

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 19 maart 2015

BEROEPSCHRIFT

uitwerkingsplan Kenniskwartier Noord (eerste uitwerking)

Namens de vereniging Vogelwerkgroep Amsterdam, gevestigd te Amsterdam, stel ik hierbij beroep in tegen:

1. het besluit van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam van 3 februari 2015, waarbij het uitwerkingsplan Kenniskwartier Noord (eerste uitwerking) is vastgesteld; en
2. het besluit van de directeur Omgevingsdienst Noordzeekanaalgebied van 4 februari 2015, waarbij deze namens burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam een omgevingsvergunning heeft verleend voor het kappen van 163 bomen, met inbegrip van het uitvoeren van handelingen als bedoeld in artikel 75, derde lid, van de Flora- en faunawet ten aanzien van beschermde soorten.

Bovengenoemde besluiten worden overeenkomstig het bepaalde in artikel 8.3, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening voor de mogelijkheid van beroep als één besluit aangemerkt.

De besluiten zijn bekendgemaakt in de Staatscourant van 18 februari 2015, nr. 4583. Hier is vermeld dat de besluiten met ingang van 19 februari 2015 gelijktijdig ter inzage liggen totdat de beroepstermijn verstreken is.

Beroepsgronden

Uitwerkingsplan Kenniskwartier Noord (eerste uitwerking)

Het onderhavige uitwerkingsplan is de eerste uitwerking van het bestemmingsplan Kenniskwartier Noord. Tegen dit bestemmingsplan heeft de vereniging beroep ingesteld, omdat bij de vaststelling van het plan onvoldoende rekening is gehouden met de in het plangebied aanwezige nesten van sperwer en boomvalk. Bij uitspraak van 15 oktober 2014, nr. 201400830/1/R1, is het beroep ongegrond verklaard. Uit de uitspraak volgt dat van belang wordt geacht dat overtreding van de verbodsbepalingen van de Flora- en faunawet

ten aanzien van het paar sperwers kan worden voorkomen door behoud van minimaal 50% van de korte zijde van de bosschage (gelegen aan de Parnassusweg) en een aantal andere maatregelen. In dit verband is in de uitspraak gewezen op het rapport "Sperwer en boomvalk in Kenniskwartier Noord te Amsterdam, mogelijke effecten van ontwikkelingen passend binnen het ontwerp bestemmingsplan" van Bureau Waardenburg van 3 oktober 2013. Ten tijde van de behandeling van het beroep was bekend dat de voormalige broedlocatie van de sperwer "als eerste in ontwikkeling zal gaan" en dat daartoe een kapvergunning en een verklaring van geen bedenkingen waren aangevraagd, zie pleitaantekeningen mr. N.J.M. de Munnik. Desalniettemin heeft uw Afdeling overwogen:

"Het plan kan zodanig worden uitgewerkt dat de in het rapport bedoelde bosschages behouden blijven."

Ook heeft uw Afdeling overwogen dat de uitvoering van de werkzaamheden in dat geval zodanig kan plaatsvinden dat verstoring van vaste rust- of verblijfplaatsen van de boomvalk en de sperwer wordt voorkomen. Een en ander leidde tot de volgende slotconclusie:

"Gelet op het voorgaande heeft de raad zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de Flora- en faunawet op voorhand niet aan de uitvoerbaarheid van het plan in de weg staat."

Zoals aangevoerd in de zienswijze van 3 december 2014 is het niet behoorlijk om vervolgens een uitwerkingsplan vast te stellen dat voorziet in het wegnemen van aanzienlijk meer bosschages dan waarvan uw Afdeling is uitgegaan. Evenmin is het behoorlijk om de aanvraag omgevingsvergunning voor het vellen van de 163 bomen en de aanvraag verklaring van geen bedenkingen met betrekking tot de sperwer door te zetten.

Verweerder stelt in de nota van beantwoording, kort weergegeven, dat uw Afdeling kennelijk geen aanleiding heeft gezien in zijn overwegingen te betrekken dat het de bedoeling is de locatie te ontwikkelen zonder acht te slaan op de in het rapport van Bureau Waardenburg aanbevolen maatregelen. Volgens verweerder brengt de conclusie van uw Afdeling dat het plan zodanig kan worden uitgewerkt dat de in het rapport bedoelde bosschages behouden blijven, geen plicht mee "het ook op die manier te doen".

Het is niet duidelijk waarop verweerder dit standpunt baseert. Verweerder stelt dat het "de keuze" van uw Afdeling is geweest om niet in te gaan op het uitwerkingsplan dat in voorbereiding was en op de kapaanvraag. In het kader van de uitwerking kan de vraag of het plan uitvoerbaar is, alsnog aan de orde worden gesteld, aldus verweerder.

Appellante ziet dit anders. Het gaat niet aan om een uitwerkingsplan vast te stellen dat voorzienbaar leidt tot een beroep waarin de uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan opnieuw aan de orde komt. In de uitspraak van 15 oktober 2014 is duidelijk aangegeven dat het bestemmingsplan uitvoerbaar is als overtreding van de verbodsbepalingen ten aanzien van de sperwer wordt voorkomen door de in de uitspraak aangegeven maatregelen. Het getuigt van minachting voor de rechter als vervolgens een uitwerkingsplan wordt vastgesteld dat niet voorziet in deze maatregelen. Het standpunt van verweerder dat de vraag of het plan

uitvoerbaar is bij de toetsing van het uitwerkingsplan alsnog aan de orde kan worden gesteld, is een miskennis van het gezag van gewijsde van de uitspraak van 15 oktober 2014. Bestuursorganen dienen gevolg te geven aan rechterlijke uitspraken die gezag van gewijsde hebben.

Vgl. ABRvS 17 januari 2007, nr. 200605378/1.

Appellante concludeert dan ook dat het onderhavige uitwerkingsplan is vastgesteld in strijd met het recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Verklaring van geen bedenkingen

De verklaring van geen bedenkingen is een besluit op grond van artikel 2.27, eerste lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en ingevolge artikel 1 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht uitgezonderd van beroep. De rechtmatigheid van het besluit kan echter worden getoetst in het kader van het beroep tegen het besluit inzake de omgevingsvergunning.

Hetgeen in het voorgaande is gesteld over de onverenigbaarheid van het uitwerkingsplan met de uitspraak van 15 oktober 2014 is evenzeer van toepassing op de verklaring van geen bedenkingen. Op grond van artikel 11 van de Flora- en faunawet is het verboden nesten, holen of andere voortplantings- of vaste rust- of verblijfplaatsen van dieren, behorende tot een beschermde inheemse diersoort, te beschadigen, te vernielen, uit te halen, weg te nemen of te verstoren. De staatssecretaris van Economische Zaken had gezien de uitspraak van 15 oktober 2014 moeten concluderen dat het project zodanig kan worden uitgevoerd dat overtreding van artikel 11 van de Flora- en faunawet ten aanzien van de sperwer kan worden voorkomen en de verklaring van geen bedenking moeten weigeren.

Uit bijlage 1 van de verklaring van geen bedenkingen blijkt dat de staatssecretaris van mening is dat ontheffing van het verbod van artikel 11 van de Flora- en faunawet kan worden verleend op grond van het belang genoemd in artikel 2, derde lid, aanhef en onder e en j, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten. Dit zijn dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard en voor het milieu wezenlijk gunstige effecten (e), en de uitvoering van werkzaamheden in het kader van ruimtelijke inrichting of ontwikkeling (j). Ontheffing op grond van deze belangen kan worden verleend, indien geen sprake is van verstoring van wezenlijke invloed. Volgens de staatssecretaris is er geen sprake van verstoring van wezenlijke invloed.

Appellante heeft er in haar zienswijze op gewezen dat dit betoog niet kan worden gevolgd, omdat het begrip “verstoring die van wezenlijke invloed is” niet van toepassing is op jaarrond beschermde nesten. Het verbod op het wegnemen van deze nesten is blijkens vaste jurisprudentie van toepassing ongeacht het antwoord op de vraag of het wegnemen van een nest de gunstige staat van instandhouding van de soort in gevaar brengt. Gelet hierop kan geen ontheffing worden verleend met het argument dat er geen sprake is van verstoring met wezenlijke invloed.

In reactie op deze zienswijze heeft de staatssecretaris betoogd dat voor de soorten die voorkomen op de Nederlandse jaarrondlijst, niet geldt dat de broedlocatie gedurende het gehele jaar als nest in de zin van artikel 5 Vogelrichtlijn moet worden gezien. Buiten het broedseizoen is volgens de staatssecretaris geen sprake van een 'nest' als bedoeld in artikel 5 van de Vogelrichtlijn, maar (mogelijk) nog wel van een 'vaste rust- of verblijfplaats' in de zin van artikel 11 Flora- en faunawet. Een en ander brengt volgens de staatssecretaris mee dat buiten het broedseizoen het beschadigen, vernielen, wegnemen of verstoren van vaste rust- of verblijfplaatsen van de jaarrondsoorten weliswaar onder de verbodsbepaling van artikel 11 Flora- en faunawet valt, maar dat op grond van artikel 75, zesde lid, onder c Flora- en faunawet hiervoor ontheffing kan worden verleend met het oog op de in artikel 2, derde lid, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten aangegeven belangen.

Een en ander is ook door de gemeente aangevoerd in de beroepsprocedure tegen het bestemmingsplan "Kenniskwartier Noord". Zie het verweerschrift vanaf 3.38 en de pleitaantekeningen van mr. N.J.M. de Munnik. Uw Afdeling heeft dit betoog niet gevolgd, integendeel. Door te overwegen dat de vereniging niet heeft bestreden dat overtreding van het verbod om het sperwernest weg te nemen kan worden voorkomen met de door Bureau Waardenburg genoemde maatregelen, heeft uw Afdeling duidelijk aangegeven dat het plan alleen met deze maatregelen uitvoerbaar is en dat de redenering dat ontheffing kan worden verleend op grond van de belangen genoemd in artikel 2, derde lid, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, omdat buiten het broedseizoen geen sprake is van een nest (zie 3.39 van het verweerschrift), niet kan worden gevolgd.

In de verklaring van geen bedenkingen is dan ook ten onrechte gesteld dat het belang genoemd in artikel 2, derde lid, aanhef en onder e en j, van het Vrijstellingsbesluit aan de ontheffingverlening ten grondslag kan liggen. De staatssecretaris heeft ten onrechte ontheffing verleend op grond van het belang genoemd onder j.

In de ambtelijke reactie van de Dienst Ruimtelijke Ordening op de zienswijze van de vereniging inzake de (ontwerp) verklaring van geen bedenkingen wordt - onder ii - gewezen op twee uitspraken waarin uw Afdeling zou hebben aangegeven dat buiten het broedseizoen de beperkte toepasbaarheid van de ontheffingsgronden niet van toepassing is: ABRvS 3 oktober 2012, nr. 201107056/1/A3 en ABRvS 15 februari 2012, nr. 201102473/1/A3. De eerste uitspraak (met betrekking tot de steenuil) was aan de orde in het beroep tegen het bestemmingsplan (zie 3.36 e.v. verweerschrift en pleitaantekeningen mr. N.J.M. de Munnik) en heeft niet tot bevestiging door uw Afdeling geleid, hetgeen ook niet verwonderlijk is gezien de uitspraak van 13 november 2013 (zie hierna). De tweede uitspraak betrof een soort (de lepelaar) waarvan het nest niet jaarrond is beschermd. Een beroep op deze uitspraak is dan ook misplaatst.

Appellante wijst er nogmaals op dat ten behoeve van een ontheffing voor de verwijdering van jaarrond beschermde nesten alleen een beroep kan worden gedaan op het belang genoemd in artikel 2, derde lid, onder d, van het Besluit vrijstelling beschermde dier- en plantensoorten, te weten de volksgezondheid of de openbare veiligheid. Dit volgt, anders dan verweerder meent, duidelijk uit onder meer ABRvS 13 november 2013,

nr. 201209796/1/T2/R4 (huismus en gierzwaluw). Van de bebouwing waarin het uitwerkingsplan voorziet, kan niet worden gezegd dat deze noodzakelijk is voor de volksgezondheid of de openbare veiligheid.

Appellante wijst nog op het volgende.

Op p. 8 van de verklaring van geen bedenkingen is vermeld:

“Gunstige staat van instandhouding

Zoals hiervoor is geconstateerd komt de functionaliteit van de nest- of vaste rust of verblijfplaatsen van de sperwer door de voorgenomen werkzaamheden niet in het geding, maar is wel sprake van verstoring. Daar de sperwer wel in de omgeving aanwezig blijft, gaat er geen wezenlijke invloed uit van deze verstoring. De gunstige staat van instandhouding van de sperwer komt niet in gevaar, mits gewerkt wordt conform de door u voorgestelde maatregelen en volgens de overige in de verklaring opgenomen voorschriften.”

Deze passage was ook opgenomen in de ontwerp verklaring van geen bedenkingen. Appellante heeft in haar zienswijze uiteengezet dat niet valt in te zien hoe het mogelijk is dat de functionaliteit van de nestplaats niet in het geding komt, als deze wordt weggenomen. De staatssecretaris heeft in dit verband volstaan met een verwijzing naar de reactie opgesteld door de gemeente Amsterdam, onder v. Onder v heeft de gemeente verwezen naar het door Bureau Waardenburg opgestelde activiteitenplan, waarin is vermeld (in § 3.3, niet in § 2.1.2) dat de functionaliteit van het nest c.q. de vaste rust- en verblijfplaats niet wordt aangetast, omdat het paar sperwers volgens het bureau binnen het huidige territorium kan blijven broeden en in de omgeving van het territorium kan blijven foerageren. Dit kan naar het oordeel van appellante niet dienen als onderbouwing van de stelling dat een nest functioneel kan blijven ook als het wordt weggenomen. Als een nest wordt weggenomen, kan het vanzelfsprekend niet meer functioneel zijn.

Appellante concludeert dat de staatssecretaris onvoldoende onderscheid heeft betracht tussen de begrippen “nest” en “vaste rust- of verblijfplaats” en ten onrechte een verklaring van geen bedenkingen heeft afgegeven.

Voorschriften verklaring van geen bedenkingen

Appellante heeft in haar zienswijze uiteengezet dat het voorschrift dat een ecologisch werkprotocol dient te worden opgesteld “met daarin bovengenoemde mitigerende maatregelen” te vrijblijvend is. Appellante heeft betoogd dat zou moet worden bepaald dat een ecologisch werkprotocol ter goedkeuring aan de staatssecretaris moet worden overgelegd en dat de werkzaamheden niet eerder mogen beginnen dan nadat deze het ecologisch werkprotocol heeft goedgekeurd. Ook heeft appellante aangevoerd:

“Hiervoor is des te meer reden nu gebleken is dat inmiddels een ecologisch werkprotocol is opgesteld waarin voorschrift e niet is opgenomen (Ecologisch werkprotocol voorbereidende werkzaamheden t.b.v. de ontwikkeling van ‘Het Bosje’

Zuidas te Amsterdam, Bureau Waardenburg, 25 november 2014). In dit ecologisch werkprotocol is opgenomen dat er bij aanwezigheid van andere broedende vogels dan de sperwer gewerkt kan worden indien minimaal een afstand van 25 meter wordt aangehouden tot het nest. Deze afstand lijkt ons te kort. Een buizerd was in 2014 tot tenminste 7 april geregeld op een nest in de korte zijde van het bosschage te vinden. De verstoringafstand van een broedende buizerd is minimaal 75 meter bij de meeste activiteiten die onder ruimtelijke inrichting of ontwikkeling vallen (Soortenstandaard Buizerd, *Buteo buteo*, Dienst Regelingen, december 2011, p. 21).”

De staatssecretaris heeft in dit verband volstaan met een verwijzing naar de reactie opgesteld door de gemeente Amsterdam. De reactie van de gemeente komt erop neer dat in de verklaring van geen bedenkingen reeds is bepaald welke maatregelen in het protocol moeten worden opgenomen en dat het ter goedkeuring aan de staatssecretaris voorleggen van de voorschriften die hij reeds heeft gegeven geen enkel doel dient en niet past binnen het systeem van de wet.

Appellante deelt deze mening niet. De bedoeling van het voorschrijven van een ecologisch werkprotocol is naar het oordeel van appellante dat de mitigerende maatregelen die de staatssecretaris noodzakelijk acht en in de voorschriften e tot en met j kort heeft omschreven, nader worden uitgewerkt, zodat bij de uitvoering van het werk voor alle betrokkenen duidelijk is waaraan men zich moet houden om verstoring van beschermde soorten te voorkomen. Het is van belang dat het protocol voldoet aan de eisen die men daaraan redelijkerwijs mag stellen. Het ter goedkeuring aan de staatssecretaris voorleggen van het protocol dient een redelijk doel; de staatssecretaris is immers belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde in de Flora- en faunawet. Indien het ecologisch werkprotocol niet meer zou behelzen dan de voorschriften in de verklaring van geen bedenkingen, had een voorschrift over het opstellen ervan achterwege kunnen blijven. Uit de door appellante geconstateerde tekortkomingen in het eerste concept werkprotocol blijkt dat controle op de inhoud van het protocol gewenst is. De reactie van de gemeente dat de opmerkingen van appellante op het eerste concept bij het opstellen van de definitieve versie, voor zover relevant, zullen worden betrokken, neemt niet weg dat toetsing van het resultaat door de staatssecretaris gewenst is.

Appellante handhaaft dan ook haar stelling dat in de verklaring van geen bedenkingen had moeten worden opgenomen dat het ecologisch werkprotocol ter goedkeuring aan de staatssecretaris moet worden overgelegd en dat de werkzaamheden niet eerder mogen beginnen dan nadat deze het ecologisch werkprotocol heeft goedgekeurd.

De omgevingsvergunning

Op grond van artikel 2.22, tweede lid, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht dienen aan een omgevingsvergunning tevens de bij de verklaring van geen bedenkingen aangegeven voorschriften te worden verbonden. Appellante constateert dat hieraan niet is voldaan. Voorschrift e van de omgevingsvergunning wijkt af van voorschrift e van de verklaring van geen bedenkingen. In voorschrift h van de omgevingsvergunning staat “beststelling”.

In een omgevingsvergunning kan niet worden volstaan met een bepaling dat de voorschriften uit de verklaring van geen bedenkingen prevaleren daar waar deze de inhoud van de omgevingsvergunning tegenspreken. Het is immers een kleine moeite de voorschriften uit de verklaring van geen bedenkingen integraal in de omgevingsvergunning over te nemen, zoals ook voorgeschreven door de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Het is bovendien in strijd met de rechtszekerheid om in het midden te laten waar mogelijk sprake is van tegenspraak.

Geen goede ontsluiting

Appellante heeft in haar zienswijze uiteengezet dat het ontwerp uitwerkingsplan slechts één bepaling bevat met betrekking tot de ontsluiting van de parkeervoorzieningen.

Het betreft artikel 3, lid 3.2, onder c, onder 1, dat ongewijzigd is gebleven. Het artikellid bepaalt dat de toegang tot de gebouwde parkeervoorzieningen dient te worden gerealiseerd vanaf de westzijde van het plangebied, op tenminste 35 meter vanaf de Gustav Mahlerlaan.

Dit is een uitermate vage bepaling. Hiermee wordt niet uitgesloten dat er dwars over het voormalig Goldstarterrein, foerageergebied van sperwer en boomvalk, een weg wordt aangelegd ter ontsluiting van de parkeergarage.

Appellante heeft erop gewezen dat het achterwege laten van een regeling over de verkeerskundige ontsluiting niet in overeenstemming is met het bestemmingsplan Kenniskwartier Noord. In het bestemmingsplan is bepaald dat in het uitwerkingsplan nadere regels moeten worden gesteld ten aanzien van de situering en de breedte van wegen (artikel 8, lid 8.2, onder 8.2.1, onder j). In de toelichting op deze bepaling is duidelijk gesteld dat van belang is dat dusdanige regels in uitwerkingsplannen worden opgesteld, dat realisatie van een goede verkeerskundige ontsluiting mogelijk is. Hiertoe dienen uitwerkingsplannen volgens de toelichting te worden voorzien van regels die een noord-zuid gerichte strook van ten minste 16 meter en met een maximum van 20 meter onbebouwd laten.

Verweerder heeft een en ander naast zich neergelegd en het uitwerkingsplan ongewijzigd gelaten. Ook de toelichting heeft verweerder ongewijzigd gelaten. Hierin is nog steeds opgenomen dat het plan zich beperkt tot de te bebouwen gronden en dat de ontsluitende infrastructuur niet is meegenomen.

In de nota van beantwoording heeft verweerder betoogd dat in de toelichting bij artikel 12 van het bestemmingsplan Kenniskwartier Noord abusievelijk een aantal alinea's is opgenomen "die zien op in de regels niet opgenomen bepalingen." Het betreft de derde tot en met de zesde alinea.

Appellante begrijpt niet goed wat nu precies onjuist is. De betreffende alinea's lijken appellante in overeenstemming met de bedoeling van het bestemmingsplan. In de zesde alinea staat bijvoorbeeld dat de ontsluiting niet rechtstreeks mag plaatsvinden vanaf en op de Gustav Mahlerlaan, maar dient te gebeuren vanuit de voorziene noord-zuidstraten binnen het bestemmingsvlak. Het komt appellante voor dat dit in overeenstemming is met de intentie

van het bestemmingsplan en dat hieraan in een uitwerkingsplan niet voorbij mag worden gegaan.

Verweerder heeft verder aangevoerd dat de uitwerking van de bestemming Gemengd - uit te werken in delen kan plaatsvinden. Het zou volgens verweerder aanvaardbaar zijn de ontsluitende infrastructuur nog niet vast te leggen, omdat naar verwachting ruim voor in gebruikname van het te realiseren gebouw vast zal staan waar de infrastructuur uiteindelijk komt te liggen. Dit betoog kan niet worden aanvaard. Bij de vaststelling van een bestemmingsplan of uitwerkingsplan moet voldoende duidelijk zijn hoe de ontsluiting van het plangebied gestalte zal krijgen.

Vgl. Vz. ABRvS 22 maart 2007, nr. 200700618/2.

Appellante wijst in dit verband nog op de in het bestemmingsplan Kenniskwartier Noord opgenomen toelichting op de regels met betrekking tot het gebruik. Ad g is vermeld dat ook met betrekking tot de wegen die voor de ontsluiting van het gebied noodzakelijk zijn, in de uitwerking nadere regels worden gesteld. Direct daarna wordt opgemerkt:

“De kaders waarbinnen dat dient te gebeuren zijn opgenomen in de uitwerkingsregels. Bepaald is dat deze in elk geval dienen te komen binnen het daartoe op de verbeelding aangegeven aanduidingsvlak 'verkeer'. Bovendien dienen de wegen vanuit oogpunt van goede ruimtelijke ordening een regime te kennen van maximaal 30 km/u.”

Op de verbeelding van het onderhavige uitwerkingsplan is weliswaar een aanduidingsvlak 'verkeer' aangegeven, maar dit ligt aan de oostzijde van het plangebied en is niet bedoeld voor de ontsluiting van de parkeervoorzieningen, die volgens artikel 3, lid 3.2, onder c, onder 1, aan de westzijde van het plangebied zou moeten plaatsvinden.

Appellante handhaaft dan ook haar betoog dat het uitwerkingsplan is vastgesteld in strijd met de uitwerkingsregels van het bestemmingsplan.

MET CONCLUSIE:

- I. tot gegrondverklaring van het beroep;
- II. tot vernietiging van de bestreden besluiten;
- III. met veroordeling van verweerder in de kosten van deze procedure.

F.C.S. Warendorf,
gemachtigde

Bijlagen:

- bestreden besluiten
- bekendmaking in Staatscourant
- volmacht van Vogelwerkgroep Amsterdam
- uittreksel KvK Vogelwerkgroep Amsterdam
- statuten Vogelwerkgroep Amsterdam