

Rechtbank Amsterdam
Sector Bestuursrecht Algemeen
Voorzieningenrechter
Zitting 15 februari 2006 om 9.00
Zaaknr.: 06/438 BESLU G 177, 06/477 VEROR G177, 06/649 BESLU G177

PLEITNOTITIE
mr. A.M. Nijboer

Inzake: Groene Reael / Minister van LNV/ stadsdeel Westerpark

INLEIDING

1. Het standpunt van de minister van LNV en stadsdeel Westerpark in deze procedure is in één zin samen te vatten: 'de rugstreeppad zit niet in het plangebied en als de rugstreeppad er wel zit, dan hoort ie er niet.'
2. Dit standpunt, en de bijbehorende argumentatie, is niet alleen terug te vinden in de twee besluiten die de minister recent (26 januari 2006 en 7 februari 2006) heeft genomen. In de eerdere besluiten van de minister en in de (hoger)beroepschriften en de pleitnota's van zowel het stadsdeel als de minister valt hetzelfde te lezen.

FEITELIJKE ACHTERGROND

3. Nog even kort waar het in deze (twee) zaken om gaat. Het stadsdeel wil graag een benzinstation realiseren in het Westerpark, in de zogenaamde Brettenzone. Ten behoeve van de realisatie van dit benzinstation moeten in dit gebied 8 populieren en 2.200 m² houtopstand (feitelijk ruim 100 bomen van 15 cm (en meer) in doorsnee worden gekapt. Naar aanleiding van bezwaren van cliënte hiertegen, waarbij onder meer naar voren is gebracht dat op de locatie beschermde diersoorten voorkwamen, in ieder geval de rugstreeppad, is in november 2002 in opdracht van stadsdeel Westerpark een natuurtoets uitgevoerd. Uit deze natuurtoets bleek dat de rugstreeppad voorkwam dan wel kon voorkomen in het plangebied. Vervolgens is door het stadsdeel op 3 december 2002 een ontheffing ex artikel 75 Flora- en faunawet (Ffw) gevraagd voor onder meer de rugstreeppad.
4. In eerste instantie werd door de minister een ontheffing ex artikel 75 Ffw voor de rugstreeppad niet nodig geacht omdat de rugstreeppad niet in het plangebied zou voorkomen. Nadat hiertegen bezwaar is gemaakt, oordeelde de minister in de beslissing op bezwaar van 7 oktober 2003 dat onderzocht diende te worden of de rugstreeppad voorkomt en wat de betekenis van het gebied is voor de rugstreeppad.

5. Bij besluit van 2 juni 2004 is deze beslissing op bezwaar van 7 oktober 2003 herroepen en zijn de bezwaren van cliënte (alsnog) ongegrond verklaard. In dit besluit werd – kort gezegd - overwogen dat het tankstation grenst aan een voortplantingspoel van de rugstreeppad. Het aantasten van de vijver zou het verlies van de voortplantingspoel betekenen, maar:

een dergelijk verdwijnen is voor de rugstreeppad de gewone gang van zaken. De soort is gespecialiseerd in het gebruik van tijdelijke vaak eenmalige bestaande poelen in een dynamisch landschap. Het verdwijnen van de poel heeft volgens het rapport geen invloed op de populatie rugstreeppadden, mits er voldoende alternatieve poelen of greppels aanwezig zijn.

6. Tegen deze beslissing is beroep ingesteld en een verzoek om voorlopige voorziening gevraagd bij de Rechtbank Amsterdam.
7. Ter zitting is door het stadsdeel en de minister onder meer naar voren gebracht dat de poel inmiddels zou zijn opgedroogd en dichtgegroeid met gras en riet, er zou slechts sprake zijn van een tijdelijke poel en er zou verder geen populatie rugstreeppadden in het gebied voorkomen. Bovendien zouden de rugstreeppadden in het plangebied aangetrokken zijn door stadsnomaden die vanaf 1999 in het plangebied verbleven.
8. Bij uitspraak van 16 augustus 2004 heeft de Voorzieningenrechter een onderzoek gelast door een onafhankelijke deskundige naar (onder meer) de aanwezigheid van de Rugstreeppad in het plangebied en naar de aanwezigheid van vaste rust- en verblijfplaatsen voor de Rugstreeppad in het plangebied.
9. Dit onderzoek is uitgevoerd door twee deskundigen, de heer G.F.J. Smit, van Bureau Waardenburg en mevrouw E.M. Swart van de werkgroep rugstreeppadden van milieufederatie Heilo. Uit dit onderzoek bleek dat de rugstreeppad in het plangebied voorkomt, dat er meerdere juveniele exemplaren zijn aangetroffen, dat de 'rommelhoekjes' in het plangebied aangemerkt kunnen worden als vaste rust- en verblijfplaats en dat de aanwezigheid van juveniele dieren aangeeft dat in het plangebied dan wel in de omgeving sprake moet zijn geweest van voortplanting.
10. Bij uitspraak van 11 oktober 2004 heeft de rechtbank Amsterdam kort gezegd geoordeeld dat uit de door de deskundigen uitgebrachte rapporten blijkt dat de rugstreeppad in het plangebied voorkomt in niet incidentele mate. Hoewel de rechtbank verder oordeelde dat niet uitgesloten kan worden geacht dat het aanwezig zijn van een aantal stadsnomaden in het plangebied invloed heeft op de rugstreeppaddenpopulatie, is naar het oordeel van de Rechtbank een ontheffing vereist voor de werkzaamheden die in het geding zijn.

11. Tegen deze uitspraak is beroep ingesteld door stadsdeel Westerpark. Zowel door het stadsdeel als door de minister is in hoger beroep *opnieuw* naar voren gebracht dat:

- i. de omliggende gebieden zeer geschikt zijn voor de rugstreepad, terwijl het plangebied juist ongeschikt is (Westerpark en LNV);
- ii. het plangebied begroeid is met bomen en struiken en daarom voor de rugstreepad van geringe betekenis is (Westerpark);
- iii. de rugstreepad een pionier is en een opportunist en niet gebonden is aan één locatie (Westerpark en LNV);
- iv. de rugstreepad eigenlijk geen vaste rust- of verblijfplaats heeft (Westerpark);
- v. de rugstreepadden zich mogelijk incidenteel in het plangebied bevinden en dat dat komt vanwege de aanwezigheid van de rugstreepad in het omringende gebied en door de aanwezigheid van de stadsnomaden op het terrein (Westerpark);
- vi. De stadsnomaden rommelhoekjes en open gebieden gecreëerd hebben in het plangebied en het plangebied zal dichtgroeien als de stadsnomaden verdwijnen (Westerpark en LNV);
- vii. De rugstreepadden nu in winterslaap zijn, er dus nu sprake is van een vaste rust- en verblijfplaats; dit kan volgend jaar anders zijn (LNV);
- viii. De incidentele aanwezigheid van de rugstreepad bij de uitvoering van werkzaamheden geen overtreding van de flora en faunwet met zich brengt (LNV);

12. Evenmin als door de Rechtbank zijn deze argumenten gehonoreerd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Bij uitspraak van 3 augustus 2005 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zelf in de zaak voorzien, het op 2 juni 2004 verzonden besluit gedeeltelijk vernietigd. Hierbij heeft de Afdeling geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat rugstreepadden tevens in het gebied aanwezig zijn om overdag te schuilen en 's nachts te jagen. Naar het oordeel van de Afdeling, heeft de Minister onvoldoende gemotiveerd waarom het plangebied niet tot het leefgebied van deze rugstreepadden zou behoren en het verbod van artikel 10 van de Ffw ten aanzien van deze padden niet zou gelden. Verder is overwogen dat voor de voorgenomen maatregelen in het plangebied *in ieder geval* een ontheffing voor de rugstreepad op grond van artikel 11 van de Ffw vereist is. De Afdeling verwoordde dit laatste aldus:

“Ingevolge artikel 11 van de Ffw is het vernielen en verstoren van een voortplantingsplaats en vaste rust- en verblijfplaats verboden. De Afdeling kan het standpunt van de Minister, dat een ontheffing niet nodig is, dan ook niet volgen. Daarbij wordt opgemerkt dat de aanleg van het fietspad is voorzien in het projectplan dat ten grondslag ligt aan de aanvraag. Het staat de Minister niet vrij om af te wijken van de aanvraag in die zin dat hij beslist als ware het fietspad op een andere plaats gepland. Bovendien zou de aanleg van

Groene Reael / Minister van LNV/stadsdeel Westerpark

een ander fietspad, dat de voortplantingspoel zou ontzien, rugstreeppadden die in de buurt van de poel overwinteren kunnen storen in hun winterslaap.”

13. Voornoemde uitspraken hebben de minister er niet van weerhouden opnieuw en op grond van vrijwel dezelfde argumenten in de beslissing op bezwaar van 26 januari 2006 te oordelen dat geen ontheffing vereist is ex artikel 75 Ffw voor de realisatie van het LPG station. Volgens de minister is de poel dichtgegroeid en niet meer geschikt als voortplantingspoel. Verder is naar het oordeel van de minister het plangebied niet geschikt voor de rugstreeppad, maar de omgeving wel. Waarnemingen van de rugstreeppad in het plangebied zouden slechts van de laatste jaren zijn. Door de stadsnomaden zouden kale plekken en rommelhoekjes gecreëerd zijn. Nu de stadsnomaden vertrokken zijn, zou het terrein weer verruigen. De betekenis van het plangebied als leefgebied voor de rugstreeppad zou daarom verwaarloosbaar zijn.
14. In de beslissing van 7 februari 2006, waarbij is beslist op een recente aanvraag van het stadsdeel om ontheffing ‘voor zover vereist’ voor het weghalen van planken en stukken vloerbedekking uit het plangebied, heeft de minister overwogen dat hiervoor evenmin een ontheffing ex artikel 75 Ffw vereist is. Ondanks dat vaststaat dat de rugstreeppad in het plangebied voorkomt, zowel onder de planken als in de poel als ingegraven op zanderige locaties. Volgens de minister zouden de planken niet te beschouwen zijn als vaste rust- of verblijfplaats maar slecht als ‘dagrustplaats’. Omdat de rugstreeppad hierin flexibel is, zou voor het weghalen van de planken en vloerbedekking geen ontheffing nodig zijn.
15. Op 9 februari 2006 heeft mevrouw E.M. Swart op verzoek en in gezelschap van een AID inspecteur als deskundige het plangebied bezocht. Zij heeft geconstateerd dat het terrein op een enkele boom na kaal en leeg is, het terrein hier en daar lichte glooiingen heeft en gevarieerd is in kleine en grotere kuilen, de bezonning van het terrein zeer gunstig is en dat de bestaande poel open is en niet dichtgegroeid. Mevrouw Swart zei naar aanleiding van haar recente bevindingen op haar eerdere uitspraak dat het terrein zonder onderhoud dicht zou groeien, terug te komen: houtopslag (verbossing) heeft bij nader inzien niet plaats gevonden en de ruige vegetatie is door de wisseling van jaargetijden door de grond opgenomen. Haar conclusie is dat het gebied aangemerkt kan worden als een uitstekend leefgebied met “A-status” voor de rugstreeppad. Rugstreeppadden kunnen zich hier onder optimale omstandigheden voorplanten en het gebied is uitermate geschikt voor rugstreeppadden die zich (droog) willen ingraven. Mevrouw Swart is hier aanwezig om dit toe te lichten en om eventuele vragen te beantwoorden.

JURIDISCHE BEOORDELING

Beslissing op bezwaar (ontheffing)

Voor wat betreft de beslissing op bezwaar geldt dat de argumenten die de minister gebruikt om opnieuw te oordelen dat geen ontheffing vereist is, niet ter zake doen voor de vraag of een ontheffing vereist is voor de werkzaamheden. Het doet niet terzake of de rugstreeppad er nog maar enkele jaren zit of niet, of het plangebied al dan niet van oudsher geschikt zou zijn voor de rugstreeppad en of het plangebied al dan niet in een later stadium zal verruigen. Het doet voor de vraag of ontheffing vereist is zelfs niet ter zake wat de betekenis van het plangebied als leefgebied voor de rugstreeppad is. Deze laatste vraag komt pas aan de orde bij de vraag of een ontheffing kan worden verleend.

16. Een en ander blijkt ook uit een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 20 april 2005 waarin werd geoordeeld:

"Uit artikel 75, vijfde lid, van de Ffw volgt niet dat indien is aangetoond dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de gunstige staat van instandhouding van de soort er geen ontheffingsplicht geldt. Zodra een beschermde inheemse diersoort voorkomt in het plangebied en opzettelijk verontrust kan worden als gevolg van de uitvoering van het plan is hiervoor een ontheffing ingevolge de Ffw vereist. Hierbij is het aantal exemplaren van de beschermde inheemse diersoort in het plangebied niet van belang." (ABRvS 20 april 2005, 200407562/1, LJN: AT4210 (rugstreeppadden Aalsmeer).

17. Bij het antwoord op de vraag of een ontheffing vereist is, doet alleen ter zake of de rugstreeppad op dit moment voorkomt in het gebied. Alle partijen zijn het er over eens dat dit zo is. Door de minister wordt zelfs in het primaire besluit van 7 februari 2006 uitdrukkelijk overwogen dat de rugstreeppad voorkomt in de poel en onder de planken en is ingegraven in het zand.

18. Ook uit alle in deze zaak opgemaakte rapporten en waarnemingen blijkt dat de rugstreeppad in het plangebied voorkomt. En dat niet alleen: in het plangebied wordt door de rugstreeppad voortgeplant, overwinterd, gejaagd en overdag gerust. De rugstreeppad gebruikte het gebied en de daarin aanwezige stenen, planken, takken en dergelijke in 2004 als overwinteringsplaats en doet dat nu ook. Uit de overgelegde verklaringen (bijlage 2) van september 2005 van de heer drs. M. Koper, bioloog van Bureau Stadsnatuur, blijkt dat niet alleen hijzelf maar ook de stadsecoloog, de heer Melchers, voor de realisatie van het LPG station bij iedere inventarisatie in het plangebied grote aantallen rugstreeppadden aantreft. Hetzelfde blijkt uit de verklaring van de heer F. Van der Vliet (bioloog). Hij vermeldt bovendien dat hij in mei 2005 4 mannetjes aantroef in de poel en een paartje dat bijna zover was om eieren af te zetten. Een en ander blijkt ook uit de verklaringen van mevrouw Swart. Zij heeft verder geconstateerd dat noch de voortplantingspoel noch het gebied is dichtgegroeid. De vraag moet dan ook niet zijn of voor verstoring van de rugstreeppad en zijn leefgebied een ontheffing van artikel 10 en 11 van de Ffw vereist is maar of deze ontheffing kan worden verleend.

19. Hoewel het niet ter zake doet voor de vraag of een ontheffing vereist is, wordt ten overvloede opgemerkt dat de poel *niet* in 1999 door de stadsmaden is gegraven maar in 1975 door de heer Thesing ten behoeve van de toenmalig ter plaatse aanwezige kinderboerderij (zie zijn verklaring bijlage 3). Het plangebied is evenmin door de stadsmaden geschikt gemaakt als leefgebied voor de rugstreeppad. Zoals blijkt uit het rapport van RAVON van 25 augustus 2004 heeft de rugstreeppad al jarenlang (voordat de stadsmaden daar kwamen) zijn leefgebied in het plangebied. De stenen en planken en vloerbedekkingen dergelijke zijn bovendien grotendeels niet door de stadsmaden neergelegd. Veel van deze materialen waren er al veel langer, waarschijnlijk als gevolg van het afbreken van de kinderboerderij 15 a 20 jaar geleden. door de Een van de eerder door de Rechtbank aangestelde deskundigen, de heer Smit heeft op 18 april 2005 een aanvulling gemaakt op het deskundigenrapport ten behoeve van de rechtbankprocedure, op basis van door het stadsdeel verstrekte informatie. Deze aanvulling is in hoger beroep overgelegd door stadsdeel Westerpark (bijlage 3 bij het aanvullend hoger beroepschrift d.d. 21 april 2005) Ook hieruit blijkt, dat het niet onaannemelijk is dat de rugstreeppad al eerder in het plangebied voorkwam. Hierin stelt hij:

“Een vergelijkbare situatie is bekend van opspuitreinen in het westelijk havengebied van Amsterdam en van diverse bouwlocaties in de stad waar rugstreeppadden ook profiteren van tijdelijke plassen (informatie M. Melkers, sic). dat meldingen van rugstreeppadden pas recent bekend zijn in het plangebied (gegevens M. Melchers) past in dit beeld. Uit de aangrenzende begraafplaats en ‘binnenpolder’ zijn echter al waarnemingen bekend vanaf 1989. Indien hier populaties van enige omvang aanwezig waren is het aannemelijk dat ook in de omliggende terreinen, waaronder het plangebied, al dan niet tijdelijk rugstreeppadden aanwezig waren. Deze terreinen zijn namelijk niet structureel geïnventariseerd.” p.2, onderstreping toegevoegd)

20. Verder geldt dat in alle rapporten, zowel van de zijde van verweerder als die van RAVON, wordt vermeld dat de rugstreeppad regionaal bedreigd is. Diverse biologen en ecologen, alsmede RAVON, hebben verklaard dat het plangebied van grote betekenis is voor de rugstreeppad. Hoewel dit niet van belang is voor de vraag of een ontheffing is vereist, is dit wel van belang voor de vraag of ontheffing kan worden verleend’.

Beslissing op aanvraag (ontheffing)

21. De minister is van oordeel dat geen ontheffing vereist is voor het weghalen van planken en de stukken vloerbedekking uit het terrein. Ondanks dat vaststaat dat de rugstreeppad vorig jaar en ook op dit moment onder deze bedekkingen in winterslaap is, zouden de materialen voor de rugstreeppad niet geschikt zijn als overwinterings- en voortplantingsbiotoop. Met deze overweging wordt teruggekomen van een eerder ingenomen standpunten: verweerder was eerder nog van mening dat sprake is van een vaste rust- en

verblijfplaats zolang de rugstreepadden onder deze planken in winterslaap waren.

22. Nog daargelaten dat de minister het begrip vaste- rust en verblijfplaats te eng opvat door daar niet mede dagrustplaatsen onder te verstaan waarnaar de rugstreepadden regelmatig terugkeren, wordt het oordeel dat de materialen niet geschikt zijn als vaste rust-en verblijfplaats niet gedeeld door deskundigen.

24. In het deskundigenrapport dat ten behoeve van het beroep en het verzoek om voorlopige voorziening in augustus 2004 door twee deskundigen is opgesteld, is naar voren gebracht dat de planken en 'rommelhoekjes' dienen te worden beschouwd als vaste rust- en verblijfplaats. De heer Smit heeft in zijn aanvullende notitie opnieuw geoordeeld dat de planken en dergelijke te beschouwen zijn als een vaste rust- en verblijfplaats. Hij vermeldt:

"rugstreepadden overwinteren door zich in te graven in losse grond. De dieren kunnen hierbij plaatstrouw zijn en overwinteringsplaatsen voor rugstreepadden kunnen in het algemeen dan ook als vaste verblijfplaats worden beschouwd (...) overwinterende rugstreepadden zijn verder ook bekend van rommelhoekjes op boerenerven en van kassencomplexen waar de dieren onder stenen en landbouwplastic verblijven.

OP 18 september 2004 zijn in het plangebied 5 juveniele dieren aangetroffen onder plaatmateriaal. Gelet op de tijd van het jaar en het feit dat enkele dieren deels ingegraven waren is beoordeeld dat de rommelhoekjes op het terrein geschikt zijn als overwinteringsplek en daarmee als vaste rust- en verblijfplaats voor de rugstreepad. Dit betekent niet dat dergelijke kunstmatige verblijfplaatsen een duurzaam karakter hebben. Immers als de rommel is opgeruimd of verplaatst wordt zullen de dieren elders een geschikte overwinteringsplek kunnen vinden (P.3)

25. De heer Smit is dus niet van mening dat geen sprake is van een vaste rust- of verblijfplaats. Zoals blijkt uit de verklaring van mevrouw Swart van 28 februari 2005 stelt zij zich eveneens nog steeds op het standpunt dat sprake is van een vaste rust- en verblijfplaats. De heer Smit is echter van oordeel dat dit minder belangrijke vaste rust- of verblijfplaatsen zijn terwijl mevrouw Swart van oordeel is dat winterverblijven van de rugstreepadden velerlei zijn en het zeer aannemelijk is dat de rugstreepadden een opschoning niet overleven. Bovendien moeten de dieren kunnen terugkeren naar hun vaste rust- en verblijfplaats. Overigens is het verschil tussen beide opinies slechts van belang voor de vraag of een ontheffing kan worden verleend (en niet voor de vraag of een ontheffing vereist is.

26. Ook naar het oordeel van de AID dienen de rommelhoekjes waar de rugstreepadden overwinteren en rusten beschouwd te worden als vaste rust- en verblijfplaatsen. Het stadsdeel heeft in 2005 planken en stenen en dergelijke die op dat moment werden gebruikt als beschuttingsmateriaal door

de rugstreepjad verwijderd. De AID heeft hiervan proces-verbaal opgemaakt. Er is onlangs besloten het stadsdeel hieromtrent te vervolgen.

27. Naar de mening van verzoekster staat in ieder geval vast, zeker nu de materialen meerdere jaren achtereen worden gebruikt door een slapende of overwinterende rugstreepjad, ook die planken als een vaste rust- of verblijfplaats moeten worden aangemerkt. Daaraan doet niet af of de materialen wellicht zes jaar geleden of veel langer geleden op die plek zijn neergelegd. Immers, veel van deze materialen zullen afkomstig zijn van de afgebroken kinderboerderij.
28. Verder geldt nog dat de minister heeft overwogen dat de materialen het beste kunnen worden weggehaald wanneer de rugstreepjad in winterslaap is. Nu de rugstreepjad onder deze materialen in winterslaap is, dienen deze materialen juist *niet* tijdens de winterslaap te worden weggehaald. Het weghalen van de winterslaapplaats zal immers leiden tot het verstoren en wellicht sterven van de rugstreepjad (waarvoor geen ontheffing is verleend).
29. De conclusie voor beide besluiten van de minister moet zijn dat vaststaat dat de rugstreepjad voorkomt in het gebied (in grote getale) en het gebied dient als voortplantings- rust en- verblijfplaats voor de rugstreepjad. Bezien moet worden of een ontheffing kan worden verleend voor het verstoren van de rugstreepjad, zijn leefgebied en zijn vaste rust- en verblijfplaats. Verweerder is niet bevoegd toestemming te geven voor het verrichten van ontheffingplichtige handelingen zonder dat ontheffing is verleend.

Beslissing op bezwaar kapvergunning

30. Voor wat betreft de beslissing op bezwaar van het dagelijks bestuur van stadsdeel Westerpark waarbij is bepaald dat de verleende kapvergunning ten behoeve van het realiseren van een tankstation aan de Transformatorweg tegenover nummer 10 in stand blijft, geldt het volgende.
31. Zoals bekend, kunnen de bomen niet gekapt worden zonder dat sprake is van een ontheffing ex artikel 75 Ffw voor (onder meer) de rugstreepjad. Het stadsdeel had aan de eerder verleende, nu vervallen, kapvergunning de voorwaarde verbonden dat van de kapvergunning pas gebruik mag worden gemaakt indien de aanvrager beschikt over de vereiste Flora- en faunawet ontheffing. Dit, naar aanleiding van een uitspraak over deze kapvergunning van de Rechtbank Amsterdam van 27 januari 2003 (zaaknummer. AWB 02/2322 BESLU) waarin werd geoordeeld:
"Het op dergelijke wijze uitstellen van inventarisatie [naar beschermde diersoorten in het plangebied] is, in een geval als het onderhavige waarin verweerder erop bedacht had moeten zijn dat in het betreffende gebied beschermde diersoorten kunnen leven,

op zichzelf niet onaanvaardbaar. Echter indien door verweerder voor deze handelswijze wordt gekozen, dient aan de kapvergunning de voorwaarde te worden verbonden van het aanvragen en zo nodig beschikken over ontheffing in het kader van de Ffw.”

32. Deze hiervoor genoemde voorwaarde is nu niet aan de kapvergunning verbonden. Er wordt slechts bepaald dat bij uitvoering van deze kapvergunning de bepalingen van de Flora- en faunawet in acht genomen moeten worden.
33. Uit de bestreden beslissing op bezwaar blijkt dat deze voorwaarde niet is opgenomen omdat de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam inmiddels achterhaald zou zijn door uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over dit onderwerp. De Afdeling zou oordelen dat argumenten met betrekking tot de Flora- en faunawet in die procedure thuishoren en het toetsingskader dat van toepassing is bij het besluit omtrent verlening van een kapvergunning te buiten gaat.
34. De uitspraken van de Afdeling waar het stadsdeel klaarblijkelijk op doelt, hebben echter geen betrekking op een procedurele coördinatie (het verbinden van een voorschrift aan de vergunning) maar hebben betrekking op het inhoudelijke toetsingskader. Deze uitspraken doen dan ook niets af aan de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 27 januari 2003 die bepaalt dat in de kapvergunning dient te worden bepaald dat hiervan geen gebruik mag worden gemaakt zonder ontheffing.
35. De bomenverordening van het stadsdeel voorziet hier bovendien uitdrukkelijk in. In artikel 5, tweede lid, van de bomenverordening staat dat het dagelijks bestuur een vergunning kan verlenen onder voorschriften of voorwaarden *onder andere* ter bescherming van de waarden genoemd in lid 1. In artikel 9 van de bomenverordening staat verder dat aanwijzingen ter bescherming van in en rond de houtopstand voorkomende flora en fauna tot aan de vergunning te verbinden voorwaarden kunnen behoren.
36. Daarbij komt nog dat de uitspraken van de Afdeling waarop het stadsdeel kennelijk doelt, betrekking hebben op de afweging van belangen in het kader van de Flora- en faunawet terwijl het toetsingskader van de betreffende bomenverordening daarin niet voorziet. De bomenverordening van stadsdeel Westerpark gaat niet uit van een gebonden belangenafweging, maar bepaalt in artikel 5, eerste lid dat het dagelijks bestuur een vergunning weigert indien het belang van verlening niet opweegt tegen *onder andere* de navolgende waarden. In de toelichting bij dit artikel staat vermeld dat:
“in de aanhef staat ‘onder andere’. De bovengenoemde opsomming is dus niet limitatief bedoeld; er kunnen nog meer en andere weigeringsgronden zijn.”

Groene Reael / Minister van LNV/stadsdeel Westerpark

37. Het vorenstaande betekent dat het stadsdeel ook verplicht kan zijn de flora en fauna belangen af te wegen voorafgaand aan het nemen van een besluit omtrent een kapvergunning.
38. Verder is aan de kapvergunning ten onrechte niet de voorwaarde verbonden dat hiervan geen gebruik mag worden gemaakt zolang vogels gebruik maken van de nesten in de bomen. Deze voorwaarde staat wel uitdrukkelijk in de op 31 maart 2003 verleende ontheffing op grond van de Flora- en faunawet.
39. Dit geldt te meer nu de AID inspecteur die op 9 februari 2006 het plangebied heeft bezocht, heeft gezien dat op dit moment nestbouw plaatsvindt in de bomen en struiken in het plangebied door in ieder geval de merel de ekster en de houtduif. Omdat de nesten van vogels in de periode dat deze gebruikt worden niet mogen worden verwijderd en de vogels niet mogen worden verstoord, mogen de bomen en struiken op dit moment hoe dan ook niet worden gekapt.

CONCLUSIE

Verzoekster handhaaft haar verzoeken dan ook onverkort