



Gemeente Rotterdam
Team: JD Clusterteam
Postbus 70012
3000 KP Rotterdam

Per e-mail: ds.andriessen@Rotterdam.nl

Dossiernummer:
2FG.0.24.053552

Telefoon: 020-6518888

Datum: 16 december 2024

Behandeld door:

E-mail: dossiergroep@das.nl **Fax:** 020-6914737
vermeld ons dossiernummer in
de onderwerpregel

Betreft: Hollandia Archeologen B.V. / Gemeente Rotterdam
Uw referentie 2024.1338

Geachte

Naar aanleiding van uw brief van 7 oktober 2024 waarin u namens de gemeente Rotterdam reageert op de aansprakelijkheidsstelling, hierbij de reactie namens mijn cliënte.

Algemene opmerkingen

In algemene zin kan worden gesteld dat (een groot deel van) de inhoud van uw brief is aangedragen door Archeologie Rotterdam en dat u geen gedegen onderzoek heeft verricht naar haar onrechtmatige gedragingen, met name het niet naleven van wettelijke procedures waardoor cliënte schade lijdt. De door u aangevoerde argumenten heeft cliënte al eerder gehoord. Had u de inhoud van de brief van cliënte serieus onderzocht, dan zou het college van B&W niet met een reactie zijn gekomen die de bezwaren ontwijkt, de relevante wet- en regelgeving negeert en zelfs ongerelateerde wetgeving aanhaalt. In de brief van cliënte wordt nadrukkelijk gesteld dat er sprake is van onrechtmatige concurrentie door uw overheidsbedrijf, maar u suggereert dat u beter geïnformeerd bent. Dit roept verbazing op bij cliënte, die in deze laatste repliek hiertegen in zal gaan.

Uit de brief blijkt niet alleen dat cliënte niet serieus wordt genomen, maar ook dat de gemeenteraad wordt gepasseerd. De raad heeft duidelijke richtlijnen opgesteld voor het beheer van het archeologische erfgoed en de financiering van de bijbehorende kosten. Toch lijkt het college van B&W te handelen alsof het boven deze kaders staat en de regels naar eigen inzicht mag interpreteren. De financiële gevolgen van dit inconsistent beleid worden vervolgens afgewenteld op de inwoners van Rotterdam, die uiteindelijk de rekening gepresenteerd krijgen.

Ten slotte wordt opgemerkt dat cliënte inmiddels aanvullende informatie heeft verkregen die haar standpunt met betrekking tot uw onrechtmatige werkwijze verder ondersteunt. Deze wordt in deze brief benoemd. Uit alle stukken, in combinatie met uw reactie, waarin het college van

DAS Nederlandse Rechtsbijstand Verzekeringmaatschappij N.V.

B&W wederom aangeeft de geldende regels niet na te leven, wordt duidelijk dat het eerder ingeschatte schadebedrag van € 250.000 te conservatief was. Voor cliënte dient dan ook uitgegaan te worden van een aanzienlijk hoger bedrag.

Deze repliek volgt de argumentatie in uw brief van 7 oktober 2024 en behandelt de punten in de volgorde van presentatie. Elk punt wordt voorafgegaan door een inleidende zin met het onderwerp van het desbetreffende argument.

Planbeoordeling

Met betrekking tot de suggestie dat cliënte onvoldoende inhoudelijke kennis heeft over het onderwerp van het geschil:

Cliënte is heel goed op de hoogte van wat een planbeoordeling inhoudt. Een planbeoordeling vervangt een rapport dat door de aanvrager van de omgevingsvergunning moet worden ingediend. Met het ontbreken van een discretionaire bevoegdheid (of beleidsruimte) in de tijdelijke omgevingsplannen (hierna: bestemmingsplannen i.v.m. toepassing oude regelgeving) ontbreekt de wettelijke grondslag hiervoor en verkrijgt de gemeente Rotterdam zodoende een monopoliepositie.

Het legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat het openbaar bestuur bevoegd is om eenzijdig op te treden als het daarvoor een wettelijke grondslag heeft. Zoals vaak is benoemd, hebben de gemeente Rotterdam en de omliggende gemeenten geen discretionaire bevoegdheid vastgesteld in haar bestemmingsplannen waardoor een rapport niet kan worden geëist. Deze beleidsruimte bestaat wel in hogere regelgeving (attributie). Dit is alleen niet zodanig toegepast.

De bestemmingsregels (van Rotterdam en omliggende gemeenten) waar planbeoordelingen voor worden gegeven zijn kristalhelder en als volgt verwoord:

“In het belang van de archeologische monumentenzorg dient de aanvrager van een omgevingsvergunning voor het bouwen een rapport aan burgemeester en wethouders te overleggen van een archeologisch deskundige waarin de archeologische waarde van het terrein dat blijkens de aanvraag zal worden verstoord, naar het oordeel van burgemeester en wethouders in voldoende mate is vastgesteld.”

De letterlijke tekst in bestemmingsplannen is leidend. Jurisprudentie van de Raad van State, de hoogste bestuursrechter, is hier duidelijk over:

“De Afdeling stelt verder voorop dat bij de uitleg van het bestemmingsplan de tekst van de planregels en de verbeelding leidend zijn en niet de bedoeling van de planwetgever. Aan de bedoeling van de planwetgever komt naar het oordeel van de Afdeling in dit geval geen betekenis toe omdat de tekst van het bestemmingsplan, zoals hierna zal blijken, duidelijk is en geen andere interpretatie toelaat.” (ECLI:NL:RVS:2019:1775, ABRvS, 27 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4006, r.o. 2.3)

Vanwege de rechtszekerheid moet een planregel letterlijk worden uitgelegd. Als die op zichzelf niet duidelijk is, ook niet in samenhang met de andere planregels (systematiek), dan komt betekenis toe aan de niet bindende plantoelichting. Die plantoelichting kan namelijk meer inzicht geven in de bedoeling van de planwetgever (ABRvS 7 augustus 2024, ECLI:NL:RVS:2024:3201, m.nt. T.N. Sanders, r.o. 5.1).

Op basis van een planbeoordeling wordt een omgevingsvergunning afgegeven. Daarmee wordt de planbeoordeling gelijkgesteld aan een rapport en is er zeker geen sprake van slechts een

'service voor een vlotte afhandeling'. De planbeoordeling moet de jure beschouwd worden als een interne procedure zonder wettelijke grondslag. De facto is de planbeoordeling een rapport met externe, bindende rechtsgevolgen.

Met betrekking tot het standpunt dat de planbeoordeling onnodige kosten voor de aanvrager voorkomt:

'Onnodige kosten' is een subjectieve term die door u wordt gehanteerd, maar die geen steun vindt in objectieve regelgeving. De aanvrager van een omgevingsvergunning is zich ervan bewust dat zij een rapport moet overleggen waaruit blijkt dat de archeologische waarden voldoende zijn vastgesteld, en dat hier kosten aan verbonden zijn. Deze kosten worden door de aanvrager noodzakelijk geacht, aangezien de omgevingsvergunning anders niet kan worden aangevraagd. Dus op het moment dat een burger de aanvraag besluit te doen, is het rapport met bijbehorende kosten nodig.

Met betrekking tot het standpunt dat de gemeente in een planbeoordeling mag bepalen of het rapport vereist is, en dat cliënt verwacht opdrachten te ontvangen indien een rapport niet noodzakelijk is:

U geeft wederom zonder enige terughoudendheid aan dat u uw eigen regels bewust niet naleeft door planbeoordelingen op te stellen die volgens u externe, bindende rechtsgevolgen hebben. Of dit al dan niet is toegestaan, hangt af van discretionaire bevoegdheid of beleidsruimte. De MvT, die uitleg geeft over de beleidsruimte met betrekking tot archeologische rapporten, is over dat aspect duidelijk. In de MvT wordt verwezen naar art. 14 (gewijzigde) Monumentenwet 1988 (Wamz), waarin de minister directe bevoegdheid heeft gekregen om onderzoek al dan niet te eisen in geval van beschermde (rijks)monumenten. Het is belangrijk te beseffen dat deze bevoegdheid niet wordt geregeld in bestemmingsplannen, zoals dit wel het geval is voor gemeenten. Deze bevoegdheid is direct geregeld in artikel 14, in samenhang met art. 11 Monumentenwet 1988:

Hoewel in geval van beschermde (rijks)monumenten behoud in de bodem uitgangspunt is, kunnen er zich toch omstandigheden voordoen waarin vergunningverlening mogelijk moet zijn. Het nieuwe derde lid van artikel 14 maakt het mogelijk om van de aanvrager van een vergunning inzake een beschermd archeologisch monument een archeologisch rapport te verlangen. De minister kan een dergelijk rapport alleen verlangen indien de archeologische informatie ter beoordeling van de aanvraag onvoldoende is. In geval van van rijkswege beschermde monumenten zal veel informatie reeds beschikbaar zijn. Voor zover de minister zelf over informatie beschikt dan wel informatie op eenvoudige wijze kan verkrijgen, rust op de minister de plicht die gegevens zelf te vergaren. Indien de beschikbare informatie naar diens oordeel niet toereikend is, dat wil zeggen niet nauwkeurig genoeg is in verband met door de aanvrager gewenste bodemverstoring, kan de aanvrager worden verplicht een bodemonderzoek te laten uitvoeren. Wat exact de inhoud en omvang van de te verstrekken informatie moet zijn, zal naar aanleiding van de indiening van de aanvraag van de kant van de minister aan de aanvrager duidelijk gemaakt moeten worden. Het rapport, bedoeld in het derde lid, kan dus variëren qua omvang en diepgang. Eén en ander zal ook sterk afhangen van de omvang van de bodemingreep die het voorgenomen project teweeg zal brengen. Indien het rapport naar het oordeel van de minister – ook na een verzoek om aanvulling – onder de maat blijft, kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten. Voor de aanvrager staan tegen een dergelijk besluit de normale bezwaar- en beroepsmogelijkheden open. Het verzorgen van informatie kan voor de aanvrager tot kosten leiden, die voor diens rekening komen (Kamerstukken II, 2003/04, 29 259, nr. 3, p. 42).

Het derde lid van art. 14 Monumentenwet 1988 luidde:

3.

*Indien een aanvraag om vergunning een archeologisch monument betreft, **kan** Onze minister **een rapport verlangen**, waarin de archeologische waarde van het terrein dat blijkens de aanvraag zal worden verstoord naar het oordeel van Onze minister in voldoende mate is vastgesteld.*

Zoals cliënte heeft betoogd in de memo, was de gemeenteraad bij het vaststellen van het bestemmingsplan de jure van mening dat er onvoldoende informatie bij de gemeente bestaat waardoor altijd (dient) een rapport nodig is. Dat de facto Archeologie Rotterdam bestaat met veel kennis, doet hier niet aan af. Eenmaal vastgesteld, geldt de letterlijke tekst (zie uitspraken ABRvS). Dan weten burgers waar ze aan toe zijn. Ook cliënte weet dan waar ze aan toe is en hoeft niet te dulden dat de gemeente Rotterdam op dit gebied een monopolie uitoefent.

In plaats dat Archeologie Rotterdam in de planbeoordeling concludeert dat de aanvrager de vrijstellingsgrenzen overschrijdt en een rapport moet overleggen, concludeert zij in de planbeoordeling dat helemaal geen rapport nodig is en de planbeoordeling aan de basis mag liggen van de omgevingsvergunning. Hierdoor wordt geen rapport aangevraagd bij marktpartijen.

Het is het bestemmingsplan, een verordening van de gemeenteraad, dat de aanvrager verplicht een rapport in te dienen voor een omgevingsvergunning. De aanvrager heeft geen vrijheid om hiervan af te wijken. De gemeente Rotterdam heeft de vrijheid om een planbeoordeling op te stellen, maar deze heeft uitsluitend interne werking en geen externe rechtsgevolgen. Met andere woorden, u draait de juridische werkelijkheid om: een rapport is noodzakelijk, terwijl de planbeoordeling door u vrijwillig kan worden opgesteld en meegestuurd. In de planbeoordeling, of in e-mails naar de opdrachtgevers van cliënte, dient u zich echter te onthouden van opmerkingen over de externe werking van planbeoordelingen.

Met betrekking tot de stelling dat de planbeoordeling voortkomt uit de systematiek en totstandkoming van de Erfgoedwet:

Uit de systematiek en de totstandkoming van de Wet op de archeologische monumentenzorg (Wamz) en de Erfgoedwet (Ew) volgt dat, voordat een omgevingsvergunning wordt verleend, er voldoende inzicht moet bestaan in de archeologische waarden die door de bodemingreep mogelijk worden aangetast. Deze archeologische waarden zijn vastgelegd in een rapportage in de vorm van een bureauonderzoek en/of via een inventariserend veldonderzoek (zoals boringen of proefsleuven).

Naast het waarborgen van het archeologisch erfgoed, is het doel van de implementatie van het Verdrag van Malta in de nationale regelgeving ook dat de kosten worden gedragen door de aanvrager. Dit standpunt is al door mijn cliënte uitgebreid onderbouwd.

Met betrekking tot het argument over de noodzaak om maatschappelijke en ruimtelijke zaken te betrekken bij de planbeoordeling:

Het meewegen van andere maatschappelijke of ruimtelijke belangen geldt altijd bij het nemen van een besluit. Dit is vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht. Volgens deze wet moet een bestuursorgaan voldoende informatie inwinnen voordat een publiekrechtelijk besluit wordt genomen, en het besluit moet evenredig zijn. Deze zaken kunnen een rol spelen in het uiteindelijke besluit om voorwaarden te stellen in een omgevingsvergunning. Als de gemeente deze belangen wil verwoorden en dit is in lijn met de bestemmingsregels en de Omgevingswet (vroeger Wabo/Wro), dan is dat hun goed recht. Het volgt in elk geval niet uit de Wamz en de Ew. Deze

zien toe op het behoud van de archeologische waarden, dat de kosten voor rekening zijn van de verstoorder en dat bij de uitvoering marktwerking bestaat.

Met betrekking tot het argument over de noodzaak om inhoudelijke aspecten te betrekken bij de planbeoordeling:

De gemeente heeft beoordelingsruimte (naar het oordeel van) bij het vaststellen van de archeologische waarden in een rapport dat door de aanvrager van de omgevingsvergunning is ingediend. Als de gemeente Rotterdam deze beoordelingsruimte voortaan een planbeoordeling wil noemen, heeft cliënte daar geen bezwaar tegen.

Juridisch Kader

Met betrekking tot het standpunt dat artikel 3.16 van de Erfgoedwet een juridische grondslag vormt voor de planbeoordeling:

Art. 3.16 Erfgoedwet geeft de gemeenteraad de bevoegdheid om een verordening op te stellen in het geval het College van burgemeester en Wethouders niet zorgt voor de bescherming van het lokale erfgoed. De gemeenteraad van Rotterdam heeft het college de opdracht gegeven een archeologische waardenkaart vast te stellen (zie Erfgoedverordening). Hoe dit argument zich verhoudt tot het verwijt dat de gemeente zonder grondslag van een planbeoordeling een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling maakt, die gelijkgesteld wordt aan rapporten in een andere verordening (bestemmingsplan), wordt uit hetgeen u stelt niet duidelijk.

Met betrekking tot het standpunt dat de Erfgoedverordening een juridische grondslag vormt voor de planbeoordeling:

Hetgeen u wel stelt berust in elk geval niet op art. 3.16 Erfgoedwet. Dat artikel heeft geen betrekking op het vangnet archeologie waarover u het heeft wanneer de Erfgoedverordening wordt aangehaald. Het archeologische vangnet daarin is in de (aangepaste) Monumentenwet 1988 (Wamz) door de VNG bedongen, omdat gemeenten bij de invoering van de nieuwe regelgeving in 2007 nog niet alle bestemmingsplannen hadden aangepast aan de nieuwe situatie. Om te voorkomen dat archeologische waarden in het geding kwamen, was de staatssecretaris de VNG tegemoetgekomen door in het wetsvoorstel een aparte verordeningsbevoegdheid op te nemen. Deze bevoegdheid moest ervoor zorgen dat archeologische waarden beschermd konden worden in de periode waarin de regels in de bestemmingsplannen nog niet waren geïmplementeerd. Deze aparte bevoegdheid betreft art. 38 Mw 1988, dat via overgangsrecht in art. 9.1 van de Erfgoedwet nog steeds van toepassing was. Met de invoering van de Omgevingswet is deze verordeningsbevoegdheid vervallen en vervangen door art. 5.130 Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl).

Duidelijk is dat de kosten voor het opstellen van het rapport door een deskundige voor rekening van de aanvrager komen. Het principe dat de verstoorder betaalt, staat ook in de Erfgoedverordening van de gemeente Rotterdam. In tegenstelling tot het college B&W vindt de gemeenteraad dit dus wel belangrijk.

Met betrekking tot het standpunt dat de juridische grondslag voor de planbeoordeling voortkomt uit de verplichting van de gemeente om zorg te dragen voor het bodemarchief:

De verantwoordelijkheid van de gemeente voor het beheer van het bodemarchief wordt niet betwist. Evenmin wordt betwist dat het college discretionaire bevoegdheid heeft om bij het afgeven van de omgevingsvergunning te besluiten of een archeologische vindplaats in situ, dan wel ex situ dient te worden behouden. Dit komt neer op het stellen van voorwaarden in de omgevings-

vergunning. Onderwerp van het geschil is de fase voorafgaand aan de verlening van de omgevingsvergunning.

Ten overvloede: De gemeente geeft aan dat een planbeoordeling geen rapport is. Toch worden omgevingsvergunningen afgegeven op basis van een planbeoordeling. Er kan dan afgevraagd worden wat de juridische waarde van de benoemde bestemmingsregels is, die eisen dat de aanvrager van de omgevingsvergunning een rapport moet indienen waaruit blijkt dat de archeologische waarden in voldoende mate zijn vastgesteld. Op het moment dat een planbeoordeling aan de basis staat van een besluit tot het afgeven van een omgevingsvergunning en voldaan wordt aan de regels in het bestemmingsplan, is de planbeoordeling een rapport. Anders ontbreekt de verplichting tot het indienen van een rapport.

De gemeente stelt dat de bevoegdheid van de planbeoordeling volgt uit de oude Monumentenwet 1988 (hierna: Mw 1988). Welk artikel hiermee precies wordt bedoeld, blijft onduidelijk. De Mw 1988 bood inderdaad beleidsruimte om wel of geen rapport te eisen, maar deze beleidsruimte zou dan vertaald moeten worden in bestemmingsplannen. In feite komt het erop neer dat de gemeenteraad van Rotterdam wil dat er een rapport wordt ingediend, maar het college B&W voelt zich niet verplicht om de regels van de gemeenteraad na te leven waardoor derden worden benadeeld. Ook worden hierdoor de burgers van Rotterdam benadeeld, omdat zij indirect voor deze kosten opdraaien.

Met betrekking tot het standpunt dat de juridische grondslag voor de planbeoordeling voortkomt uit een document van de Rijksdienst waarin voorbeeldregels worden toegelicht:

De handreiking voorbeeldregels van de Rijksdienst Cultureel Erfgoed heeft allereerst betrekking op de Omgevingswet. Buiten het feit dat de meeste schade geleden is in de periode voorafgaand aan de invoering van de Omgevingswet, ziet deze handreiking toe op de toepassing van art. 5.130 Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) door middel van -voorbeeldregels-. De handreiking geeft wat betreft de toepassing van regels over de zorg voor het archeologische erfgoed geen volledige informatie aan gemeenten, waardoor de gemeente Rotterdam blijkbaar tot de conclusie komt dat in het vooroverleg de gemeente altijd kan afzien van het eisen van een rapport indien zij zelf over voldoende informatie beschikt. Zij is blijkbaar niet op de hoogte dat dit enkel mogelijk is zolang de beleidsruimte duidelijk in bestemmingsplannen wordt verwoord. Dit staat namelijk in het derde lid onder b van artikel 5.130 Bkl:

3. *"In het belang van de archeologische monumentenzorg kunnen in een omgevingsplan ook:*
a. *regels worden gesteld over eisen aan onderzoek naar de archeologische waarde van een locatie of aan de wijze van het verrichten van opgravingen of archeologische begeleiding van andere activiteiten die tot bodemverstoring leiden; en*
b. *gevallen worden aangewezen waarin kan worden afgezien van onderzoek naar de archeologische waarde van een locatie of het opleggen van plichten met die strekking."*

Het verbaast cliënte dat u een wettelijke grondslag ziet in een handreiking met voorbeeldregels. De handreiking voorbeeldregels is namelijk geen wet of regel waarop de grondslag kan berusten. Een toelichting op een voorbeeldregel is dat al helemaal niet.

Met betrekking tot het argument dat de juridische grondslag voor de planbeoordeling volgt uit de wetgeschiedenis van de Mw 1988:

Art. 41 Mw 1988 bood de mogelijkheid voor beleidsruimte. Dit gegeven wordt helemaal door cliënte niet betwijfeld. Kern van het geschil is het ontbreken van de beleidsruimte in bestemmingsplannen in de regio Rotterdam. Dit is uitvoerig behandeld in de memo van cliënte en in voornoemde alinea's.

Art. 41 lid 1 Mw 1988 luidde:

“De aanvrager van een ontheffing als bedoeld in de artikelen 3.6, eerste lid, onder c, 3.22 of 3.23 van de Wet ruimtelijke ordening of van een projectbesluit als bedoeld in, onder f, van die wet, kan in het belang van de archeologische monumentenzorg worden verplicht een rapport over te leggen, waarin de archeologische waarde van het terrein dat blijkens de aanvraag zal worden verstoord naar het oordeel van burgemeester en wethouders of, in geval van een projectbesluit naar het oordeel van de gemeenteraad, in voldoende mate is vastgesteld.”

Art. 3.6 Wro maakt het mogelijk om in een bestemmingsplan zogenoemde flexibiliteitsbepalingen op te nemen: een bevoegdheid van burgemeester en wethouders om het plan te wijzigen, om van het plan af te wijken (met toepassing van art. 2.12, lid 1, sub a, onder 1°), om nadere regels te stellen, alsmede een uitwerkingsplicht.

Art. 3.22 Wro is in 2010 vervallen.

Art. 3.32 Wro is in 2010 vervallen.

Art. 1.1 lid 1 onder f Wro is in 2010 vervallen.

In zekere zin is deze beleidsruimte vertaald in art. 5.130 Besluit kwaliteit leefomgeving.

Zoals eerder benoemd, heeft art. 14 Mw 1988 betrekking op de beleidsruimte van de Minister in geval van bedreiging van de door het Rijk beschermde vindplaatsen. De MvT verwijst alleen naar dit artikel voor informatie over het doel van de beleidsruimte. Voor een gemeente heeft de inhoud van het artikel verder geen betekenis. Waarom deze artikelen dus door u worden aangehaald, is onduidelijk. Ze zijn eveneens niet relevant voor het geschil.

Met betrekking tot het standpunt dat de juridische grondslag voor de planbeoordeling voortkomt uit art. 16.55 lid 5 Omgevingswet:

Vooropgesteld wordt dat voor de periode 2019-2023 de Omgevingswet niet van toepassing was.

Art. 16.55 lid 5 Omgevingswet biedt beleidsruimte zodat gegevens en bescheiden die al bij het bevoegd gezag bekend zijn, niet opnieuw door de aanvrager hoeven te worden verstrekt. Dit betreffen gegevens en bescheiden die eerder zijn verstrekt aan hetzelfde bevoegd gezag door dezelfde initiatiefnemer, bijvoorbeeld bij een andere aanvraag voor hetzelfde of een ander doel. Het betreft ook de gegevens die zijn opgenomen in basisregistraties (Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 24, p. 8).

Ook dit artikel biedt niet de grondslag voor de planbeoordeling. Als een initiatiefnemer een rapport heeft opgesteld waarin archeologische waarden zijn vastgesteld, dan kan het bevoegd gezag besluiten dat dit niet opnieuw gedaan hoeft te worden. De archeologische waarden- en verwachtingenkaart van de gemeente of BOORIS zijn geen basisregistraties waar de gemeente op terug kan vallen.

Met betrekking tot het standpunt dat de grondslag voor de planbeoordeling volgt uit de expertise van Archeologie Rotterdam:

De inhoudelijke kennis over archeologie van Archeologie Rotterdam wordt niet betwist door cliënte. Wel werd cliënte door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam -onterecht- verweten dat zij een slechte bedrijfsvoering voert door de bestemmingsregels van zowel haar gemeente als de omliggende gemeenten correct op te volgen. Hiervan werd ook een opdrachtgever van cliënte op de hoogte gesteld. Voor wat betreft de verantwoor-

delijkheid die volgt uit de zorgplicht wordt verwezen naar bovenstaande alinea's, waarin de juridische kaders en algemene beginselen zijn uitgewerkt.

Met betrekking tot de conclusie dat de gemeente Rotterdam voldoende juridische grondslagen voor de planbeoordeling heeft aangevoerd en er geen sprake is van onrechtmatig handelen:

Graag haalt cliënte nog de volgende passage uit de memo aan, die betrekking had tot de bedoeling van het ingevoerde archeologische bestel in 2007:

*“Bij de invoering van de Wamz heeft de wetgever bewust gekozen voor marktwerking. De staatssecretaris schreef bij de behandeling van het wetsvoorstel het volgende: Omdat in dit wetsvoorstel wordt gekozen voor volledige marktwerking op het terrein van archeologische opgravingen...[wordt] artikel 39 van de huidige Monumentenwet 1988 ingrijpend gewijzigd. Het zullen niet langer uitsluitend vergunninghoudende Rijksdiensten, universiteiten of gemeenten zijn die mogen opgraven. **Aan die wettelijke monopolieposities komt een einde.**”*

De juridische grondslag voor een planbeoordeling ontbreekt nog steeds. Er worden geen steekhoudende argumenten gegeven waarom planbeoordelingen, gelet op de letterlijke tekst in de bestemmingsplannen, wel als basis zouden kunnen dienen voor een omgevingsvergunning.

Monopoliepositie

Met betrekking tot het argument dat de planbeoordeling volgt uit een wettelijke verplichting van de overheid:

De planbeoordeling is geen publiekrechtelijke taak. Zoals u zelf aangeeft aan het begin van uw brief is de planbeoordeling slechts een 'service die de gemeente biedt om zorg te dragen voor een vlot verloop van de behandeling van de aanvraag voor een omgevingsvergunning.' Dit komt neer op een interne procedure zonder externe verbindende rechtsgevolgen. De praktijk is anders.

Met betrekking tot het juridische kader wordt verwezen naar voorgaande alinea's

Met betrekking tot het argument dat een planbeoordeling wordt uitgevoerd als onderdeel van een overheidstaak, en daarom niet kan worden aangemerkt als een economische activiteit van een overheidsbedrijf, waardoor de gedragsregels niet van toepassing zijn:

Het wordt opgemerkt dat, aangezien een planbeoordeling nu de vorm van een rapport heeft aangenomen, de medewerkers van team Beheer en Beleid feitelijk onderzoek (economische activiteit) verrichten, waardoor functies samenvloeien en er strijd ontstaat met de gedragsregels in de Mededingingswet. Het feit dat een overheidsinstantie niet aan een planbeoordeling verdient, is niet relevant voor de vraag of zij economische activiteiten verricht

Het beoordelen van rapporten en bepalen of meer onderzoek nodig is, is een specifieke bevoegdheid van het bestuursorgaan (naar het oordeel van). Het opstellen van planbeoordelingen, die ten grondslag liggen aan de afgifte van omgevingsvergunningen, is dat echter niet. Dit staat gelijk aan een rapport dat door elke marktpartij opgesteld kan worden. De integrale kosten hiervoor worden niet doorberekend, want de gemeente Rotterdam biedt dit kosteloos aan.

Met betrekking tot het argument dat er sprake is van een markt waarop ook de gemeente Rotterdam mag concurreren:

Het feit dat gemeenten mogen concurreren wordt niet door mijn cliënte betwist. Gesteld wordt dat de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid niet worden nageleefd, waardoor de ar-

cheologische dienst van de gemeente Rotterdam wordt bevoordeeld ten opzichte van directe concurrenten.

Opgemerkt wordt dat het team Beheer en Beleid eveneens bureauonderzoeken uitvoert en daardoor als marktpartij optreedt. Objectief is dus vast te stellen dat team Onderzoek en Rapportage niet alle 'onderzoeken' verricht.

Met betrekking tot uw stelling dat er geen sprake is van bevoordeling:

Cliënt stelt tegenover uw standpunt, dat de bevoordeling door de afdeling Vergunningen op niets is gebaseerd, dat hiervoor objectieve gegevens aanwezig zijn. In de memo werd onderstaande e-mail bijgevoegd.

Beste heer, dame,

Bij de aanvraag van een omgevingsvergunning voor de Hooglandstraat 180-182 is gevraagd om het plan voor dit werk aan jullie (Archeologie Rotterdam BOOR) voor te leggen. Wij hebben voornemens om in opdracht van Woonstad Rotterdam halverwege februari 2023 de funderingen te herstellen aan de Hooglandstraat 180—182. De woning bestaat uit een souterrain waarvan wij over het algemeen de begane grond vloer gaan verwijderen, 25 cm gaan ontgraven, palen gaan schroeven(schroefinjectiepalen) en vervolgens een constructievloer gaan storten. Bijgaand treft u een projectplan waar de werkzaamheden uitgebreid zijn beschreven. Verder bijgevoegd werktekeningen, bouwkundige -en constructieve tekeningen. Graag hoor ik of dit voldoende is om een besluit te kunnen nemen. Mocht u vragen hebben dan horen wij dat graag.

Daarnaast is cliënte duidelijk geworden dat de bevoordeling niet alleen plaats tussen de afdeling Vergunningen en de afdeling Archeologie. Team Beheer en Beleid bevoordeelt team Onderzoek en Rapportage in publiekrechtelijke besluiten en door direct (telefonisch) contact met initiatiefnemers. Dat deze bevoordeling mogelijk is, wekt bij cliënte grote verbazing. Juist om dergelijke marktversturende praktijken te voorkomen, heeft de wetgever gedragsregels opgesteld.

Verder vindt bevoordeling plaats op de website van Archeologie Rotterdam. Op de website wordt geen duidelijk onderscheid gemaakt tussen de publiekrechtelijke bevoegdheden en het overheidsbedrijf. Voor informatie over archeologie wordt verwezen naar het algemeen e-mailadres archeologie@rotterdam.nl. Daar valt zowel team Beheer en Beleid als team Onderzoek en Rapportage onder. Intern, in een zelfstandig gebouw, is men dus in een vroeg stadium op de hoogte van welke projecten er te verwachten zijn. Daarnaast valt op de website te lezen dat het contactpersoon dat een publiekrechtelijk besluit heeft genomen, de initiatiefnemer kan adviseren over de uitvoering van het onderzoek. Wat die advisering in de praktijk inhoudt, is cliënte inmiddels duidelijk geworden, waardoor de daaropvolgende zin slechts een formaliteit is en geen garantie biedt dat bevoordeling daadwerkelijk wordt voorkomen.

Dit verklaart waarom de gemeente Rotterdam een marktdominantie van 73-100% heeft en waarom cliënte daardoor schade lijdt.

Met betrekking tot het standpunt dat er geen sprake is van functievermenging vanwege de gangbare organisatie van een overheidsorgaan:

Ten aanzien van de opmerking dat de organisatiestructuur binnen de gemeente Rotterdam voor een overheidsorgaan normaal is, wordt opgemerkt dat als dezelfde personen in een overheidsorganisatie betrokken zijn bij zowel de publiekrechtelijke taken als de economische activiteiten, dit door art. 251 Mededingingswet (Mw) is verboden. Het is wellicht voor een normaal over-

heidsorgaan geen bijzonderheid, maar niet elk overheidsorgaan voert economische activiteiten uit op het gebied van archeologie.

Met betrekking tot het argument dat altijd integrale (marktconforme) kosten in rekening worden gebracht:

U brengt in dat de gemeente Rotterdam bij initiatiefnemers marktconforme kosten in rekening brengt. Integrale kosten zijn echter niet gelijkgesteld aan marktconforme prijzen (Rb. Rotterdam 29 augustus 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:6805, r.o. 5.6).

In het Besluit Markt en Overheid worden de integrale kosten toegelicht:

Voor het bepalen van de integrale kosten zijn alle kosten relevant die samenhangen met het verrichten van een economische activiteit. In dit besluit wordt een drietal categorieën onderscheiden, namelijk operationele kosten, afschrijvings- en onderhoudskosten en vermogenskosten.

Operationele kosten zijn de meest «zichtbare» kosten die direct of indirect met de uitvoering van de activiteiten te maken hebben. Zij bestaan in elk geval uit personeelskosten (het loon en andere kosten van de personen die betrokken zijn bij de uitvoering van de economische activiteit, zowel direct als indirect), huisvestingskosten (de kosten voor het gebruik van (delen van) gebouwen, bijvoorbeeld gemeten en berekend op basis van de gebruikte vierkante meters), automatiseringskosten [denk daarbij aan IT-ondersteuning, inzet apparatuur], materiële kosten (bijvoorbeeld de kosten van de koffie die in de koffi corner wordt gebruikt voor het zetten van koffie) en, al dan niet overlappend met de voorgaande kostensoorten, overheadkosten. Ook verzekerings- en energiekosten behoren, wanneer hier kosten voor worden gemaakt en verband houden met de economische activiteit, tot deze categorie.

Afschrijvings- en onderhoudskosten vormen de minder «zichtbare» kosten van activa die nodig zijn voor de uitvoering van een economische activiteit, die het gevolg zijn van de toerekening van eerdere investeringsuitgaven als lasten aan de jaren waarin deze activa gebruikt (zullen) worden. Vermogenskosten betreffen eveneens minder «zichtbare» kosten, met name voor wat betreft het eigen vermogen, vanwege bijvoorbeeld het effect op de rentebaten bij het inzetten van reserves (eigen vermogen). Zonder vermogen is het echter niet mogelijk een economische activiteit uit te voeren en kosten hiervoor dienen dan ook te worden meegenomen in de integrale kostenberekening. Voor de bepaling van de vermogenskosten dient een overheid jaarlijks de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet als uitgangspunt te nemen (Staatsblad 2012, 255, p. 8-9, 21).

Daarnaast heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) bepaald dat art. 25i, eerste lid, van de Mw en art. 5, eerste lid, van het hierboven aangehaalde besluit geen uitputtende lijst van kosten vaststellen die in de kostendoorberekening moeten worden opgenomen. Dit betekent dat, binnen de grenzen van het rechtszekerheidsbeginsel, ook andere kosten in de berekening kunnen worden meegenomen voor zover deze in de omstandigheden van het geval relevant zijn (CBB 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507, r.o.12).

Met betrekking tot het standpunt dat er geen sprake is van schending van een objectief bepaalbaar vrij mededingingsregime, omdat marktconforme kosten in rekening worden gebracht:

De objectiviteit waaruit misbruik aannemelijk is, wordt aan de hand van de vele casussen en bescheiden zonder meer duidelijk. Het niet doorberekenen van integrale kosten is slechts een aspect van de benadeling die cliënte ondervindt. Bij adequaat onderzoek was dit bij de gemeente ook duidelijk geworden.

Met betrekking tot de stelling dat de werkzaamheden voor buurgemeenten zich beperken tot advieswerk:

Vanzelfsprekend zijn de randgemeenten zelf verantwoordelijk. Wel kan afgevraagd worden of deze gemeenten zitten te wachten om meegetrokken te worden in een procedure, waarbij zij mogelijk de schade weer op de gemeente Rotterdam gaan verhalen.

Daarnaast gaat het ook in deze gemeentes niet om de vraag of onderzoek nodig is, want dat staat gewoon in de bestemmingsplannen. Het gaat voor hen eerder om de vraag wat voor onderzoek nodig is. Daar zou het advies vanuit de gemeente Rotterdam zich op moeten richten.

Voorbeelden

Met betrekking tot de eerste voorbeeldcasus, waarin een initiatiefnemer werd verzocht het overheidsbedrijf te betrekken bij een toevalsvondst:

Een archeologische begeleiding wordt door de wetgever onder meer als volgt gezien:

De gemeente kan de vergunning ook verlenen onder de beperking dat er tijdens de bouw of aanleg door een deskundig archeoloog wordt «meegekeken» met de bodemverstoring: archeologische begeleiding dus (Kamerstukken II 2003/04, 29 259, nr. 3, p. 9).

Het voorschrift [begeleiding], bedoeld in het derde lid, onder c, is van groot praktisch belang, bijvoorbeeld voor de situatie dat het als gevolg van fysieke belemmeringen niet mogelijk is om adequaat vooronderzoek te doen, terwijl er wel archeologische verwachtingen zijn. Daarnaast kan het zijn diensten bewijzen in een situatie dat op grond van de beschikbare archeologische informatie tot de conclusie moet worden gekomen dat het doen van een opgraving niet (meer) nodig is, maar men toch graag het «zekere voor het onzekere» wil nemen (Kamerstukken II 2003/04, 29 259, nr. 3, p. 44).

Beide waren van toepassing op de casus Bergse Linker Rottekade 450: fysieke belemmeringen die adequaat vooronderzoek niet mogelijk maakte, terwijl er wel archeologische verwachtingen zijn. Het advies is dan om mee te kijken en het zekere voor het onzekere te nemen. Cliënte noemt dit een begeleiding. De gemeente wil ook een begeleiding, maar noemde het vervolgens een toevalsvondst zodat cliënte in elk geval het onderzoek niet meer kon uitvoeren.

Art. 5.10 lid 1 Erfgoedwet verplicht gemeenten helemaal niet om archeologische toevalsvondsten te onderzoeken. Dit wordt dan een verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid. De gemeente kan wel een rol spelen om partijen bij elkaar te brengen. Zij weet tenslotte hoe een vondst bij de Rijksoverheid gemeld dient te worden. Daarnaast is hier geen sprake van een toevalsvondst; er bestaat immers een grote kans dat oude muurresten aangetroffen worden en zoals de gemeente Rotterdam het zelf verwoord:

"Aangezien het in dit specifieke geval welhaast zeker is dat er muurresten en dergelijke zullen worden gevonden en het lastig is voor een niet deskundige om een beoordeling te maken van de ouderdom van de aangetroffen resten, kijken wij graag mee tijdens het ontgraven van de kelderbak en het zwembad."

Hoewel de gemeente Rotterdam het eerder ziet als een zorgtaak, wordt hier de facto besloten tot het uitvoeren van een archeologische begeleiding die de gemeente zelf zal gaan uitvoeren. Hierdoor wordt cliënte de kans ontnomen om de werkzaamheden zelf te begeleiden.

Andere teksten van de gemeente over art. 5.10 lid 1 Erfgoedwet laat overigens de uitvoering door hen buiten beschouwing waardoor van een standaardtekst geen sprake is Zie bijvoorbeeld AS22/05879-22/0012005:

Beoordeling

De plannen geven geen aanleiding tot archeologisch vooronderzoek (bureauonderzoek en/of inventariserend veldonderzoek) op de planlocatie. De locatie kan voor de voorgenomen ontwikkeling worden vrijgegeven zonder archeologische bemoeienis. Er dient wel altijd rekening gehouden te worden met zogenaamde toevalsvondsten. Hiervan dient men op basis van de Erfgoedwet 2016, art. 5.10 de bevoegde overheid (de gemeente Rotterdam, voor deze Archeologie Rotterdam) te informeren.

Met betrekking tot de tweede voorbeeldcasus, waarbij het overheidsbedrijf geen integrale kosten doorberekende:

De integrale kosten worden in deze casus niet correct doorberekend. De integrale kosten bereken je niet door te kijken naar het aantal uren dat iemand nodig heeft voor een rapportage. Men kan zich afvragen in hoeverre de rapportkosten nauwkeurig kunnen worden ingeschat wanneer de duur van het onderzoek en de exacte bevindingen in de bodem nog onbekend zijn. De aard van archeologisch onderzoek brengt mee, dat men op voorhand niet kan weten wat er precies in de bodem aangetroffen wordt. Een evaluatiefase is bedoeld om die onzekerheid nader vorm te geven door de uitwerking van de opgraving te plannen en eventueel opnieuw te begroten. Bepaalde kosten kunnen dus niet op voorhand worden berekend. Het feit dat specialistisch onderzoek en rapportage zijn gemaximaliseerd geeft aan dat u hier geen rekening mee houdt in de begroting. Stel dat er vier beerputten aanwezig waren, dan kon u op geen enkele privaatrechtelijke manier de kosten voor de uitwerking/rapportage hiervan aan de opdrachtgever berekenen. Marktconforme prijzen zijn, zoals eerder benoemd, niet relevant voor het berekenen van de integrale kosten. De integrale kosten worden op een andere manier berekend en is afhankelijk van andere factoren.

Clïente merkt tot slot op dat de gemeente Rotterdam blijkbaar in staat is om in de periode 2019-2023 een marktaandeel van 73-100% te behalen, terwijl de berekende marktconforme tarieven hoger zijn dan die van andere marktpartijen.

BOORIS

Met betrekking tot het standpunt dat BOORIS openbare bronnen gebruikt die voor iedereen te raadplegen zijn en daarom niet onder de mededingingsregels valt:

U maakt gebruik van gegevens die verkregen zijn in de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid (opstellen waarde- en verwachtingenkaarten, beoordelen rapporten) voor economische activiteiten: de planbeoordeling en overige onderzoeken.

U bevestigt de publiekrechtelijke taak in uw reactie:

"De reden dat BOORIS geen openbaar toegankelijk systeem is, komt doordat ook alle planbeoordelingen in het kader van vergunningaanvragen zijn opgenomen, hierdoor bevat het systeem wel privacygevoelige informatie (o.a. directe links naar projectdossiers)."

Volgens de gedragsregel van de Mededingingswet mag team Onderzoek en Rapportage geen toegang hebben tot BOORIS, tenzij u dat aan clïente ook beschikbaar stelt. Zij zullen net als

derden aan Archeologie Rotterdam informatie moeten vragen. Uit uw reactie blijkt dat dit onderscheid niet wordt gemaakt. Het is zeer aannemelijk dat ambtenaren van het team Onderzoek en Rapportage directe toegang hebben tot de gegevens in BOORIS, dat blijkbaar ook gevoelige documenten bevat die in het kader van de publiekrechtelijke bevoegdheden zijn opgesteld.

Schadevergoeding

Met betrekking tot het argument dat 15% marktaandeel niet aannemelijk is:

De vestiging van cliënte in Zaanwijk heeft een objectief marktaandeel van 20% in de Zaanstreek. Het is aannemelijk dat als een bedrijf in een regio gevestigd is, zij een hoger marktaandeel heeft dan partijen die niet in de regio gevestigd zijn. Uiteraard zal de schade, die aanzienlijk hoger kan uitvallen dan eerder beraamd, nader worden onderbouwd zodra u de aansprakelijkheid erkent.

Conclusie

Kort samengevat, is uw stelling dat u als gemeente verantwoordelijk bent voor het archeologische erfgoed en voldoende kennis in huis heeft om aan deze taak te voldoen. U wilt voorkomen dat mogelijke verstoorders van het archeologische erfgoed de volledige kosten dragen. Indien u als gemeente zelf onderzoek uitvoert, worden kosten berekend die gebaseerd zijn op de verwachte inspanning en zijn die kosten volgens u marktconform. U beschouwt planbeoordelingen als uw wettelijke taak en wijst hiervoor naar de juridische kaders in relevante wet- en regelgeving. Dat personen zowel betrokken zijn bij de publiekrechtelijke uitvoering van taken alsmede bij economische activiteiten, is het gevolg van de structuur van het bestuursorgaan. Gedragsregels die de schijn van belangenverstrengeling moeten voorkomen, worden door u niet overtreden.

Mijn cliënte is en blijft het niet eens met uw standpunt. In tegenstelling tot wat u beweert, is de planbeoordeling geen publiekrechtelijke taak. De gemeenteraad heeft verordend dat de aanvrager een rapport indient bij de aanvraag van de omgevingsvergunning. Ook u als gemeente bent gehouden aan de letterlijke tekst in de verordening. De planbeoordeling kan gelijkgesteld worden aan een rapport dat de aanvraag van de omgevingsvergunning vergezelt. Als gevolg van uw handelen cq nalaten heeft u een monopoliepositie verkregen. De aanvrager van de omgevingsvergunning heeft bovendien geen kosten voor het opstellen hiervan, terwijl landelijk is bepaald dat de kosten ter voorkoming van de schade aan het archeologisch erfgoed voor rekening van de aanvrager zijn. De gemeenteraad heeft dit principe ook verordend.

De juridische gronden die u aanvoert voor de planbeoordeling bieden in sommige gevallen wel enige beleidsruimte. Wettelijk is echter bepaald dat deze beleidsruimte in bestemmingsregels moet zijn vastgelegd, wat in de gemeente Rotterdam en omliggende gemeenten niet het geval is. Verder hanteert u een niet-toegestane definitie voor het berekenen van de integrale kosten van economische activiteiten. Daarnaast zijn ambtenaren die publiekrechtelijke taken uitvoeren betrokken bij economische activiteiten en bevoordeelt u uw eigen overheidsbedrijf. Ook bestaat er geen gelijk speelveld wat betreft toegang tot informatie die is verkregen in het kader van publiekrechtelijke taken. Waar cliënte geen directe toegang heeft tot deze informatie, kan de gemeente deze wel benutten in haar economische activiteiten. Het willens en wetens schenden van de regels draagt bij aan het behoud van de monopoliepositie die u onrechtmatig heeft op het gebied van archeologisch onderzoek. Hierdoor heeft cliënte aanzienlijke schade geleden en zal zij verdere schade lijden indien de onrechtmatige handelingen niet onmiddellijk worden gestaakt.

De sommatie van cliënte blijft dus dezelfde:

Namens cliënte stel ik u voor nu alsdan aansprakelijk voor geleden en nog te lijden schade.



U wordt hierbij gevorderd om per direct uw onrechtmatige gedragingen te staken en gestaakt te houden en dus concreet met uw planbeoordelingen te stoppen waarvan de onjuiste werkwijze daarvan in deze brief en bijgevoegde memo is toegelicht, alsmede niet langer onrechtmatig te concurreren met mijn cliënte en uw werkwijze daarop aan te passen.

Ik verzoek u mij binnen 14 dagen na heden te bevestigen dat u aan deze sommatie voldoet cq daaraan heeft voldaan alsmede verzoek ik u mij binnen 4 weken na heden van een inhoudelijke reactie te voorzien over hoe u uw algehele werkwijze heeft aangepast alsmede sommeer ik u binnen die termijn van 4 weken schriftelijk aansprakelijkheid te erkennen voor een financiële schadevergoeding.

Als u niet binnen de voornoemde perioden aan in deze brief genoemde eisen voldoet, heeft cliënte het recht om verdere rechtsmiddelen aan te wenden, inclusief het eisen van verdere vergoedingen, voorlopige voorzieningen en een bevel dat u gerechtskosten en juridische kosten betaalt.

Met vriendelijke groet,

DAS