadeoorzaak zelf niet appellabel is.

Los van de Verordening Nadeelcompensatie en Planschade Noord-Zuidlijn, ontbreekt (nog) een (algemene) nadeelcompensatieverordening. Om die reden kunnen schadeveroorzakende handelingen niet altijd als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht worden aangemerkt. Het gaat dan om bijvoorbeeld feitelijke handelingen, zoals wegopbrekingen als gevolg van o.a. rioleringswerkzaamheden. Ontbreekt een publiekrechtelijke grondslag en is de schade niet veroorzaakt door een besluit als bedoeld in artikel 1:3 eerste lid, van de Awb, zoals hier het geval is, dan zijn ondernemers genooddacht hun vorderingen tot vergoeding van schade bij de burgerlijke rechter in te stellen wegens onrechtmatig handelen van de gemeente.

Dit heeft grote nadelen, zowel voor de gemeente als voor de ondernemer. Het gaat dan immers om een niet laagdrempelige procedure met verplichte vertegenwoordiging door een advocaat, waarbij hoge kosten moeten worden gemaakt. Het vaststellen van een nadeelcompensatieregeling, al dan niet in de vorm van een verordening, heeft bovendien niet alleen het voordeel dat er bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat, maar ook dat daarin duidelijk kan worden gemaakt op welke wijze verzoeken om nadeelcompensatie moeten worden ingediend en welke criteria bij beoordeling zullen worden gehanteerd. Met de komst van een algemene regeling in de Awb is wel voorzien in een publiekrechtelijke grondslag. Of er ook daarna behoefte blijft bestaan aan een aanvullende gemeentelijke regeling hangt natuurlijk mede af van de inhoud daarvan. Het ligt voor de hand dat minimaal moeten worden voorzien in een uitleg, al was het maar in een folder, voor belanghebbenden bij welke loket ze hun verzoek kunnen indienen en hoe de

¹ ABRvS 6 mei 1997, Gst. 1997, 7060, 3 en AB 1997,229.

² Noot van R.J.N. Schlössels onder ABRvS 4 september 2002, Gst. 2003, 109 en noot onder de uitspraak van de ABRvS van 7 juni 2006, AB 2007, 21.

behandeling zal verlopen. Immers, een behoorlijke afhandeling van schadeclaims vraagt ook om een proactieve houding, waarbij de gemeente zich de belangen van potentieel gedupeerden aantrekt. Dit wil niet zeggen dat ze claims altijd moet honoreren maar wel dat helder is voor burgers dat en hoe de gemeente hierop aanspreekbaar is. Hetzelfde uitgangspunt dient te gelden voor organisaties zoals Waternet die namens de gemeente publiekrechtelijke taken uitoefenen.