



Rapport

Datum: 28 januari 2005

Rapportnummer: 2005/028

Klacht

Verzoeker klaagt erover dat de gemeente Hattem via haar schadeverzekeraar bij brief van 12 november 2003 zijn schriftelijk verzoek om schadevergoeding (brief van 25 september 2003) heeft afgewezen. Verzoeker klaagt zowel over de afwijzing als over de motivering ervan.

Beoordeling

I. Inleiding

1. Verzoeker is in 1990 komen wonen in de gemeente Hattem op adres A. Het betrof een perceel in een nieuwbouwwijk. De gebruikelijke bouwwerkzaamheden (heiwerk, grondverzet e.d.) hebben indertijd plaatsgevonden. Aan het eind van de bouwperiode is de grond ter plaatse aangevuld of opgehoogd met vrijgekomen kleigrond. De gemeente heeft in datzelfde jaar in de gemeentelijke groenstrook gelegen pal naast verzoekers woning struiken geplant en in een later stadium drie moeraseiken. In de loop der jaren is verzoeker overlast gaan ondervinden van de struiken, maar met name van de moeraseiken in de vorm van bladluis dat zich als een kleverige laag hecht aan tuinmeubilair en de auto van verzoeker, maar ook een donkere aanslag te zien geeft op enkele gevels van zijn woning en op de oprit en het looppad gelegen naast de woning.

2. Verzoeker heeft in mei 2002 het probleem van luisoverlast gemeld bij de gemeente. Een ambtenaar van de gemeente heeft op 15 mei 2002 de situatie ter plaatse gezien. In september 2002 heeft verzoeker de gemeente aangeschreven over de overlast en gevraagd om een oplossing voor het probleem van de bladluis. Alhoewel verzoeker ook al in de voorafgaande jaren overlast had ondervonden van de bladluis afkomstig van de struiken en bomen naast zijn woning, is het jaar 2002 volgens hem de druppel geweest die de emmer deed overlopen.

3. De gemeente heeft verzoeker begin 2003 laten weten dat zij een extern deskundig bureau zou inschakelen om met behulp van een groeiplaatsonderzoek de oorzaak voor het ontstaan van de overlast vast te stellen, zodat antwoord zou kunnen worden gegeven op de vraag over de bodemkundige aspecten van de groeiplaats van de moeraseiken in relatie tot de optredende overlast. Bij brief van 4 juli 2003 heeft de gemeente verzoeker bericht dat uit de onderzoeksresultaten van de rapportage is gebleken dat de bomen te lijden hebben van droogtestress. De droogtestress bij de moeraseiken maakt ze gevoelig voor aantasting door bladluis. Als oorzaak voor de droogtestress heeft het onderzoek voortgebracht dat de gemeente de bomen heeft geplant in een op zich genomen goed vruchtbare kleilaag, die echter was opgebracht op een laag leemhoudend bouwzand, die gevoelig is voor 'vastrijden'. Door deze vastgereden laag bouwzand is het voor de moeraseiken niet mogelijk geweest om met hun wortels het onder die laag gelegen

grondwater te bereiken. Ook is daardoor de capillaire opstijging van water belemmerd.

Met het groeien van de bomen door de jaren heen is de beschikbare hoeveelheid water in de bovenlaag met name in de zomerperiode ontoereikend geworden. De conclusie in het rapport luidde dan ook dat het probleem van de luisgevoeligheid in de toekomst steeds verder zou toenemen, indien de storende laag verdichte ondergrond zou blijven bestaan. Het advies om de verdichte, ondoorwortelbare onderlaag, alsnog doorwortelbaar te maken door met behulp van pneumatische beluchtingsapparatuur dertig vierkante meter bodemoppervlak per boom los te breken - het zogenaamde "ploffen" - heeft de gemeente opgevolgd en in de zomer van 2003 laten uitvoeren. Volgens de verwachting van de gemeente zou daarmee op termijn van enkele jaren de droogtestress als oorzaak van de luisvorming sterk zijn verminderd. Begin november 2003 heeft de gemeente de groenstrook naast de woning van verzoeker nog extra gesnoeid.

4. Verzoeker heeft zich niet kunnen verenigen met de maatregelen van de gemeente en hij heeft haar bij brief van 25 september 2003 aansprakelijk gesteld voor de ontstane vervuiling/schade door de luisproblematiek aan de gevels van zijn woning. Verzoeker heeft zijn claim mede gebaseerd op de stellingen dat de gemeente de bomen heeft geplant na het gereed komen van zijn woning en dat deze bomensoort ook toen al elders in de gemeente overlast veroorzaakte.

5. Namens de gemeente heeft de schadeverzekeraar van de gemeente verzoekers aansprakelijkstelling bij brief van 12 november 2003 van de hand gewezen. Ter motivering heeft de schadeverzekeraar gewezen naar de getroffen maatregel in reactie op verzoekers klachten over de overlast, het "ploffen" van de bodem rondom de moerasedeiken, waarmee de gemeente volgens haar schadeverzekeraar vooralsnog voldoende actie had ondernomen, zodat niet kon worden gesproken van aansprakelijkheid wegens schending van enige zorgplicht.

6. Verzoeker heeft bij brief van 11 mei 2004 de gemeente laten weten dat de overlast ook in 2004 onverminderd aanwezig is. Daarnaast heeft verzoeker laten weten dat hij zich er niet mee kan verenigen dat de gemeente geen bereidheid heeft hem te compenseren voor ingetreden (of nog intredende) schade bestaande uit de gevelverontreiniging.

7. De gemeente heeft in het kader van het onderzoek door de Nationale ombudsman op zich erkend dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de aanwezigheid van de moerasedeiken en de gevelverontreiniging en dat deze verontreiniging kan worden aangemerkt als vermogensschade. De gemeente is echter niet bereid de kosten van die verontreiniging (gedeeltelijk) op zich te nemen, omdat er volgens haar bij gebreke aan aansprakelijkheid geen wettelijke grondslag is voor schadeloosstelling. Er is volgens de gemeente geen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, omdat er geen aantoonbare verwijtbare tekortkoming is in haar zorgplicht als bomeneigenaar. Ook al zal het effect van de bij brief van 4 juli 2003 door de gemeente aangekondigde maatregel, het "ploffen" van

de bodem rondom de moerasedeiken, naar verwachting pas na enige jaren intreden, de gemeente stelt zich op het standpunt met de getroffen maatregel aan haar zorgplicht te

hebben voldaan. Voor een vergoeding uit coulance ziet de gemeente vanwege mogelijke precedentwerking geen aanleiding.

8. De gemeente heeft over de grondslag van verzoekers schadeclaim voorts aangegeven dat de eiken elders in de gemeente een andere soort eiken betreft, die eveneens als de onderhavige moerasedeiken niet specifiek luisgevoelig is. Overigens stelt de gemeente zich op het standpunt dat de schade van verzoeker niet voorzienbaar is geweest, omdat de bladluis in de gemeentelijke bomen niet te wijten is aan een oorzaak die voor haar rekening komt. Verzoeker heeft dit standpunt bestreden en aangegeven dat de gemeente de moerasedeiken heeft geplant naast zijn woning pas nadat hij daar was komen wonen en dat in grond, waarvan het de gemeente duidelijk had moeten zijn dat deze voorafgaand aan het planten bewerkt had moeten worden, zoals de bewoners van de nieuwbouwwijk waar verzoeker was komen wonen hebben gedaan door hun tuinen tot één meter diepte te laten ompitten. De gemeente heeft daartegen aangevoerd dat er geen aanleiding heeft bestaan om de grond in 1990 te onderzoeken en dat toen redelijkerwijs niet was te voorzien dat de bodemgesteldheid veel later, in 2002 en 2003, zou leiden tot luizenoverlast als gevolg van droogtestress van de moerasedeiken.

II. Ten aanzien van de afwijzing van de schadeclaim en de motivering daarvan

1. De Nationale ombudsman beoordeelt de beslissing van de schadeverzekeraar namens het college van burgemeester en wethouders van de gemeente om aansprakelijkheid van de hand te wijzen voor de schade van verzoeker bestaande uit gevelverontreiniging in beginsel met de nodige terughoudendheid, omdat de burgerlijke rechter bij uitsluiting bevoegd is om bindend te beslissen over de gehoudenheid van een bestuursorgaan om schade op grond van artikel 6:162 BW te vergoeden. Het voorgaande laat allereerst onverlet dat de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen de toets der kritiek moet kunnen doorstaan. Dit houdt onder meer in dat de gemeente of de door haar ingeschakelde schadeverzekeraar in verzoekers geval bij de voorbereiding van de beslissing de nodige kennis heeft moeten vergaren over de relevante feiten en de rechtstreeks bij de betrokken beslissing af te wegen belangen. Op basis daarvan moet de beslissing, gelet op de stellingen die aan verzoekers claim ten grondslag hebben gelegen, zijn voorzien van toereikende motivering (Achtergrond, onder 1 en 2).

2. Met de enkele verwijzing in de brief van 12 november 2003 naar de getroffen maatregel in de zomer van 2003, te weten het "ploffen" van de bodem rondom de drie moerasedeiken naast de woning van verzoeker, dat naar verwachting binnen enkele jaren minder overlast door bladluis zal veroorzaken bij de moerasedeiken, heeft de schadeverzekeraar van de gemeente ontoereikend gemotiveerd waarom de gemeente niet aansprakelijk zou kunnen zijn voor al ingetreden schade aan zijn woning, die verzoeker in mei 2002 bij de gemeente

had kenbaar gemaakt noch voor toekomstige schade na het treffen van de maatregel. Evenmin vloeit uit de stellingen van de schadeverzekeraar namens de gemeente voort dat verzoekers argumenten in zijn brief van 25 september 2003 - de gemeente heeft de bomen geplant na het gereed komen van zijn woning en deze bomen

soort veroorzaakte ook toen al elders in de gemeente overlast - geen betekenis zouden kunnen hebben voor het antwoord op de vraag naar de gemeentelijke aansprakelijkheid. Zowel het vereiste om een beslissing te baseren op deugdelijk onderzoek naar de feiten en de bij de betrokken beslissing af te wegen belangen als het vereiste de beslissing te voorzien van een toereikende motivering zijn in zoverre in onvoldoende mate nageleefd.

De onderzochte gedraging is in dit opzicht niet behoorlijk.

In het kader van het onderzoek door de Nationale ombudsman is de gemeente op de door verzoeker in dit verband aangevoerde argumenten alsnog inhoudelijk ingegaan, hetgeen leidt tot navolgende overwegingen.

3. Het is een algemeen maatschappelijk gegeven dat bewoners enige overlast van bomen dienen te accepteren. Een dergelijke overlast weegt op tegen het algemeen ervaren nut en genot dat een boom verschaft. De overlast mag echter niet zodanig zijn dat er sprake is van hinder in de zin van artikel 6:162 BW (Achtergrond, onder 1). Bij de beoordeling of sprake is van hinder spelen mee de aard, de ernst en de duur van de overlast, de daardoor veroorzaakte schade in verband met de verdere (plaatselijke) omstandigheden van het geval, daaronder mede begrepen de omstandigheid of de hinderoorzaak al aanwezig was op het moment dat de betrokkene de keuze heeft gemaakt te gaan wonen op de plaats van overlast. Ook moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid (mede gelet op de daaraan verbonden kosten) en de bereidheid om maatregelen te treffen ter voorkoming van schade. Als sprake is van hinder, dan zal daarvoor een oplossing moeten worden gevonden.

4. Verzoeker ondervindt al jarenlang overlast door afscheiding van de bladluizen in de struiken, maar met name in de moeraseden pal naast zijn woning, die de gemeente heeft geplant in de gemeentelijke groenstrook naast zijn woning nadat hij daar was komen wonen. Verzoeker heeft derhalve bij zijn keuze voor de woning geen rekening kunnen houden met de mogelijkheid van overlast van nog te planten moeraseden zoals die zich uiteindelijk heeft gemanifesteerd. Nadat verzoeker in 2002 heeft gevraagd om overlast beperkende maatregelen, heeft de gemeente na het verrichte onderzoek en met het treffen van de maatregelen waarmee naar haar verwachting op termijn de overlast van bladluis zal worden weggenomen, erkend dat sprake is geweest van een zodanige vorm van overlast, dat ingrijpen was vereist en daarmee - in wezen - ook erkend dat sprake is geweest van hinder in de door de wetgever bedoelde zin. De gemeente heeft voorts bevestigd dat er een direct oorzakelijk verband bestaat tussen de bladluis afkomstig van met name de moeraseden en de gevelverontreiniging van verzoekers woning. Tevens

onderschrijft de gemeente dat gevelverontreiniging op zich als vermogensschade kan worden aangemerkt. De schade door de verontreiniging was er in 2002, in 2003 en die is er thans in 2004 - naar verzoeker onweersproken heeft gesteld - nog steeds. Het is onduidelijk of en zo ja, in welke mate de gevelverontreiniging in 2005 en nadien nog zal verergeren. Nu ervan moet worden uitgegaan dat sprake is van hinder, kan de gemeente als eigenares van de moeraseden niet worden gevolgd in haar standpunt dat zij vanuit haar zorgverplichting heeft kunnen volstaan met een maatregel waarvan niet kan worden

vastgesteld welk effect hij zal hebben op de luisvorming bij de moeraseden in de komende jaren en waarmee in elk geval geen oplossing is gevonden voor al ingetreden schade door gevelverontreiniging.

Het gaat dan niet aan verzoeker volledig te belasten met de kosten van reiniging en eventueel herstel van de gevel(s) aan zijn woning enkel ten behoeve van een op zich maatschappelijk gezien als nuttig ervaren groenvoorziening. Dit maatschappelijke belang is op zich genomen niet toereikend als rechtvaardigingsgrond. Dit zou mogelijk anders hebben kunnen zijn - in de zich hier overigens niet voordoende situatie -, indien gesteld was en aannemelijk werd gemaakt dat verzoeker met een geringe (financiële) inspanning de opgetreden gevelverontreiniging zelf zou (hebben) kunnen herstellen.

Evenmin kan aan het voorgaande afdoen de stelling van de gemeente dat zij ten tijde van het planten van de moeraseden de in 2002 en nadien ingetreden overlast niet heeft kunnen voorzien. Anno 2004 is niet meer goed na te gaan of de gemeente zich in 1990 had moeten realiseren welke mogelijke gevolgen voor groenvoorzieningen de bodemgesteldheid ter plaatse zou kunnen hebben, maar het gegeven dat de betrokken bewoners van de nieuwbouwwijk waar verzoeker was komen wonen, in die periode wel voorzieningen hadden getroffen aan hun tuinen die verband hielden met de gesteldheid van de bodem ter plaatse, vormt in elk geval een contra-indicatie voor de juistheid van de stelling van de gemeente in dit verband. Voorts geldt dat verzoeker in elk geval geen rekening heeft kunnen houden met de mogelijkheid van schade veroorzaakt door gemeentelijke bomen zoals die uiteindelijk aan zijn woning is opgetreden. In zoverre acht de Nationale ombudsman het niet redelijk dat de gemeente verzoeker het argument van de (on)voorzienbaarheid van de schade tegenwerpt om hem niet tegemoet te hoeven komen voor de ingetreden of nog intredende schade. Het door de gemeente in het kader van het onderzoek door de Nationale ombudsman inhoudelijk ingenomen standpunt kan naar het oordeel van de Nationale ombudsman de toets der redelijkheid dan ook niet doorstaan.

5. Hetgeen hiervoor in II.4 is overwogen geeft aanleiding om aan dit rapport een aanbeveling te verbinden.

Conclusie

De klacht over de onderzochte gedraging van de gemeente Hattem, die wordt aangemerkt als een gedraging van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem, is gegrond.

AANBEVELING

Het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem wordt in overweging gegeven te bewerkstelligen dat de gemeente met verzoeker in overleg treedt over een adequate oplossing voor de gevelverontreiniging aan zijn woning en aan die oplossing uitvoering te (doen) geven.

Onderzoek

Op 15 januari 2004 ontving de Nationale ombudsman een verzoekschrift, gedateerd 14 januari 2004, van de heer L. te Hattem, met een klacht over een gedraging van gemeente Hattem.

Naar deze gedraging, die wordt aangemerkt als een gedraging van het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem, werd een onderzoek ingesteld.

In het kader van het onderzoek werd het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem verzocht op de klacht te reageren en een afschrift toe te sturen van de stukken die op de klacht betrekking hebben.

Tijdens het onderzoek werden aan het college van burgemeester en wethouders van Hattem en aan verzoeker nadere vragen gesteld.

Het resultaat van het onderzoek werd als verslag van bevindingen gestuurd aan betrokkenen. Verzoeker deelde mee zich met de inhoud van het verslag te kunnen verenigen. De reactie van de gemeente gaf aanleiding het verslag op een enkel punt te wijzigen.

Bevindingen

De bevindingen van het onderzoek luiden als volgt:

A. feiten

1. Verzoeker kwam in 1990 wonen in de gemeente Hattem op adres A in een nieuwbouwwijk. De gebruikelijke bouwwerkzaamheden (heiwerk, grondverzet e.d.) vonden plaats. Aan het eind van de bouwperiode werd de grond ter plaatse aangevuld of opgehoogd met vrijgekomen kleigrond. De gemeente plantte in datzelfde jaar in de gemeentelijke groenstrook gelegen pal naast verzoekers woning struiken en in een later

stadium drie moerasedeiken.

2. In de loop der jaren begon verzoeker overlast te ondervinden van de struiken, maar met name van de moerasedeiken in de vorm van bladluizen die zich als een kleverige laag hecht aan tuinmeubilair en de auto van verzoeker, maar ook een donkere aanslag te zien geeft op gevels van zijn woning en op de oprit en het looppad gelegen naast de woning.

3. Verzoeker meldde zijn probleem van luizenoverlast in mei 2002 bij de gemeente, waarna een gemeentelijke medewerker op 15 mei 2002 de situatie ter plaatse bezag. In september 2002 schreef verzoeker de gemeente aan over de overlast en vroeg hij om een oplossing voor zijn probleem. De gemeente berichtte verzoeker daarop dat zij met betrekking tot de luizenoverlast in verzoekers woonomgeving in het voorjaar van 2003 aan een gespecialiseerd bedrijf opdracht zou geven voor een groeiplaatsonderzoek, waardoor mogelijk toekomstige luizenbestrijding achterwege kon blijven. Ook zou de gemeente de onderbegroeiing tijdens de periodieke (winter)beurt snoeien. In februari 2003 bevestigde de gemeente nogmaals het te verrichten onderzoek en zij gaf daarbij aan dat aan de verbetering van verzoekers situatie werd gewerkt, de conclusies en adviezen van de rapportage (van het onderzoeksbureau) zouden worden opgevolgd en verzoeker zou worden geïnformeerd.

4. De conclusie van het rapport van het door de gemeente ingeschakelde onderzoeksbureau vermeldde dat uit het bodem- en wortelonderzoek was gebleken dat de bomen een vrij oppervlakkig wortelgestel hebben; de wortels groeien niet dieper dan ongeveer 65 centimeter in losse opgebrachte grond. Onder de toplaag waren roestverschijnselen aangetroffen die aantoonde dat water slechts moeizaam wegzakt. Oorzaak was (sterk) verdichte ondergrond, waarbij het vermoeden bestond dat de bodem tijdens de bouw van de straat of het woonhuis was vastgereden door bouwverkeer. Het leemhoudende, fijne zand, was vanwege de structuur (zeer fijnkorrelig) zeer gevoelig voor vastrijden. Het grondwater was voor de bomen daarmee onbereikbaar en capillaire opstijging werd eveneens sterk belemmerd. De moerasedeiken hadden als jonge bomen nog wel voldoende ruimte om te wortelen, maar met het groeien van de bomen was het beschikbare hangwater in de toplaag ontoereikend geworden. Resultaat was dat de bomen in de loop van de zomer te lijden hebben van droogtestress en daardoor gevoelig worden voor luisaantasting. Rekening moet worden gehouden met het feit dat bij grotere bomen de vochtbehoefte exponentieel toeneemt. Het onderzoeksbureau adviseerde dan ook om de verdichte ondoorwortelbare onderlaag in de bodem doorwortelbaar te maken, zodat de bomen het grondwater kunnen bereiken, door dertig vierkante meter bodemoppervlak per boom met behulp van pneumatische beluchtingsapparatuur los te breken, het zogenaamde "ploffen". De verwachting was dan dat luizenoverlast binnen twee tot drie jaar zeer sterk zou verminderen.

5. De gemeente berichtte verzoeker begin juli 2003 over de resultaten van het onderzoek en zij liet het ploffen van de bodem later in die julimaand uitvoeren.

6. Bij brief van 25 september 2003 stelde verzoeker de gemeente aansprakelijk voor de ontstane schade/vervuiling aan zijn woning. Verzoeker gaf daarbij aan dat de bomen waren geplant na het gereed komen van zijn woning en dat dit soort bomen toen, elders in de gemeente, ook al overlast veroorzaakten. Daarnaast gaf verzoeker aan dat het ploffen tot op dat moment nog niet tot verbetering had geleid, nu de bomen in september 2003 nog luisafscheiding afgaven, terwijl de overlast in voorafgaande jaren was beperkt van april tot juni.

7. Begin november 2003 snoeide de gemeente de groenstrook naast de woning van verzoeker nog eens extra.

8. Bij brief van 12 november 2003 berichtte de schadeverzekeraar van de gemeente aan verzoeker dat de gemeente naar aanleiding van zijn klachten op advies van een externe deskundige maatregelen had getroffen (het "ploffen"), dat het effect van deze maatregel pas merkbaar was na verloop van een aantal jaren, en dat de gemeente derhalve vooralsnog afdoende maatregelen had getroffen. Van aansprakelijkheid van de gemeente wegens een schending van haar zorgplicht kon dan ook niet worden gesproken.

9. Verzoeker kon zich niet verenigen met dit antwoord, waarna hij zich tot de Nationale ombudsman wendde.

B. Standpunt verzoeker

Voor het standpunt van verzoeker wordt verwezen naar de klachtformulering onder KLACHT.

C. Standpunt college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem

In reactie op de hem voorgelegde klacht liet het college van burgemeester en wethouders van Hattem, voor zover van belang, het volgende weten:

"...Voorgeschiedenis

Graag willen wij van de gelegenheid gebruik maken om de voorgeschiedenis te belichten.

15 mei 2002: de heer (...) (medewerker groen) bekijkt op verzoek van (verzoeker; N.o.) de situatie ter plaatse;

26 september 2002: (verzoeker; N.o.) vraagt de gemeente schriftelijk naar een (definitieve) oplossing voor de luizenoverlast en op welke wijze de vervuiling van zijn oprit, looppad en gevel wordt verholpen;

25 november 2002: de gemeente informeert (verzoeker; N.o.) per brief dat in het voorjaar 2003 een gespecialiseerd bedrijf opdracht wordt gegeven voor een groeiplaatsonderzoek/-verbetering;

8 december 2002: (verzoeker; N.o.) stelt de gemeente schriftelijk een aantal vragen en verzoekt om op de hoogte te worden gehouden van de uitkomst van het onderzoek en de daaruit voortvloeiende acties. Verder vraagt hij wanneer en hoe de gevelverontreiniging wordt verwijderd;

19 februari 2003: de gemeente geeft (verzoeker; N.o.) een reactie hierop en zegt toe dat de adviezen van de externe rapportage worden opgevolgd en dat (verzoeker; N.o.) daarover op de hoogte wordt gehouden;

4 juli 2003: de gemeente informeert (verzoeker; N.o.) over de conclusie en advies van het onderzoek;

2003/week 28 of 29: de geadviseerde maatregel ("ploffen") wordt uitgevoerd.

25 september 2003: (verzoeker; N.o.) stelt de gemeente schriftelijk aansprakelijk voor de gevelvervuiling door luisproblematiek. Hij eist gevelreiniging en de garantie dat gevelvervuiling zich niet meer voordoet;

12 november 2003: AOG wijst namens de gemeente de aansprakelijkstelling af.

Beantwoording vragen

Hieronder treft u de beantwoording aan van de (...) gestelde vragen. Bij de beantwoording wordt dezelfde volgorde aangehouden als in uw vraagstelling.

Vraag 1

De aansprakelijkheid van een boomeigenaar dient beoordeeld te worden op basis van schuldaansprakelijkheid in de zin van artikel 6:162 BW.

Dit betekent dat er sprake dient te zijn van een aantoonbare en verwijtbare tekortkoming in de zorgplicht van de boomeigenaar. Voor de onderhavige casus brengt dat met zich mee dat de te treffen maatregelen ter bestrijding van overlast door bladluis een inspannings- en geen resultaatsverplichting inhouden. Wij hebben duidelijk jegens (verzoeker; N.o.) bij brief van 4 juli 2003 aangegeven dat het effect van de door ons te nemen maatregelen (naar aanleiding van het advies van een externe deskundige) enige tijd op zich laat wachten. De gemeente heeft onder de gegeven omstandigheden aan haar zorgplicht voldaan. Van aansprakelijkheid van de gemeente wegens een schending van haar zorgplicht kan niet worden gesproken.

Aan de moeraseiken zijn geen zichtbare gebreken geconstateerd. De bomen verkeren in goede conditie. Ook heeft er reguliere snoei van de bomen plaatsgevonden. De moeraseik staat in den lande niet bekend als gevoelig voor luisaantasting. De stelling van (verzoeker; N.o.) dat de gemeente wist of kon weten dat moeraseiken gevoelig waren voor luis gaat

niet op. (Verzoeker; N.o.) verwijst in dat verband naar eiken elders in de gemeente. Waarschijnlijk worden de eiken in de Slinge bedoeld. Dat is een ander soort. Ook die eiken (zuilvormige eiken) zijn niet specifiek luisgevoelig. De moeraseiken nabij de woning van (verzoeker; N.o.) hebben in 2003 te lijden gehad van droogtestress, waardoor op dat moment een gevoeligheid voor luisaantasting optrad. Die droogtestress is veroorzaakt door de extreme droogte in 2003. Door een oppervlakkig wortelgestel en een (sterk) verdichte ondergrond konden de eiken tijdens die extreme droge periode onvoldoende grondwater benutten.

De schade van (verzoeker; N.o.) is niet voorzienbaar. Voorzienbaarheid dient te worden verstaan als hetgeen naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was. De bladluis in gemeentelijke moeraseiken is niet te wijten aan de schuld van de gemeente of aan een oorzaak die voor haar rekening komt. Van een aan de gemeente toe te rekenen onrechtmatige gedraging is geen sprake.

Vraag 2

De gevelverontreiniging van (verzoeker; N.o.) wordt, in tegenstelling tot de aansprakelijkheid, niet betwist.

Verontreiniging als zodanig kan worden beschouwd als schade. Indien als gevolg hiervan fysieke schade ontstaat, of zaken blijvend zijn vervuild, is sprake van zaakschade. Indien van vorenstaande schade geen sprake is, kunnen reinigingskosten eveneens worden aangemerkt als vermogensschade. Vermogensschade in de vorm van waardedaling van het pand als gevolg van overlast, dient door (verzoeker; N.o.) te worden aangetoond. Wij zijn van oordeel dat deze in een te ver verwijderd causaal verband met de schadeoorzaak staat om ook in geval van aansprakelijkheid voor vergoeding in aanmerking te komen (geen redelijkerwijs te verwachten gevolg in de zin van artikel 6:98 BW).

Het oorzakelijk verband tussen de aanwezigheid van de moeraseiken en de overlast wordt, in tegenstelling van de aansprakelijkheid, niet betwist. De gevelverontreiniging is mede veroorzaakt door de bladluis in de bomen.

De gevelreinigingskosten alsmede de waardedaling van de woning van (verzoeker; N.o.) komen niet voor vergoeding in aanmerking. Bij gebreke van aansprakelijkheid is er geen wettelijke grondslag voor schadeloosstelling. Hinder in de zin van artikel 5:37 BW dient onrechtmatig te zijn in de zin van artikel 6:162 BW. Dit is i.c. niet het geval (gelet op het gestelde onder vraag 1). Verder is artikel 5:42 BW niet van toepassing op publieke bomen. Hiervoor wordt verwezen naar artikel 5:42 lid 1 BW (slot) alsmede HR 28 april 1961, NJ 1961, 433 (Gorsselse bomen).

Evenmin zien wij aanleiding op grond van overwegingen van coulance om tot (gedeeltelijke) vergoeding over te gaan. Dit standpunt wordt mede ingegeven door

mogelijke precedentwerking van een dergelijke toewijzing.

Als (verzoeker; N.o.) zich niet kan vinden in de afwijzing van zijn aansprakelijkstelling, dan kan hij daarvoor een civiele procedure aanhangig maken.

Vraag 3

Gelet op het vorenstaande achten wij de klacht van (verzoeker; N.o.) ongegrond.."

D. Reactie verzoeker

Verzoeker liet in een telefonische reactie weten dat de gemeente wellicht had voldaan aan haar zorgplicht, maar dat de schade blijft. Verzoeker trok de vergelijking met het afwaaien van een dakpan die terecht komt op de auto van zijn buurman en schade veroorzaakt. Zijn zorgplicht is dan het dak herstellen en zoveel mogelijk trachten te voorkomen dat pannen kunnen afwaaien, maar de schade aan de auto van de buurman zal hij moeten betalen. Voorts merkte verzoeker nog op dat het voor hem toen hij daar kwam wonen en de bomen werden geplant duidelijk was dat de grond eerst omgeploegd moest worden, omdat het bouwgrond betrof, die sterk was ingedikt.

E. Reactie college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem

Naar aanleiding van nadere vragen van de Nationale ombudsman gaf de gemeente bij brief van 6 april 2004, voor zover van belang, de volgende reactie:

"Vraag 1

In Nederland geldt in het aansprakelijkheidsrecht het principe dat een ieder zijn eigen schade draagt, tenzij een ander daarvoor aansprakelijk is. Dit betekent dat (verzoeker; N.o.) zijn schade zelf dient te dragen, tenzij een ander (i.c. de gemeente Hattem) daarvoor aansprakelijk is. Zoals wij in onze brief van 17 februari 2004 aan u kenbaar hebben gemaakt, achten wij de gemeente Hattem niet aansprakelijk voor de schade van (verzoeker; N.o.).

(...)

Bij gebreke aan aansprakelijkheid is er geen wettelijke grondslag voor schadeloosstelling. Van het opzadelen van (verzoeker; N.o.) met de kosten van gevelverontreiniging is dan ook geen sprake.

Vraag 2

De mogelijke precedentwerking die van een coulancehalve vergoeding in onderhavige zaak kan uitgaan is gelegen in het risico dat burgers menen allerlei kosten in verband met vervuiling op de gemeente te kunnen verhalen en ziet derhalve niet uitsluitend op het -

natuurlijke - verschijnsel van bladluis. Te denken valt aan groene aanslag door bomen, gevallen blad, vervuiling van voertuigen door substanties op de weg zoals modder, enzovoorts. Verder menen wij dat consequenties kunnen zijn gelegen in het gemeentelijke bomenbeleid in het algemeen waarbij vanwege de mogelijke financiële aspecten eerder tot kap van (ook monumentale) bomen wordt overgegaan. Dit zou dan ook niet alleen voor de gemeente Hattem gelden. Tot slot nog de opmerking dat zich op meerdere plekken binnen de gemeente luisoverlast voordeed, zodat de kans niet denkbeeldig is dat een coulanchehalve vergoeding aan (verzoeker; N.o.) niet op zichzelf zal blijven.

Gelet op het vorenstaande zijn wij nog steeds de mening toegedaan dat de klacht van (verzoeker; N.o.) ongegrond is. Wij verzoeken u dan ook om de klacht van (verzoeker; N.o.) ongegrond te verklaren..."

F. informatie verzoeker

Over de situatie ten tijde van zijn verhuizing naar adres A binnen de gemeente verstrekte verzoeker nog de volgende informatie:

"...Gedurende de bouwperiode van ons huis, hebben diverse werkzaamheden rondom ons huis plaats gevonden (heiwerk, grondverzet ed.). Deze werkzaamheden hebben ervoor gezorgd dat de grond rondom ons huis is 'dicht gereden'. Dit is in zijn algemeenheid, niet ongebruikelijk bij bouwwerkzaamheden. De grond rondom de huizen is aan het eind van de bouwperiode aangevuld met vrij gekomen klei grond, van de nieuwbouw die aansluitend aan onze bouw plaats vond aan De Dommel te Hattem.

Om plasvorming in de tuinen te voorkomen hebben wij, als gezamenlijke bewoners, opdracht gegeven aan het grondbedrijf (...) om gelijktijdig met de grondaanvulling, de grond in totaal 1.00 meter diep om te spitten, zodat de aangereden bouwplaatsgrond, het oude bouwland waar op gebouw werd (met maïs stoppels) en de opgebrachte grond goed gemengd en los gemaakt werden.

De gezamenlijke bewoners hebben dit zelf met het grondbedrijf (...) geregeld, zonder tussenkomst van het bouwbedrijf (...). Wij hadden toentertijd, tijdens de bouwperiode, maandelijks (nieuwe) bewoners overleg om zaken gezamenlijk af te stemmen met de bouwer cq. gezamenlijk inkopen te doen /ideeën op te doen.

Het onderdeel (omspitten van de grond) kwam op voorspraak van de heer (X; N.o.), nieuwe bewoner van (adres in de straat waar verzoeker woont; N.o.), zelf werkzaam als gemeenteopzichter bij de Gemeente Hattem.

Gezien zijn ervaring en mijn ervaring als bouwkundigopzichter /projectcoördinator (...) hebben wij gemeend deze bewerking van de grond te moeten laten uitvoeren om problemen in de toekomst te voorkomen. Deze bewerking heeft echter alleen plaats gevonden in de achtertuinen.

Dus niet naast ons huis, niet in de voortuinen en ook niet in de Gemeente groenstrook. Tot vandaag aan de dag kom je in de voortuinen (op ca. 300 mm diepte) nog steeds een zeer harde laag tegen (zijnde de aangereden bouwgrond).

Ook is in de kruipruimte nog steeds resten te zien van het oude bouwland met oude maïsstoppels. Ook deze grond is zeer hard van structuur.

Gezien mijn opmerking dat de Gemeente Hattem dat ook duidelijk had moeten zijn, het volgende. In de nieuwbouwwijken rondom de onze, waren vroeger regelmatig klachten van bewoners, er bleven plassen regenwater staan in de tuinen en er stond water in de kruipruimte onder de woningen.

Als oorzaak werd aangewezen de niet omgespitte ondergrond. Enkele bewoners hebben dit later als nog zelf gedaan en anderen hebben met grote boren, diepe gaten geboord en deze gaten gevuld met grind, zodat bij hevige regenbuien het water kon wegzakken in de bodem. E.e.a. heb ik zelf ook ervaren bij mijn zwager en schoonzus, toentertijd wonende in de nieuwbouwwijk De Reest grenzende aan de (straat waar verzoeker woont; N.o.). De Gemeente Hattem was van bovenstaande feiten op de hoogte.

Een Gemeente die zelf de gemeente tuinen onderhoud en aanplant, mag toch als ter zake kundig beschouwd worden. Dan behoor je als Gemeente Hattem ook te weten dat bij het planten van bomen een redelijk groot gat gemaakt dient te worden (e.e.a. afhankelijk van de omvang van de te planten boom) zodat het wortelstelsel van de boom goed de grond in kan dringen. Je kunt een boom niet planten in een opgebrachte grondlaag van ca. 500 mm hoog, met als gevolg (zoals later bleek) een moseik met droogte stress ---> gevolg (vergrote) luisoverlast.

Als aanvulling wil ik U melden dat behoudens de moseiken ook de overige (doorgesloten) struiken aan de luis overlast hebben bijgedragen...”.

G. Nadere reactie namens college van burgemeester en wethouders van de gemeente Hattem

Op de informatie van verzoeker reageerde de gemeente op 26 mei 2004, voor zover van belang, als volgt:

“...De nadere informatie van (verzoeker; N.o.) komt - kort weergegeven - hierop neer:

1. De gemeente had behoren te weten dat grondbewerking in de singel nodig was en dat de bomen in een groter gat geplant hadden moeten worden, zodat geen droogtestress en ook geen luisoverlast zou zijn opgetreden;
2. Behalve de moseiken hebben ook de overige (doorgesloten) struiken aan de luisoverlast bijgedragen. De struiken waren toen al tijden niet gesnoeid. Ook werd destijds

de grond naast zijn huis zelden geschoffeld (dus slecht belucht en daardoor slecht toegankelijk voor regelwater).

Ad 1.

De standaardprocedure bij het aanleggen van een singel is het ondiep bewerken van de grond middels vrezen of spitten. Daarnaast worden ten behoeve van bomen plantgaten gemaakt. De afmeting van de plantgaten is afhankelijk van de maat van de te planten boom. Het is niet gebruikelijk om tevoren onderzoek te doen naar eventueel aanwezige storende lagen.

De aansprakelijkheid van de gemeente dient te worden beoordeeld op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Mogelijkerwijze zou ook artikel 1401 oud BW toepassing kunnen vinden.

Gelet op de jurisprudentie bij het laatstgenoemde artikel en de consistente - ook oudere - bomenjurisprudentie zal toepassing van beide artikelen geen verschillen opleveren.

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is i.c. vereist dat de gemeente een zorgplicht heeft geschonden en zij dienaangaande een verwijt kan worden gemaakt. Het doen of nalaten van de gemeente waarvan volgens (verzoeker; N.o.) destijds sprake was, dient om als onrechtmatig te kunnen worden aangemerkt, aan de gemeente te kunnen worden toegerekend.

Hierbij had de gemeente op redelijke gronden moeten kunnen voorzien dat de schade door luizenoverlast zou kunnen ontstaan als gevolg van het niet bewerken van het betreffende stuk grond en/of het niet in een groter gat planten van de bomen. Met andere woorden: de gemeente had besef moeten hebben van een gereede kans op onderhavige schade bij het uitblijven van een grondverbetering/verdieping. Indien zou komen vast te staan dat er sprake is van een onrechtmatig doen of nalaten aan de zijde van de gemeente, dient de schade redelijkerwijze te kunnen worden toegerekend aan dit handelen of nalaten. Naar onze mening was de grote luizenoverlast als gevolg van droogtestress in 2002 en 2003 in 1989 - 1990 niet redelijkerwijze te voorzien en brengt de lange tijdspanne sindsdien met zich mee dat een voldoende oorzakelijk verband in de zin van artikel 6:98 BW niet kan worden aangenomen. Tevens dient de geschonden norm te strekken tot bescherming tegen de schade die benadeelde heeft geleden. De norm en schade lopen ons inziens te ver uiteen. Hiertoe dient te worden vastgesteld waartegen de geschonden norm bescherming biedt en ten aanzien van wie die bescherming dient te gelden. Naar onze mening strekt een verplichting niet tot bescherming tegen de thans indirect ontstane luizenoverlast. Gelet op de maatregelen die wij in 2002 - 2003 (op advies van (...)) hebben genomen, blijven wij de mening zijn toegedaan dat wij onder de gegeven omstandigheden aan onze zorgplicht hebben voldaan.

Ad 2.

De singel wordt circa een keer per vijf jaar gesnoeid en wordt ook meegenomen in de schoffelrondes. De frequentie van het onderhoud en de schoffelrondes aan de singel heeft ons inziens niets te maken met de overlast van luizen en de beluchting van de diepere grondlagen.

Gelet op het bovenstaande zijn wij nog steeds de mening toegedaan dat de klacht van (verzoeker; N.o.) ongegrond is. Wij verzoeken u dan ook om de klacht van (verzoeker; N.o.) ongegrond te verklaren...”.

H. Nadere informatie verzoeker

1. Verzoeker liet bij brief van 11 mei 2004 onder meer nog weten dat de overlast ook in 2004 onverminderd aanwezig is.

2. Op twee vragen van de Nationale ombudsman gaf verzoeker op 2 juni 2004 nog de volgende nadere informatie:

...In antwoord op vraag wanneer de Gemeente Hattem bekend is geraakt met de klachten in onze woonwijk van de omwonenden, deel ik U mede dat dit speelt vanaf dat de eerste woningen zijn gebouwd aan de Reest. Deze woningen zijn gebouwd begin jaren 80. (±1981-1983). Er was in dit deel van de woonwijk (de Reest) erg veel last van waterplassen in de tuinen en water in de kruipruimten. Dit werd mede veroorzaakt door het bouwen op aangereiden bouwgrond (tijdens de bouw) en het bouwen op oud wei- en / of akkerbouwland (= ongeroerde grond).

In antwoord op uw tweede vraag wanneer de 3 stuks moseiken zijn geplant, verwijs ik U naar het dossier dat toegevoegd is bij mijn aanmelding van een klacht bij U. De bomen zijn geplant op 17-10-1990 (...)

Achtergrond

1. Burgerlijk wetboek

artikel 3:14:

“Een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt, mag niet worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.”

artikel 6:162:

“1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.

2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.

3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."

2. Algemene wet bestuursrecht

artikel 3:1:

"1. Op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften:

a. is afdeling 3.2 slechts van toepassing, voor zover de aard van de besluiten zich daartegen niet verzet;

b. zijn de afdelingen 3.6 en 3.7 niet van toepassing.

2. Op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten zijn de afdelingen 3.2 tot en met 3.5 van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet."

artikel 3:2:

" Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen."