

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, 24 maart 2016

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

Mevrouw, Mijnheer,

Hierbij stel ik namens de Oudheidkundige Werkgemeenschap Delft (OWD) en de Archeologische Werkgemeenschap Nederland, vereniging van vrijwilligers in de archeologie (AWN) hoger beroep in tegen de uitspraak d.d. 15 februari 2015 in bovengenoemde zaak. Een kopie van deze uitspraak is bijgevoegd (**productie 1**). Voor zover nodig zijn machtigingen van OWD en AWN bijgevoegd (**productie 2**).

1. Zorgvuldige belangenafweging.

Volgens vaste jurisprudentie dient de vergunningverlener op zorgvuldige wijze kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen, en daarbij de betrokken belangen op een zorgvuldige wijze tegen elkaar af te wegen. Met andere woorden: de betrokken belangen dienen met elkaar in verband te worden gebracht, en in samenhang te worden beoordeeld. Verder geldt dat het college beleids- en beoordelingsvrijheid heeft. De rechter dient te toetsen of de verweerder in redelijkheid, bij afweging van de betrokken belangen, tot het bestreden besluit heeft kunnen komen (zie: ECLI:NL:RVS:2014:4681

Hoe anders verliep het in deze procedure.

In het primaire besluit van het College van Burgemeester en Wethouders vindt op geen enkele wijze een volwaardige belangenafweging plaats.

De redenering in het primaire besluit is, kort samengevat, als volgt:

1. Voldoen aan het advies van de gemeentelijke afdeling Archeologie Delft vergt een aanzienlijke extra investering, die u niet voor uw rekening kunt nemen;
2. Wij hebben een discretionaire bevoegdheid;
3. De Nieuwe Kerk is een grote toeristische trekpleister;
4. Met het plan worden tevens cultuurhistorische waarden gediend;

5. Realisering van het plan is essentieel om ook voor de toekomst de kerkfunctie te garanderen;
6. De beleving van de cultuurhistorische waarden wordt door het plan verbeterd;
7. Het plan stelt de kerk in staat om het gebouw de komende decennia beter te exploiteren;
8. Er zijn geen adequate alternatieven voorhanden, en een spoedige realisering heeft de voorkeur van alle partijen;
9. Daarom stemmen wij, in afwijking van het uitgebrachte deskundigenadvies, in met uw uitgangspunten voor het nog op te stellen Programma van Eisen (PvE).

Hieronder zal op een aantal afzonderlijke onderdelen van deze redenering worden ingegaan. Maar aanstonds valt op dat hier op geen enkele wijze sprake is van een belangenafweging. Daarbij is immers essentieel dat de diverse belangen met elkaar in verband worden gebracht, en in samenhang worden beoordeeld. Wat hier gebeurt, is dat eerst de financiële kant wordt beoordeeld. De conclusie wordt direct getrokken: helaas, u kunt het niet betalen. Vervolgens worden er argumenten bij gezocht (3 tm. 8). Appellanten achten het onbestaanbaar dat een dergelijke redenering wordt aanvaard als een adequate belangenafweging. Zij verzoeken u dus om het besluit alleen al hierom wegens strijd met art. 3:4 Awb te vernietigen.

Vervolgens voeren appellanten het navolgende aan, waarbij zij allereerst de volgorde van de boven aangegeven redenering in het primaire besluit volgen:

Ad 1 en 3:

Bij de belangenafweging wordt stelselmatig één aspect over het hoofd gezien, zowel door de gemeente Delft, als door de rechter. De PGD (Protestantse Gemeente Delft) doet het voorkomen alsof er sprake is van een verliesgevend exploitatie, zodat van haar niet het uiterste kan worden gevraagd: € 300.000,- en meer kan niet. "Daarboven is er geen business-case meer", zo verklaart de PGD in een brief van 16 oktober 2014. Hierbij past dan wel de vraag of en in hoeverre het door de vergunning vrager/houder maximeren van zijn bijdrage past in het geheel van een zorgvuldige belangenafweging. Het komt appellanten voor dat dit in strijd is met de systematiek van de wet, en de te volgen KNA (Kwaliteitsnorm Nederlandse Archeologie).

Dat er in termen van een business-case gesproken wordt behoeft overigens niet te verbazen. De exploitatie van de Oude en Nieuwe Kerk te Delft is een zelfstandig miljoenenbedrijf, en is afgezonderd van die van de overige gebouwen van de PGD. Deze exploitatie is commercieel, en winstgevend. Jaarlijks bezoeken plm. 250.000 toeristen beide kerken (bron: PKD 5, 12 maart 2016), die daarvoor tenminste € 4,- toegang moeten betalen. Als men de toren van de Nieuwe Kerk wil beklimmen (en velen willen dat), dan kost een combinatieticket € 7,-. Laten we deze klimpartijen maar even buiten beschouwing, en laten we gemakshalve vaststellen dat de jaarlijkse inkomsten aan entrees tenminste € 1.000.000,- zouden kunnen bedragen. De jaarrekening van de PGD over 2014 geeft overigens aan dat de inkomsten plm. € 700.000,- bedragen, en dat het positieve resultaat in 2014 € 70.000,- bedraagt. Dit resultaat is toegevoegd aan de reserve restauratie Nieuwe Kerk. En dit verdienmodel kent nauwelijks slijtage, zeker zolang de Koninklijke Grafkelders in de Nieuwe Kerk aanwezig zijn, en dat zal nog wel even zo blijven. Een riant permanente bron van inkomsten dus. Ongetwijfeld staan daar exploitatielasten tegenover. Maar die zou men anders ook hebben, zoals dat ook geldt voor de overige kerkgebouwen die bij de PGD in gebruik zijn (en dat zijn er, naast de Oude en de Nieuwe Kerk nog altijd zes: vier in eigendom en twee in huur), en daar zal zeker ook geld bij moeten.

Een van de dingen die bij de belangenafweging door de gemeente fout zijn gegaan, is dat dit commerciële aspect geheel miskend is.

Tekenend is de overweging in het primaire besluit van de gemeente (Toelichting op het besluit, onderdeel 1, Procedure, alinea 15: *“Door de toevoeging van het kerksouterrain bent u gedurende de komende decennia beter in staat om het gebouw volwaardig te exploiteren. Een exploitatie, zonder verder commercieel oogmerk, die absoluut essentieel is om aan uw als zodanig gevoelde verplichting om het monument in stand te houden, en normaal onderhoud daaraan te plegen en een financiële buffer aan te leggen om ook in de toekomst het groot onderhoud aan dit gebouw ter hand te kunnen nemen”*).

Maar er is wel degelijk sprake van een commerciële exploitatie! Ik citeer de heer Drs A.C. Valkenburg, ouderling-kerkrentmeester: *“Verder hebben we als Hervormde Gemeente Delft, eigenaar van dit monument, aangegeven hoe we financieel het onderhoud en beheer van de Oude en Nieuwe Kerk in een aparte commerciële exploitatie hebben ondergebracht waarmee we zelfstandig draaien en het jaarlijkse onderhoud en beheer kunnen financieren. Deze exploitatie staat los van ons kerkelijke werk. Het geld dat de gemeente Delft wil besteden aan de Nieuwe Kerk is dus niet voor de kerk als geloofsinstituut, maar als beheerder van een monument met een belangrijk gemeentelijk belang”*. (Bron: internet, reactie van de heer Valkenburg op kritische vragen van het raadslid J.P. de Wit, Onafhankelijk Delft).

Sterker nog: de beoogde toevoeging van functionaliteiten is gericht op een versterking/uitbreiding van de commerciële exploitatie: concerten, congressen, etc. We mogen toch aannemen dat daaraan een businessplan ten grondslag ligt, dat wij overigens niet kennen. Het zou in de rede liggen dat daarin alle investeringen (dus ook die inzake het noodzakelijke archeologisch onderzoek) zijn opgenomen.

Wat is de situatie nu precies? De gemeente, die gemakshalve aanneemt dat sprake is van een exploitatie zonder commercieel oogmerk, en de kerk, die zelf zegt dat sprake is van een commerciële exploitatie, en die op jaarbasis € 70.000,- resultaat (2014) toevoegt aan de reserve restauratie Nieuwe Kerk? En die door de voorgenomen nieuwe investeringen de exploitatie wil verstevigen?

Het is evident dat hier van een zorgvuldige vergaring van kennis omtrent de relevante feiten door de gemeente Delft geen sprake is. Het gaat hier voorts om feiten die voor de belangenafweging van cruciaal belang zijn. Ook op deze grond dient het bestreden besluit daarom vernietigd te worden.

Zie in dat verband ook de overweging van de gemeente in het bestreden besluit (Toelichting op het besluit, onderdeel 1, Procedure, alinea 10): *“Het voldoen aan dit advies vergt een aanzienlijke investering, die, zoals u genoegzaam heeft onderbouwd, u niet voor uw rekening kan nemen. Uitgaande van het principe dat de verstoorder de archeologiekosten, behoudens een eventueel excessief bestanddeel, dient te betalen, zal bij het onverkort vasthouden aan het deskundigenadvies dit voor u betekenen dat het bouwplan niet gerealiseerd kan worden”*.

In geen van de stukken die tussen partijen gewisseld zijn, ook niet in de door appellanten op grond van de WOB opgevraagde stukken, komt een onderbouwing voor van de stelling dat de PGD deze investering niet voor zijn/haar rekening zou kunnen nemen. De gemeente weet meer dan wij, of (en dat lijkt waarschijnlijker) neemt maar wat aan.

Maar dit betekent wel dat de gemeente ermee instemt dat de kosten voor archeologisch onderzoek, die door deskundigen worden voorgedragen en die door de commercieel opererende verstoorder zouden behoren te worden betaald, door de gemeente, samen met de PGD, in het putje worden geschoven. Voor dit vermogensverlies (erfgoedschade) mag de gemeenschap dan vervolgens opdraaien.

Ik wijs in dit verband op de systematiek van de KNA: eerst dient waardestelling van het bodemarchief plaats te vinden. Daarna komt de vraag aan de orde hoe deze waarde veilig gesteld kan worden. De keuze is dan gewoonlijk hetzij bewaren in situ (feitelijk niet opgraven en voor bescherming zorgen), of opgraven volgens de regelen der kunst. Het eigen deskundigenadvies geeft aan dat dit bodemarchief op de scoretabel van de KNA (bijlage IV) erg hoog scoort. Het is daarom onbegrijpelijk dat zonder enige motivering of overweging (anders dan louter financiële) dit deskundigenadvies terzijde wordt gesteld. Een gelijke conclusie trok de voorzieningenrechter in de uitspraak d.d. 9 juli 2015: 9.4: *“Echter, op dit moment is ontoereikend gemotiveerd dat een onderzoek naar 10-20% van de menselijke begravingen en het verplaatsen van alle andere archeologische resten voor opslag en documentatie, vanuit archeologisch oogpunt een verantwoorde intensiteit en vorm van onderzoek is. De belangenafweging lijkt overwegend te zijn ingegeven door de financiële mogelijkheden van de vergunninghoudster . (.....) Los van het nog op te stellen Programma van Eisen, zijn in het Uitgangspuntendocument slechts het percentage te onderzoeken menselijke begravingen en het financiële kader gesteld zonder dat is gemotiveerd hoe de archeologische waarde van de bodemschatten op deze wijze voldoende wordt behouden of beschermd. Een nadere motivering op dit punt, bijvoorbeeld door de eigen deskundige van verweerder, mag, gelet op de onomkeerbaarheid van de gevolgen, van verweerder worden verwacht”.*

Niets van dat alles. Er worden zelfs geen op dit gebied gespecialiseerde deskundigen ingeschakeld voor een second opinion om het eigen deskundigenadvies nog eens te bezien, er wordt geen overleg gezocht met de bezwaarmakers om te bekijken of er wellicht alternatieve onderzoeksmethodes zijn. Zorgvuldigheid is werkelijk ver te zoeken, en van een werkelijke belangenafweging, waarbij de archeologische aspecten inhoudelijk aan de orde komen, is geen enkele sprake.

Maar nog los hiervan: het oordeel van de gemeente dat de PGD de kosten van uitvoering van het advies van Archeologie Delft niet zou kunnen betalen wordt op geen enkele wijze onderbouwd, en is, sterker gezegd, zelfs onwaarschijnlijk. Bij een voortgezette exploitatieopbrengst van Oude en Nieuwe Kerk van € 70.000,- per jaar, en met de aannahme dat de voorgenomen overige investeringen worden goedge maakt door de verwachte opbrengsten, zijn de kosten van archeologisch onderzoek in 20 jaar terugverdiend. Met zo'n grafkelder als onderpand tot in lengte van jaren zullen de meeste banken hier wel in willen stappen.

Het bovenstaande is overigens nog maar een eerste grond om te veronderstellen dat hier in werkelijkheid geen sprake is van een belangenafweging, maar slechts van een deal, of laten we zeggen: *a gentlemen agreement*.

Ad 3 tm 7: daarop is in het beroepschrift ingegaan; appellanten verwijzen daarnaar.

Ad 8: daarop is in het nader beroepschrift ingegaan.

2. Onjuiste wetstoepassing.

Artikel 4.2 van de Wabo. Dit artikel luidt als volgt (samengevat):

Het bevoegd gezag kent degene tot wie een beschikking is gericht krachtens (volgen de leden a tm. k), 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.

In dit kader overweegt de gemeente: *“Het voldoen aan dit advies vergt een aanzienlijke investering, die, zoals u genoegzaam heeft onderbouwd, u niet voor uw rekening kan nemen. Uitgaande van het principe dat de verstoorder de archeologiekosten, behoudens een eventueel excessief bestanddeel, dient te betalen, zal bij het onverkort vasthouden aan het deskundigenadvies dit voor u betekenen dat het bouwplan niet gerealiseerd kan worden”.*

Deze overweging van de gemeente is, in relatie tot art. 4.2 Wabo onbegrijpelijk:

1. De gemeente miskent de systematiek van de wet, en houdt zichzelf en de PGD opmerkelijk uit de wind. De Malta-ideologie is (en dat lag ook ten grondslag aan de Kamerdebatten) dat men eerst streeft naar behoud in situ. Als dat aantoonbaar niet kan, is de stap: opgraving in plaats van behoud in situ. De wetgever heeft de kosten daarvan bij de verstoorder gelegd om te bevorderen dat deze naar behoud streeft. Als de verstoorder de kosten te hoog vindt uitvallen, zal hij alsnog moeten streven naar behoud. Het is zeer de vraag of het proces in dit geval wel goed doorlopen is. Zie daarover nader onderdeel 5 (Het proces).
2. Zoals hierboven al aangegeven: de onderbouwing waar de gemeente op doelt blijkt niet uit de stukken, en is nooit overgelegd. Deze is, gelet op wat appellanten in onderdeel 1 (ad 1 en 3) aanvoerden, ook zeer onwaarschijnlijk.
3. Immers: deze investering behoort onderdeel uit te maken van de commerciële exploitatie van de Oude en Nieuwe Kerk. Van een afweging in dat kader blijkt niets.
4. En wat als uitvoering van het deskundigenadvies tot afblazen van het plan (in de huidige omvang) zou leiden? Zouden er alternatieven zijn? Ook daarover vernemen we niets, ook al omdat een belangenafweging ontbreekt. En die alternatieven zijn er wel degelijk, zoals appellanten hebben aangetoond, en nader zullen aantonen (zie onder 6, alternatieven).

3. Onvolledige feitenvergaring.

De hoofdlijn van de wet is de bekende systematiek van (oud) art. 49 Wro: wie onevenredige schade lijdt ten gevolge van de bepalingen van een (bestemmings)plan, kan die schade claimen bij het betrokken bestuursorgaan. Die regel is ook in art. 4.2 Wabo vastgelegd, waar het gaat om schade ten gevolge van de eisen die de Monumentenwet stelt op het punt van archeologie. De regeling is zelfs wat ruimer: de vergoeding wordt niet slechts gegeven aan degene die daaromtrent verzoekt, maar kan door het bevoegd gezag ook toegekend worden uit eigen beweging van dat gezag. Uitgaande van het adagium “publieke bevoegdheid is publieke plicht” volgt hieruit volgens appellanten de verplichting van het bevoegd gezag om in concrete omstandigheden na te gaan of een dergelijke vergoeding niet aan de orde zou behoren te zijn. Dat spoort ook met de zorgplicht die krachtens de Monumentenwet op de gemeenten rust met betrekking tot het bewaren van het archeologisch erfgoed.

Deze casus is in dit opzicht heel bijzonder. Waar in de bekende Alkmaarse zaak de bewuste winkeliers (afgebrande panden binnenstad, noodzakelijk archeologisch onderzoek voor herbouw) inderdaad een bijdrage van de gemeente Alkmaar ex art. 4.2 Wabo aanvroegen en ook ontvingen, rept hier niemand over dit artikel. Noch de PGD doet er een beroep op, en ook de gemeente attendeert niet op deze mogelijkheid. Niet gezien, niet gelezen? Erg onwaarschijnlijk.

De omstandigheid dat hier sprake is van een commerciële exploitatie had nu juist aanleiding moeten zijn om alle mogelijkheden voor financiering in samenhang te bezien. Daarbij had de mogelijkheid die dit artikel biedt ruim aan de orde moeten komen. Een gemiste kans? Te vrezen valt dat hier weer een signaal ligt van de deal, waarvan in 1 (hierboven, in fine) sprake was. Geen van partijen (gemeente en PGD) had belang bij toepassing van dit artikel. De gemeente niet, want die heeft nooit het fonds opgebouwd dat krachtens de specifieke uitkering van het gemeentefonds hiervoor bedoeld is. Dus dat potje is leeg. De PGD niet, omdat een deal die werd begrensd op € 300.000,- uiterst welkom was.

De feitenvergaring deugt niet. Is er nu ja of nee sprake van een commerciële exploitatie? Volgens de PGD wel, volgens de gemeente niet. De presentatie die de heren Valkenburg en Boersma (Kerkvoogdij) op 1 september 2010 aan de gemeenteraad van Delft gaven (pag. 15, **productie 3**) is overtuigend: er is sprake van een commerciële, toeristische exploitatie. De inrichting van de exploitatie en de cijfers geven de PGD daarnaast gelijk. En dat betekent veel voor de belangenafweging.

4. Daardoor: een onvolledige en gebrekkige belangenafweging.

Nu de feitenvergaring gebrekkig blijkt, en het hier om uiterst relevante informatie gaat, kan de conclusie niet anders luiden dan dat de belangenafweging in het primaire besluit onvolledig en onzuiver is. Op deze grond dient het primaire besluit vernietigd te worden.

5. Het proces.

Normaal gesproken verloopt een proces als het onderhavige zo:

1. Eerst vindt waardestelling plaats van het te verwachten bodemarchief, soms met behulp van voorafgaand onderzoek;
2. Dan wordt er een PvE vastgesteld voor kwalitatief goed onderzoek;
3. Dan worden de kosten doorgerekend en volgt een eventueel bezwaarschrift;
4. Meestal stelt de gemeente dan voor: meer behoud in situ;
5. De verstoorder past het plan aan;
6. In overleg met de deskundigen kan dan waar mogelijk het PvE worden aangepast.

Dan pas kom je uit waar nu het huidige PvE gestart is. Immers, het huidige PvE is geschreven vanuit (door de verstoorder gestelde?) financiële grenzen. Daarvoor is een PvE niet: dat regelt de archeologische kwaliteit. Die is in dit geval ver onder de maat, hetgeen appellanten met alle middelen rechtens nog zullen aantonen (zie de verklaring van Prof. Dr. G.J.R. Maat, em. Hoogleraar LUMC, **productie 4**, en de Opmerkingen en reacties van Dr. Raphaël Panhuysen, **productie 5**).

Natuurlijk mag een gemeente in een belangenafweging keuzes maken. Maar die moeten dan wel inhoudelijk worden beargumenteerd. Daarvan is hier geen sprake. Wat in feite gebeurd is, is dat de gemeente het archeologisch belang drastisch naar beneden heeft bijgesteld, zonder daar een goede onderbouwing voor te geven. Nog vreemder is dat in het PvE een plafondbedrag wordt aangegeven. Dat kan alleen al aanbestedingstechnisch niet. In een PvE moet worden aangegeven aan welke inhoudelijke eisen/vraagstelling een opgraving moet voldoen.

Op basis daarvan moeten bedrijven een offerte kunnen indienen. Bij deze opzet kan dat niet eens. Selectie via loting lijkt nu de enige optie.

Het mogelijke argument dat in casu geen aanbesteding zou behoeven plaats te vinden omdat de PGD als opdrachtgever geen overheidsorgaan is, gaat niet op, omdat de PGD mede optreedt namens de RCE c.q. het ministerie van Algemene Zaken als fungerend opdrachtgever namens het Rijk voor de uitbreiding van de Koninklijke Grafkelder (kelder 2). De kosten daarvan liggen boven het drempelbedrag. Het geheel behoort daarom openbaar te worden aanbesteed.

6. Alternatieven.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling (zie o.a. de uitspraak van 27 december 2012, ECLI:NL:RVS.2012:BY7324) moet een college van burgemeester en wethouders besluiten over het bouwplan, zoals dat bij hem is ingediend. Indien het op zichzelf aanvaardbaar is, kan het bestaan van alternatieven slechts tot het onthouden van medewerking nopen, indien op voorhand duidelijk is dat door verwezenlijking van de alternatieven een gelijkwaardig resultaat kan worden bereikt met aanmerkelijk minder bezwaren. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat een bovengronds alternatief bouwplan zou stuiten op aanzienlijke bezwaren van omwonenden, bezwaren ten aanzien van welstand en van verstoring van het rijksmonument. Naar het oordeel van de rechtbank hebben eiseressen niet aannemelijk gemaakt dat een gelijkwaardig alternatief kan worden bereikt waaraan minder bezwaren kleven.

Dit oordeel van de rechtbank is zeer aanvechtbaar, zo niet onjuist. Appellanten hebben meermalen alternatieven aangedragen. Daarop is nooit serieus gereageerd. Een uitgewerkt plan is in het kader van de beroepsprocedure aangedragen. Dat plan lijkt via bovenstaande overweging van de rechtbank buiten de orde geplaatst te zijn. Maar de gehanteerde argumenten daarvoor zijn alle dubieus: er is geen enkele aanwijzing dat de genoemde bezwaren zich zouden voordoen. Integendeel: de Commissie Behoud Stadsschoon (CBS) van de Historische Vereniging Delfia Batavorum (meestentijds aanvoerder in bezwaren in dit soort aangelegenheden) ziet in deze bovengrondse uitbreiding geen enkel probleem. Het alternatieve plan is nooit gepresenteerd aan omwonenden, dus daarvan weten we niets. Welstand: hier mag het oordeel van de CBS zeker richtinggevend worden geacht. Verstoring rijksmonument: onzin. Het ontwerp is gevoelvol, en naar ons oordeel zeker passend in de omgeving. En wat hier overigens van zij: er zijn volgens appellanten daarnaast zeker nog twee alternatieven. Eén daarvan is uitbreiding van de kerk met gebruikmaking van de nog steeds aanwezige middeleeuwse fundering van de tweede zuidbeuk, die nooit gerealiseerd is, maar die op die fundering wel gebouwd kan worden. Ook een in pandige uitbreiding is mogelijk. Maar de PGD en de gemeente gaan ieder gesprek daarover uit de weg. Alleen al die weigering lijkt evenzeer in strijd met de systematiek van de wet, en met de jurisprudentie. Men wil het bestaande plan en daarmee basta. En overigens: het gaat niet om de vraag of de rechtbank van mening is dat een gelijkwaardig alternatief kan worden bereikt waaraan minder bezwaren kleven. Het gaat allereerst om de vraag of het college dat vindt. En dat heeft daarover in deze procedure nooit een uitspraak gedaan/willen doen.

Het ultieme argument is daarbij dat de afweging van alternatieven al in een eerder stadium heeft plaatsgevonden (n.l. ten tijde van het opstellen van het nu vigerende bestemmingsplan, dat deze ondergrondse kelder mogelijk maakt). Wie nu bezwaar maakt, is dus te laat, zo is de stelling. Maar ook dat is onzin. Niemand kon toen immers vermoeden dat het gevolg van dat bestemmingsplan een archeologische kaalslag van deze omvang zou betekenen. En die vloeit ook niet uit het bestemmingsplan voort. Bij de huidige voornemens is (her)bezinning op alternatieven nu juist gepast. Het gebeurt wel vaker dat monumentale waarden kaders in een ouder bestemmingsplan teniet doen.

7. Ad 5.3, 5.4 en 5.5 uit de bestreden uitspraak.

Op deze punten verwijzen wij naar het gestelde in productie 4 (bijdrage van Prof. George Maat), en productie 5 (opmerkingen en reacties van Dr. Raphaël Panhuysen), welke opmerkingen en reacties als hier herhaald en ingelast moeten worden beschouwd. Beide heren laten (met verschillende argumenten) weinig heel van het voorgestelde PvE, en de veelal daarop gestoelde overwegingen van de rechtbank.

8. Onrechtmatige wetgeving.

De wijze waarop het verdrag van Malta in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd begint steeds meer vragen op te roepen. Van meet af aan heeft de AWN gewaarschuwd voor het ontbreken van een ondergrens in de wetgeving (Monumentenwet en Erfgoedwet). De vrees dat dat fout zou gaan wordt nu bewaarheid. Immers, door de uitvoering van dit deel van de wet bij de gemeenten te leggen, vindt in alle gevallen een lokale belangenafweging plaats. Die wordt bepaald door lokale afwegingen. En hoe die ook uitpakken, de rechter kan er niets van vinden. Als er maar een soort afweging heeft plaatsgevonden. Dat is de discretionaire bevoegdheid van de gemeente. Daarna resteert slechts de marginale toetsing van de rechter. En daarvan hoeft je inhoudelijk niets te verwachten.

Appellanten (en overige belanghebbenden) overwegen thans een civiele procedure tegen de Staat wegens onrechtmatige wetgeving. Elementen daarvan zouden wellicht in een later stadium van deze bestuursrechtelijke procedure nog aan de orde kunnen komen. Appellanten behouden zich het recht voor om zulks dan alsnog aan de orde te stellen.

9. Samenvattend.

1. Zorgvuldige belangenafweging.

In het primaire besluit heeft geen werkelijke belangenafweging plaatsgevonden, alleen maar een opsomming van gemeentelijke opvattingen, die niet met elkaar in verband worden gebracht.

2. Onjuiste wetstoepassing.

De gemeente miskent de systematiek van de wet (art. 4:2 Wabo), en ontloopt haar zorgplicht in dit verband.

3. Feitenvergaring.

De feitenvergaring voldoet niet aan de daaraan te stellen eisen. De stellingen van verweerders en derde belanghebbende met betrekking tot het commerciële karakter van de exploitatie lopen nadrukkelijk uiteen, terwijl overduidelijk van een commerciële exploitatie sprake is.

4. Belangenafweging/feitenvergaring.

Het miskennen van de relevante feiten leidt vanzelfsprekend tot een onjuiste belangenafweging.

5. Het proces.

Het proces om tot een PvE te komen heeft in dit geval een zeer merkwaardig verloop, en mondt uit in een onmogelijke aanbesteding: de uitkomst ervan ligt vast (maximaal € 300.000,-). Aan wie het werk gegund wordt, wordt kennelijk via een loterij bepaald. Ondershandse gunning kan/mag immers niet.

6. Alternatieven.

Het college van B&W heeft zich nooit tot een uitspraak willen laten verleiden of er geen sprake zou kunnen zijn van alternatieve oplossingen. Appellanten tonen aan dat deze er zijn. De bezwaren ertegen zijn gezocht.

7. Inhoudelijk.

Zowel Prof. Maat als Dr. Panhuysen tonen aan dat het thans voorliggende PvE ver onder de maat is, en dat alternatieven denkbaar zijn. De halsstarrigheid van de gemeente begint werkelijk te benauwen.

Op grond van het bovenstaande en nader aan te voeren gronden verzoeken appellanten u om de uitspraak waarvan beroep en het primaire besluit van de gemeente Delft te vernietigen wegens strijd met de wet.

Delft, 24 maart 2016

Mr D.J. van Doorninck,
Gemachtigde.