

Rechtbank Haarlem
Voorzieningenrechter Civiel
zitting d.d. 10 februari 2010
om 13.30 uur

Pleitnotities mr. A.H.J. van den Biesen

in de zaak

1. **Vereniging Marinehospitaal terrein**, gevestigd te Overveen, gemeente Bloemendaal;
2. **Landelijke Bomenstichting**, gevestigd te Utrecht;
3. **Stichting Bescherming Erfgoed Zuid-Kennemerland**, gevestigd te Heemstede,

eiseressen,

advocaat:

mr. A.H.J. van den Biesen

tegen

1. De **GEMEENTE BLOEMENDAAL**,
gedaagde,
advocaat: mr. J. Elte
 2. De besloten vennootschap **AM**,
gedaagde,
advocaat: mr. J.R. van Angeren
 3. **BAM Vastgoed B.V.**,
gedaagde,
advocaat: mr. J.R. van Angeren
-

Achtergrond

1. Er is al behoorlijk wat geprocedeerd over het Marinehospitaal terrein, in het bijzonder over de diverse bestuursrechtelijke kwesties die hebben gespeeld op weg naar de ontwikkeling van het project dat op dit terrein zou moeten verrijzen. Die bestuursrechtelijke procedures zijn uiteindelijk allemaal geëindigd en wat in die procedures aan de orde was vormt dan ook, als zodanig, geen onderwerp van debat in dit kort geding.
2. In deze zaak gaat het in het bijzonder om de vraag of de bestuursrechtelijke toestemming voor het voor goed verwijderen van wat nog altijd een prachtig park met eeuwenoude kwaliteiten is, welke toestemming middels een kapvergunning is verleend, gebruikt mag worden. Daarbij is ook de vraag aan de orde of de nadere toestemming die voor dat gebruik benodigd was en die de gemeente inmiddels ook heeft verleend, eveneens benut zou mogen worden en of die toestemming wel gegeven had mogen worden. De kapvergunning staat zelf niet ter discussie, maar wel de vraag of deze nu al mag worden gebruikt, of het gebruik daarvan niet aan het in vervulling gaan van externe voorwaarden dient te worden gekoppeld, en meer op de zeer korte/acute termijn bezien of nog vóór het komende broedseizoen, dat op 15 maart aanstaande begint en per 15 juli aanstaande zal eindigen, met de kap mag worden begonnen.
3. Dat het hier gaat om een zeer bijzonder park, met prachtige, soms eeuwenoude bomen met een bijzonder Bomenlaantje en met bijzondere omvangrijke bomen wordt goed duidelijk uit de informatie die eiseressen in verband met de bestuursrechtelijke procedures hanteerden (zie productie 9). In dat informatiebundeltje bevindt zich ook een zeer lovende bespreking van het geheel, afkomstig van architect Soeters, die bekend staat om zijn vaak gedurfde en vernieuwende visie op architectuur, maar evenzeer om zijn respect voor bestaande cultuur- en natuurwaarden bij het ontwikkelen van nieuwe projecten. Verder kan nog worden verwezen naar de luchtfoto (productie 10) waaruit blijkt van de aard en kwaliteit van de honderden bomen, waarover het in deze zaak gaat.
4. Uit het veelkleurige overzicht blijkt ook hoe verschrikkelijk weinig van al die bomen in het nieuwe plan nog maar over zal blijven (zie in het bijzonder de pagina's 12 en 13 van productie 9). Ook de kapkaart laat dat goed zien.
5. Eiseressen willen koste wat het kost voorkomen dat deze grootschalige bomenkap binnen een paar weken wordt uitgevoerd, nu de kans groot is dat dat op zijn minst één jaar te vroeg zal blijken te zijn, waarbij het zelfs lang niet uitgesloten is dat er

van het realiseren van dit bouwplan überhaupt niets terecht zal komen vanwege het voortduren van de financiële crisis en het daarbij behorende voortduren van het volledig ingeklapt zijn van de woningmarkt, in het bijzonder in het duurdere segment.

6. Uit recente cijfers van de ontwikkelingen op de koopwoningenmarkt in het afgelopen jaar blijkt van een dramatische teruggang (welke teruggang overigens ook zonder nadere stukken als van algemene bekendheid mag worden beschouwd). In elk geval staat vast dat de verkoop van de duurdere woningen in Nederland in de loop van 2009 ongeveer gehalveerd is in vergelijking tot 2008, terwijl in 2008 al de gevolgen van de kredietcrisis merkbaar werden (zie productie 11). Een verzwarende factor hierbij is dat het hier gaat om de aankoop van woningen in het duurdere segment, te weten woningen en appartementen die tussen de € 500.000 en ruim € 1 miljoen moeten kosten. Immers, in de regel gaat het daarbij niet om starters op de woningmarkt, maar om mensen die al een huis hebben, dat meestal ook niet in de goedkope sector zal vallen. Het is eveneens van algemene bekendheid, dat op dit moment juist die doorstroming moeizaam plaatsvindt omdat een koper van een nieuw appartement toch steeds zal moeten wachten op het verkocht-zijn van zijn/haar bestaande woning.
7. De gemeente Bloemendaal heeft deze analyse van de woningmarkt ook gemaakt en heeft de volgende opinie over het Project Tetrode:

“De appartementen worden gerealiseerd in het midden en hogere segment. De markt voor deze appartementen is nagenoeg stilgevallen.”
(productie 12, pag. 5).

De gemeente geeft deze analyse ter ondersteuning van een verzoek tot subsidieverlening dat de gemeente ten behoeve van de projectontwikkelaar heeft gedaan en dat voorziet in een financiële steun van de Rijksoverheid van € 6.500 per appartement. Dat die analyse van de gemeente dus – per definitie – wordt gedeeld door de projectontwikkelaar blijkt niet alleen uit het aanvraagformulier voor de subsidie, maar ook uit het feit dat de ontwikkelaar, klaarblijkelijk in overleg met de gemeente, een lichte aanpassing in het plan heeft aangebracht teneinde beter voor deze subsidie in aanmerking te kunnen komen.
8. Op zichzelf is het al wat apart dat hier een beroep op deze regeling is gedaan. Immers, een mogelijkheid om de koopprijs van een appartement dat tussen de € 500.000 en ruim € 1 miljoen kost met € 6.500 te verlagen, kan in redelijkheid niet worden gezien als een bijdrage aan het vlottrekken van een door de crisis vastgelopen project. Ook overigens is het wel wat apart dat een ontwikkelaar die alleen al voor de aankoop van de grond – als het ooit tot overdracht komt - € 15

miljoen moet betalen en die dan vervolgens bezig gaat een project van vele tientallen miljoenen te ontwikkelen, dat die zich daarbij laat steunen door een door de Nederlandse belastingbetaler op te brengen bijdrage van omstreeks € 4 ton. Maar de vragen die hierbij rijzen, hoeven in deze zaak niet te worden beantwoord: inmiddels zijn hierover in de gemeenteraad van Bloemendaal al schriftelijke vragen gesteld en is de zaak ook bij het subsidieverlenende ministerie aangekaart. Voor onze zaak is uitsluitend van belang dat zowel de gemeente als de projectontwikkelaar in deze subsidieaanvraag van 27 oktober 2009 te kennen hebben gegeven dat de “markt voor deze appartementen [...] nagenoeg [is] stilgevallen” en aan het ministerie ook hebben laten weten dat men twee dagen later, op 29 oktober 2009, voornemens was het woningbouwproject vlot te gaan trekken. Dat laatste lijkt zeker op het eerste gezicht een vrij onaannemelijke mededeling, omdat het bij de ontwikkelaar steeds vast beleid is geweest de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedures af te wachten alvorens daadwerkelijk aan het project te gaan werken. Welnu, in dit verband werd op 27 januari 2010 door de Afdeling bestuursrechtspraak de laatste uitspraak gedaan met betrekking tot de gebouwen A, C en D, waarmee voor de ontwikkelaar het bestuursrechtelijke licht op groen kwam te staan. Op diezelfde datum ging het aanvullende verzoek aan Wethouder Kokke de deur uit teneinde de benodigde toestemming van de gemeente te verkrijgen (productie 7).

9. Overigens lijkt het er op dat de subsidiekwestie in feite de verklaring is voor de plotselinge haast die men nu met de bomenkap wil gaan maken, omdat immers aan deze subsidie de voorwaarde is verbonden dat vóór 1 juli 2010 met het “vlot te trekken” bouwproject dient te zijn begonnen. Wethouder Kokke heeft dit ook uitdrukkelijk als argument gehanteerd in het raadsdebat dat vorige week over deze kwestie heeft plaatsgevonden.
10. In de inleidende dagvaarding is al uitvoerig stilgestaan bij de voorwaarden die in de Samenwerkingsovereenkomst (productie 4) resp. het Tweede Addendum (productie 5) zijn gesteld en waaruit blijkt dat de ontwikkelaar met de feitelijke bouw zou beginnen bij het “onvoorwaardelijk” verkocht-zijn van 70% van de koopappartementen. In de Samenwerkingsovereenkomst is een soortgelijke voorwaarde opgenomen, maar dan met een 50%-mijlpaal voor de eigendomsoverdracht van het terrein. Het is ook precies naar deze voorwaarden dat wordt verwezen in de brief van 27 januari 2010, waarbij de ontwikkelaar toestemming vraagt om met de kap te mogen beginnen (productie 7). Welnu, het is volledig onaannemelijk dat deze mijlpalen zullen worden gerealiseerd op de door de ontwikkelaar genoemde data, net zo goed als het volledig onaannemelijk is – in

een volledig stilgevalven appartementenmarkt – dat ook maar één van deze twee “mijlpalen” nog tijdens het broedseizoen zal worden bereikt.

11. Het belang van die 50 % zit overigens ook bij de kopers van een appartement omdat de kopers krachtens de verkoopvoorwaarden moeten gaan meebetalen aan de grondkosten zodra de grond aan de ontwikkelaar is overgedragen. De grondkosten bedragen per appartement steeds omstreeks 40% van de totale koopsom en over dat bedrag moet een koper dan 5,5 % rente per jaar gaan voldoen. Het spreekt voor zich dat een dergelijke voorwaarde aan aspirant-kopers niet te verkopen is als die voorwaarde ook al zou intreden als minder dan 50% van de woningen is verkocht, omdat de termijn waarover die rente dan verschuldigd is wel erg onbepaald lang zal worden.
12. En ook die 70% mijlpaal is niet toevallig gekozen nu het sinds geruime tijd een staande *policy* van de Koninklijke BAM Groep is bij in eigen beheer ontwikkelde projecten pas met de bouw te starten indien 70 % zeker is verkocht. Daar ligt klaarblijkelijk een redenering aan ten grondslag dat met een lager percentage de kans op het lijden van verlies op het project onaanvaardbaar groot wordt voor de ontwikkelaar. Die *policy* zal de komende tijd zeker niet veranderen nu de tak projectontwikkeling van de Koninklijke het enige bedrijfsonderdeel is dat met forse verliezen te kampen heeft. Niet vergeten mag worden dat ten behoeve van de moedermaatschappij in de Samenwerkingsovereenkomst is gestipuleerd, dat de Koninklijke BAM Groep ook bij het bereiken van de 70%-mijlpaal nog de uiteindelijke toestemming voor het beginnen met de bouw zal hebben te geven.
13. Overigens liet directeur Schaafsma van AM/BAM in het Haarlems Dagblad van afgelopen zaterdag weten:

“... Wij twijfelen er niet aan of het grootste deel van dit project gaat lukken. Als de 70 procent niet is gehaald, stellen we misschien de plannen iets bij. In elk geval beginnen we met dat deel van het project waar de meeste interesse voor is.”

Niet alleen spreekt hier nu juist wél twijfel uit, maar bovendien lijkt Schaafsma als optie open te houden dat de bouwplannen te zijner tijd zullen worden bijgesteld. Welnu, de kapvergunning is met zo veel woorden en zeer uitdrukkelijk gegeven voor precies dat plan, dat destijds op tafel lag en niet voor een ander plan (producties 13 en 14). Als het plan wordt opengebroken, kan dit niet anders dan betekenen dan dat de bijbehorende vrijstelling en kapvergunning ook worden opengebroken, hetgeen niet alleen een nieuwe situatie creëert, maar ook een redelijk waarschijnlijke nieuwe situatie en des te meer een reden om geen onomkeerbare dingen toe te laten in dit stadium.

14. Bij dit alles moet worden bedacht, dat deze hele kwestie – het mogelijk niet-doorgaan van het gehele project ten gevolge van het inklappen van de woningmarkt – al in de zomer van 2009, na de eerste uitspraken van de Raad van State, door eiseres sub 1 aan de orde is gesteld bij de gemeente. Die kwestie haalde zelfs het Weekblad van Kennemerland Zuid, tegenover welk weekblad de verantwoordelijke wethouder Kokke liet weten:

“Natuurlijk wordt er niet begonnen met zaken die niet meer kunnen worden teruggedraaid voordat zeker is dat de bouw doorgaat. Dat is onze stijl en dat heb ik de voorzitter van de VMHT ook al toegezegd.”
(productie 6)

De inhoud van deze boodschap is niet voor twee uitleggen vatbaar en ook mag er zonder meer van worden uitgegaan dat Wethouder Kokke met de verwijzing naar “onze manieren” niet heeft bedoeld te verwijzen naar de manieren die bijvoorbeeld binnen de familie Kokke gebruikelijk zijn, maar uitdrukkelijk naar de manieren van de Gemeente Bloemendaal. Het is overigens ook een toezegging die zo goed past bij de materie, waarover het in deze zaak gaat: niet beginnen met zaken die niet meer kunnen worden teruggedraaid voordat zeker is dat de bouw doorgaat. En dat is ook precies de inzet van deze procedure.

Overwegingen van juridische aard

15. Eiseressen gaan ervan uit dat gedaagden niet zullen betogen dat zij niet-ontvankelijk zouden zijn in het door hen gevorderde en dat gedaagden evenmin zullen weerspreken dat hier sprake is van een spoedeisende situatie. Vooralsnog blijven deze kwesties in deze eerste termijn dan ook rusten.
16. In de dagvaarding is de kwestie aan de orde gesteld omtrent de tenaamstelling van de kapvergunning (gedaagde sub 3) in combinatie met het gegeven dat beide gedaagden in december 2009 uitvoerig melding hebben gemaakt van hun fusie en ook op hun websites en e-mailberichten vermelden dat AM en BAM Vastgoed hun krachten hebben gebundeld en met ingang van 1 januari 2010 één bedrijf vormen, te weten AM. Aangenomen moet worden dat het dus ook AM is die de uitvoerende partij is en die daadwerkelijk en feitelijk gebruik zal (doen) maken van de kapvergunning en van de andere vergunningen c.q. vrijstellingen die in deze zaak zijn verleend. De APV van de Gemeente Bloemendaal is zeer duidelijk: een kapvergunning is een persoonsgebonden vergunning en deze is niet overdraagbaar. Dit betekent, dat AM een nieuwe vergunning zal hebben aan te vragen en dat deze open zal staan voor bezwaar en eventueel beroep. Het maken van bezwaar schorst

de werking van een kapvergunning volgens dezelfde APV. Uiteraard is in dat geval voor het maken van bezwaar te meer reden omdat – zoals gedaagden met recht hebben opgemerkt – de markt voor appartementen is stilgevallen. Hoe dit ook zij, alleen al deze fusie staat eraan in de weg dat gedaagden 2 en/of 3 gebruikmaken van deze kapvergunning.

17. Verder is in de dagvaarding ook de kwestie van de in de vergunning geregelde herplant-verplichting aan de orde gesteld. Ook dit levert een omstandigheid op, op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat aan de vergunning de betekenis is komen te ontvallen, omdat er feitelijk geen sprake van zal kunnen zijn dat aan deze herplantplicht voor 1 april 2010 voldaan zal zijn. Uiteraard zullen eiseressen gelet op deze omstandigheid om intrekking van de vergunning vragen en uiteraard zal – indien het inderdaad de bedoeling is de kapvergunning “levend” te houden – de vergunning moeten worden gewijzigd. Welnu, wijziging/aanpassing/aanvulling van een vergunning op een substantieel punt is een beschikking, op welke beschikking de gebruikelijke regels van de APV en ook overigens van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn. Ook dit betekent dat er geen sprake kan zijn van het gebruikmaken van de bestaande kapvergunning vóór het begin van het broedseizoen van 15 maart aanstaande.
18. Vervolgens is er dan nog de vraag – in subsidiaire zin te behandelen – of het gebruikmaken van deze kapvergunning op dit moment niet als onrechtmatig jegens eiseressen dient te worden aangemerkt. Deze vraag dient langs de lijnen van het Vermeulen / Lekkerkerker-arrest te worden behandeld, welk arrest in de woorden van mr. J.H.A. van der Grinten nog altijd “een springlevend uitgangspunt” vormt (jurisprudentie Milieurecht, oktober 2007, aflevering 9, p.844 e.v.). Van der Grinten trad daarmee overigens in het voetspoor van Advocaat generaal mr. J. Spier die in 2006 in zijn cassatieadvies onder meer het volgende naar voren bracht:

“5.14 Het arrest Vermeulen/Lekkerkerker (13) – dat, in enigszins uitgewerkte vorm, nog steeds geldend recht is (14) – kan wat dat betreft de weg wijzen: de enkele omstandigheid dat een vergunning is verleend, waaraan de vergunninghouder zich houdt (vermoedelijk een zeldzaamheid), betekent niet dat hij is gevrijwaard tegen op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen. De reden daarvan is niet dat de burgerlijke rechter opnieuw gaat beoordelen of de vergunning terecht is verleend; dat is immers niet zijn taak, maar uitsluitend die van de bestuursrechter. Wél zal hij moeten beoordelen of het handelen overeenkomstig de vergunning in een concreet geval onrechtmatig is,

een vraag die de bestuursrechter nu juist niet kan beantwoorden.”(HR
22 december 2006, LJN: AZ1582)

19. Welnu, het behoeft geen betoog dat het gebruikmaken van deze kapvergunning ernstig afbreuk doet aan de doelstellingen die eiseressen krachtens hun statuten en hun feitelijke werkzaamheden nastreven. Zouden gedaagden het voornemen hebben gehad om zonder een kapvergunning tot de kap van deze bomen over te gaan dan zou dat (afgezien van een strafbaar feit) zonder meer onrechtmatig jegens eiseressen zijn geweest. Natuurlijk is die situatie door het verlenen van de kapvergunning anders komen te liggen, omdat daarbij immers ook de belangen van eiseressen zijn meegewogen. Dat meewegen van die belangen heeft zich echter niet uitgestrekt tot de vraag, waarover het in deze zaak gaat: is het gebruikmaken van deze kapvergunning op dit moment gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval al dan niet onrechtmatig jegens eiseressen.
20. Eiseressen menen dat juist het moment waarop van deze kapvergunning gebruik gemaakt zal gaan worden van grote betekenis is, vooral gelet op de grote mate van onzekerheid omtrent het dóórgaan van het gehele bouwplan in de vorm van het aangevraagde en vergunde project en juist ook omdat de onverhoedse haast die hier klaarblijkelijk ineens aan de orde is uitsluitend wordt bepaald door het broedseizoen of misschien in nog wel grotere mate door de omstandigheid dat een overheidssubsidie van € 4 ton in gevaar komt als men niet vóór 1 juli aanstaande kan beginnen. Met betrekking tot dit laatste geldt, dat dat hoe dan ook een volledig oneigenlijke reden zou opleveren, zodat dit aspect in het geheel geen gewicht in de schaal mag leggen; zelfs ook los van het feit dat er een gereede kans bestaat dat de bedoelde subsidie alsnog zal worden ingetrokken.
21. Blijft over de kwestie van het broedseizoen, welk broedseizoen niet zou kunnen worden afgewacht. Eiseressen bekijken deze kwestie hoe dan ook in het licht van de naar hun visie grote waarschijnlijkheid dat het gehele plan uiteindelijk – zeker in deze vorm – geen doorgang zal blijken te vinden, maar zijn ook bij een beschouwing van de korte termijn van oordeel dat die 4 maanden dat het broedseizoen duurt, zonder meer te verwaarlozen zijn, omdat nu eenmaal niet kan worden verwacht dat de “mijlpalen” die hier in het geding zijn, tijdens het broedseizoen of omstreeks het einde van het broedseizoen bereikt zullen worden.
22. Nu al overgaan tot kaalslag van een natuurjuweel terwijl in het geheel niet zeker is dat die kaalslag ooit zal fungeren voor het doel waarvoor de kapvergunning werd verleend is dan ook niet alleen feitelijk prematuur, maar – gelet op de door eiseressen behartigde belangen – jegens hen onrechtmatig.

23. In de destijds door de Haarlemse Jachtclub aanhangig gemaakte zaak over de Schoterbrug die de President van de Rechtbank Haarlem enige jaren geleden heeft beslist speelde een soortgelijke kwestie. In die zaak stond vast dat de Schoterbrug daadwerkelijk zou worden gebouwd. Desondanks beoogde de eisende partij het daartoe noodzakelijke kappen van de bomen tegen te houden. De President overwoog dat het vaststond dat de Gemeente een genoegzaam belang bij de kap van de bomen had, “te weten het algemeen belang [dat gediend] is met de komst van de Schoterbrug” (Voorz. Rechter Rb Haarlem, 9 augustus 2007, LJN: BB1551). Welnu, in deze zaak is het belang juist niet genoegzaam aangetoond nu in het geheel niet vaststaat dat het bouwproject überhaupt zal worden gerealiseerd en zeker niet dat dit op korte termijn –“kort” mede in relatie tot de 4 maanden van het broedseizoen – zal kunnen gaan gebeuren.

Conclusie

Eiseressen handhaven het door hen ingenomen standpunt onverkort: natuurlijk kan niet worden begonnen met zaken die niet meer kunnen worden teruggedraaid voordat zeker is dat de bouw doorgaat. Dat is onze stijl, zo zijn onze manieren.