

Mr D.J. van Doorninck
Kanaalweg 10
2628 EC DELFT
T 015 2141950
F 015 2126271
M 06 22773775
E dvdoorni@ziggo.nl

Aan de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van
State,
Postbus 20019,
2500 EA Den Haag.

Delft, 18 april 2016

Inzake: zaaknummer SGR 15/3715 WABOA V257
Partijen: OWD/AWN vs gemeente Delft.

Mevrouw, Mijnheer,

Hierbij zend ik u inzake het hoger beroepschrift in deze zaak:

1.
Uittreksels Handelsregister en statuten van zowel AWN als OWD;
2.
Onze aanvullende gronden.

Hoogachtend,

Mr D.J. van Doorninck,
Gemachtigde.

Aanvullende gronden, behorende bij het hoger beroepschrift in de zaak SGR 15/3715 WABOA V257 inzake OWD/AWN vs gemeente Delft.

10. Aantasting van het monument, en derhalve strijd met art. 2.1.1.f. Wabo.

Het bouwplan c.q. de verleende omgevingsvergunning gaat voorbij aan de risico's ervan voor het monument. Dit blijkt onmiskenbaar uit het technisch rapport van Ir Jeroen van der Sluijs, dat als **productie 6** hierbij is gevoegd.

De conclusies van dit rapport zijn, samengevat:

“Er zijn diverse grote risico's verbonden met ontwerp I, zowel tijdens de bouw als na de bouw. Wij zien geen mogelijkheden om ontwerp I zodanig aan te passen, dat deze risico's voorkomen of voldoende beperkt zouden kunnen worden. Een combinatie van risico's kan leiden tot een aanzienlijke schade aan het historische kerkgebouw, die niet of slechts zeer moeilijk – en dan alleen ten dele - te herstellen zal zijn.

Ontwerp I bestaat uit specialistische fragmenten met weinig onderlinge samenhang. De bijdragen van de verschillende adviseurs zijn ongecoördineerd. Een overkoepelend concept ontbreekt. Dit is heel riskant; het behoud van de Nieuwe Kerk wordt op het spel gezet.

In geen geval moet men de zuidbeuk onderkelderen; dit zou desastreuze gevolgen kunnen hebben. Het is so wie so sterk af te raden om te onderkelderen onder de historische fundamenten.

Het is essentieel dat men alleen onderkeldert onder de kerkvloer, op ruim voldoende afstand van de bestaande fundamenten, met voldoende dilataties rondom en met voldoende toegevoegd, nieuw contragewicht ondergronds. De onderkeldering dient ook zo ondiep mogelijk te zijn, zodat de toename in opwaartse druk (veroorzaakt door het zgn. “drijvende bak-effect”) minimaal blijft.

Vanwege de hoge grondwaterstand is er grote kans op verschillen in opwaartse druk. Het is belangrijk om deze effecten te voorkomen, door geen kelder onder de buitenruimte te realiseren. Het is aanbevolen om alleen een kelderuitbreiding te realiseren, die ondiep is, en zich volledig onder het bestaande kerkgebouw bevindt.

Het grondonderzoek laat zien dat er kans is op plaatselijke variaties in de draagkracht van de bodem. De gekozen funderingstechniek lijkt dit in onvoldoende mate te ondervangen. Er is daardoor kans op scheefzakken.

In geen geval kan men een dermate grote kelder onder de historische muren of onder de historische pijlers door laten lopen; dit kan leiden tot instortingsgevaar. In vergelijking tot de hoeveelheid nieuw vloeroppervlak, is ontwerp I technisch zeer complex. Dit leidt ertoe, dat de bouwkosten voor ontwerp I veel hoger zullen zijn dan normaliter het geval zou zijn voor een gebouwwitbreiding met deze vloeroppervlakte. Ontwerp I laat zich dus niet binnen een acceptabel budget realiseren. Er wordt in ontwerp I zeer inefficiënt gebruik gemaakt van openbare gelden. Gezien de bodemomstandigheden en de hoge ouderdom van het kerkgebouw, is een diepe ondergrondse uitbreiding, welke zich half onder het bestaande gebouw bevindt, financieel inefficiënt en onrendabel.

Derhalve is ontwerp I veel te riskant en te duur om te realiseren. Ons advies is om de bestaande constructie geheel ongewijzigd te laten. Wij raden de PGD vriendelijk doch dringend aan om ontwerp I te annuleren en te vervangen door een ander, veiliger en goedkoper plan, hetgeen naar onze mening noodzakelijkerwijs een bovengronds plan zal zijn”

Appellanten realiseren zich dat het bovenstaande enerzijds kan worden geschaard onder de categorie “welgemeende adviezen”: het is de gemeente die de vergunning verleent, en die daaraan voorafgaand de vergunningaanvraag toetst, en de voorgeschreven adviezen inwint. Vanuit de maatschappelijke verantwoordelijkheid die appellanten voelen menen zij anderzijds toch het bovenstaande te moeten aanvoeren. Appellanten menen voorts dat daadwerkelijk sprake is van strijdigheid met art. 2.1.1. onder f van de Wabo, zodat de vergunning geweigerd zou moeten worden. Daar komt bij dat de (concept) omgevingsvergunning op dit punt ten onrechte een relatie

legt met de onderbouwing en de overwegingen inzake het onderdeel “activiteit bouwen” : deze worden in onderdeel 5 alinea 6 van de (concept)vergunning overgenomen voor de “activiteit Rijksmonumenten”. Deze hebben daar echter niets mee te maken . Nu er tussen deskundigen zo groot verschil van inzicht blijkt te bestaan in de technische aspecten van het plan lijkt terughoudendheid allereerst geboden, en vervolgens nader deskundigenadvies gewenst.

11. Het aanvullend verweerschrift van de gemeente Delft d.d. 04.12.2015, punt 3.

De gemeente overweegt daar het volgende:

“Daarenboven zijn wij ten overvloede van mening dat reclamanten een onjuist beeld van de toepassing van deze regeling (geven? vD). Ons inziens kan het budgettaire tekort voor volledig(e vD) archeologische opgraving en onderzoek niet worden overbrugd door een verplichte(?? vD) bijdrage op grond van art. 4.2 van de Wabo.

Zonder hierop in extenso in te gaan, immers hierdoor zouden wij een voorschot nemen op onze besluitvorming ingeval de PGD wel een claim hiertoe zou indienen, dient bij de bepaling van zo’n bijdrage eerst te worden bepaald of (in? vD) (een deel van) de archeologiekosten reeds op andere wijze is of kan worden voorzien. Dit is hier het geval. Vervolgens dient voor het niet vergoede deel te worden bepaald voor welk deel het redelijk en billijk is dat de PGD zelf voor deze kosten opdraait. En alleen voor het deel van de kosten waarvan het niet redelijk is om deze ten laste van de PGD te laten (komen? vD) zou onder omstandigheden mogelijkwijs een claim succesvol kunnen zijn. Daarbij zouden wij dan ook, zonder hierin uitputtend te willen zijn, zaken als het causaal verband tussen de kosten en de aan de vergunning verbonden voorwaarde, de voorzienbaarheid van de kosten, het bepalen van het normaal maatschappelijk risico van de PGD, mee dienen te laten wegen in het beslissen op het honoreren van zo’n claim.

Kortom, de enkele constatering dat de PGD binnen haar budgettaire ruimte geen mogelijkheid lijkt te zien voor een meer extensief archeologisch onderzoek leidt op zichzelf nog niet tot de door reclamanten kennelijk getrokken conclusie dat deze kosten de draagkracht van de PGD te boven gaan en derhalve voor rekening van de gemeente zouden dienen te komen”.

Hier is sprake van de omgekeerde wereld:

1. Wie trok de conclusie dat de PGD de kosten voor het archeologisch onderzoek niet zou kunnen betalen? Niet appellanten! Het was de gemeente die in het primaire besluit overwoog: *“Het voldoen aan dit advies vergt een aanzienlijke extra investering, die, zoals u genoegzaam heeft onderbouwd, u niet voor uw rekening kunt nemen. Uitgaande van het principe dat de verstoorder de archeologiekosten, behoudens een eventueel excessief aandeel, dient te betalen, zal bij het onverkort vasthouden aan het deskundigenadvies dit voor u betekenen dat het bouwplan niet gerealiseerd kan worden”.* Van de “genoegzame onderbouwing” is appellanten overigens nooit iets gebleken. Op dit punt hebben appellanten dan ook een Wob-verzoek ingediend, teneinde de door de gemeente veronderstelde onderbouwing te vernemen.
2. Er wordt volstrekt voorbijgegaan aan de eigen verantwoordelijkheid van de gemeente in dezen. Het is niet voor niets dat in art. 4.2 van de Wabo (anders dan in art 49 Wro (oud) de regeling is opgenomen dat de gemeente ook eigener beweging kan besluiten tot het toekennen van een passende schadevergoeding: *“...en die ten gevolge daarvan kosten maakt of schade lijdt die redelijkerwijs niet of niet geheel voor zijn rekening behoren te komen, op zijn verzoek of uit eigen beweging een naar billijkheid te bepalen vergoeding toe, voor zover niet op andere wijze in een redelijke vergoeding is of kan worden voorzien”.* Aan deze systematiek van de wet, en in het bijzonder de regeling inzake de excessieve kosten,

wordt door de gemeente geheel voorbij gegaan. Zie in dat verband ook de MvT (pag. 14) bij de Wamz (**productie 7.**)

3. Nog vreemder wordt de redenering van de gemeente dat bij het beoordelen van een claim van de PGD ex art. 4.2 Wabo mee zouden behoren te wegen: *“zaken als het causaal verband tussen de kosten en de aan de vergunning verbonden voorwaarde, de voorzienbaarheid van de kosten, (en) het bepalen van het normaal maatschappelijk risico van de PGD...”*. Zo werkt het niet. We voerden al eerder aan: in dit soort gevallen worden eerst de kosten van ordentelijk archeologisch onderzoek bepaald. De bovengenoemde kosten (causaal verband/voorwaarde, voorzienbaarheid, normaal maatschappelijk risico) behoren daarin vervolgens betrokken te worden. Daarna behoort te worden nagegaan of het geheel van deze kosten redelijkerwijs aan de verstoorder in rekening kunnen worden gebracht. En indien de conclusie luidt dat dat niet het geval is, behoort te worden nagegaan of een bijdrage van de gemeente ex art. 4.2 Wabo “het gat kan dichten”. En indien niet: dan moeten de ambities van de verstoorder of de archeologische eisen van de vergunningverlener worden bijgesteld, of dient een beroep te worden gedaan op de bijdrage van het Rijk aan de gemeenten op grond van de oorspronkelijke “vangnet-bepaling” van art. 34a Wamz. De redenering van de gemeente deugt niet, en dient er uitsluitend toe om claims en aansprakelijkheid te ontlopen, terwijl zorgplicht aan de orde is. Er wordt verder weer gerommeld met de feiten, en de belangenafweging wordt opnieuw vervuild.

12. Voorzienbaarheid.

De voorzienbaarheid van de kosten is overigens wel de hoeksteen van het kabinetsbeleid in deze. Ik verwijs daarvoor naar de MvT bij de Wamz, pag 12-13, bij het onderdeel “veroorzakersprincipe” (**productie 8.**) Kort samengevat: *“als je kon/moest weten welke kosten je initiatief met zich mee zouden brengen, dan moet je die ook dragen”*. En dat is hier nu precies het geval.

Vast staat dat de afdeling Monumentenzorg van de gemeente Delft wel van meet af aan bij het project betrokken is geweest, maar dat de Archeologische Dienst van de gemeente (te) lang buiten beeld is gebleven. Mogelijk zijn daardoor de PGD en haar architect op het verkeerde been gezet, en kwam daardoor een te lage projectbegroting tot stand. Hoewel: een architectenbureau dat gespecialiseerd is in kerkrestauraties zou beter hebben moeten weten. Hoe dan ook: de kosten van archeologie kunnen in dit geval onmogelijk als niet voorzienbaar worden afgedaan. Men had het eenvoudigweg kunnen en moeten weten.

Dit valt de gemeente te verwijten. In de periode 2008/2012, toen de gemeente, RCE en PGD de plannen ontwierpen, heeft de gemeente enorme steken laten vallen door de PGD niet vroegtijdig een, op zijn minst, globale indicatie van de te verwachten kosten van archeologisch onderzoek te geven. Men heeft toen ook verzuimd opdracht te geven aan de eigen archeologische dienst om een onderzoek in te stellen naar de te verwachten kosten in deze voor de PGD. Ook de RCE heeft hier meermalen op gewezen, maar daar is niet naar geluisterd. Dat lijkt ons de reden dat de PGD aanvankelijk ook is uitgegaan van een veel te lage kostenraming (€ 45.000,-). Men wist niets! Dit overigens achteraf tot verbazing van toenmalig weth. Junius (nov. 2012). Toen uiteindelijk doorsijpelde dat dit een kostenpost van formaat kon worden, heeft architect Van Hoogevest aan de Archeologische Dienst van Delft verzocht om hiervan een kostenindicatie te geven. Dit bleek op dat moment tussen de € 900.000 en € 1.600.000 te bedragen (oktober 2012)! Daarna is pas door de PGD besloten om hiervoor niet meer dan € 300.000 te budgetteren. Zou de gemeente dit bedrag niet accepteren als bovengrens, dan zou de PGD een beroep doen op de regeling van art. 4.2 Wabo (excessieve kosten) (oktober 2014). Ten overvloede nog een citaat van Drs Arco Valkenburg (PGD) uit zijn brief aan de gemeente d.d. 16 oktober 2014: *“Kort na het*

overeenkomen van dit convenant bleek in het najaar van 2012 de impact van de archeologie door de PGD, alsmede betrokken diensten van RCE en gemeente Delft onderschat. In de plan- en budgetvorming was hier nauwelijks tot niet rekening mee gehouden”.

De gemeente had dus in een vroeg stadium kunnen voorzien dat de PGD verrast zou kunnen worden door de archeologische kosten, had hiervan al voor 2012 een kosten indicatie moeten geven, en is hierin dus grove nalatigheid te verwijten.

Dit element van c.q. inzake de voorzienbaarheid van de kosten ontbreekt vervolgens opvallend in de belangenafweging en besluitvorming van de gemeente. Ook daardoor is deze gebrekkig.

Samenvattend:

In deze casus zijn op dit onderdeel de volgende punten essentieel:

1. Miskennis c.q. misrekening van de voorzienbaarheid van de kosten. Er is sprake van een volstrekte onderschatting van de kosten van archeologie, zowel door de gemeente als door de PGD, o.a. doordat de eigen Archeologische Dienst veel te laat werd ingeschakeld;
2. Daardoor een onjuiste afweging van (de kosten van) eventuele alternatieven;
3. Fixatie op het gekozen alternatief;
4. Onvoldoende feitenonderzoek door de gemeente met betrekking tot de draagkracht van de exploitatie c.q. onjuiste aannames op dat punt;
5. Vooringenomen en gebrekkige belangenafweging tijdens de gemeente;
6. Het door de gemeente miskennen van het feit dat sprake is van een commerciële exploitatie, waarin de excessieve kosten redelijkerwijze zouden kunnen worden doorbelast;
7. Het door de gemeente niet toepassen van art. 4.2 van de Wabo (het eigener beweging door de vergunningverlener toekennen van een bijdrage in de excessieve kosten), en het evenmin aanvragen van een bijdrage op de voet van dat artikel door de PGD.

Hoogachtend,
Mr. D.J. van Doorninck,
Gemachtigde.