Memo: datacenters in Amstel III
Van: [redacted]
Aan: [redacted] **en** [redacted]

1. Aanleiding

Op 12 juli 2019 heeft de gemeenteraad van Amsterdam een voorbereidingsbesluit genomen met als doel nieuwe aanvragen voor datacenters ‘on hold’ te zetten. Aanleiding daarvoor was om te voorkomen dat ongewenste ontwikkelingen op het gebied van datacenters zouden plaatsvinden in afwachting van nieuw op te stellen beleid voor het vestigen van datacenters in Amsterdam. Vervolgens was het de bedoeling om het nieuwe beleid te verankeren in een paraplubestemmingsplan voor heel Amsterdam.

Het nieuwe datacenterbeleid is nog in de maak. Uitgangspunt van het beleid is dat binnen Amsterdam 4 gebieden worden aangewezen waar beperkte groei van datacenters mogelijk wordt gemaakt onder strikte voorwaarden. Eén van de aangewezen gebieden zal (delen van) Amstel III West worden. In de laatste versie van het beleid dat ik heb gezien, wordt naast het lopende initiatief van Equinex, uitbreiding middels intensivering toegestaan. Daarnaast is nieuwvestiging mogelijk op specifiek aangewezen kavels, mits een datacenter op een andere locatie wordt verwijderd. Kortom, de groei van datacenters in Amstel III is beperkt op grond van het beleid.

De vraag die voorligt, vanuit het nieuwe beleid bezien, is of het beleid neergelegd dient te worden in een nieuw (paraplu)bestemmingsplan. In deze memo zoom ik in op het gebied Amstel III; is er voor Amstel III een nieuw planologisch kader nodig om het nieuwe beleid ook juridisch te effectueren en nieuwe datacenters te beperken? Belangrijkste vraag daarbij is of datacenters mogelijk zijn op grond van het geldende bestemmingsplan.

In het verleden zijn omgevingsvergunningen verleend voor datacenters in het gebied als zijnde passend binnen het geldende bestemmingsplan. Ik kom tot de conclusie dat datacenters in Amstel III (West en Oost) bij recht niet zijn toegestaan. In deze memo ga ik daar nader op in en graag bespreek ik dit met jullie.

In dit stuk bespreek ik in paragraaf 2 de uitleg van een bestemmingsplan in het algemeen, in paragraaf 3 de uitleg van de bestemmingsplannen Amstel III West en Oost, in paragraaf 4 de positie van bestaande datacenters en in paragraaf 5 kom ik met een voorstel hoe om te gaan met de bestemmingsplannen Amstel III West en Oost i.r.t. datacenters.

2. Uitleg bestemmingsplan - algemeen

Hoe moet een bestemmingsplan worden uitgelegd?

Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) dat voor de uitleg van een bestemmingsplan eerst moet worden gekeken naar de verbeelding en planregels en de definities van de planregels. Als die niet duidelijk zijn, of als definities ontbreken, wordt er aangesloten bij het algemeen spraakgebruik (definitie uit het Groot woordenboek van de Nederlandse taal van Van Dale), daarna pas bij de bedoeling van de planwetgever (toelichting). Zie in dat verband bijvoorbeeld de uitspraak van de ABRvS ECLI:NL:RVS:2009:BK5072. In de uitspraak ABRvS, ECLI:NL:RVS:2016:365, ontbrak in het bestemmingsplan een definitie van het begrip bedrijf en is toen aangesloten bij de definitie uit de Van Dale. In de uitspraak van de ABRvS, ECLI:NL:RVS:2016:2010 was het geschilpunt of een supermarkt was toegestaan binnen de betreffende bestemming 'Bedrijventerrein'. Het bestemmingsplan waar in die zaak aan getoetst werd, heeft dezelfde plansystematiek als Amstel III. De Afdeling heeft in die zaak overwogen: *"Ten aanzien van de vraag welke bedrijven zijn toegestaan, heeft de rechtbank terecht overwogen dat niet voorbij kan worden gegaan aan de vraag of de supermarkt een bedrijf is als bedoeld in artikel 1.10 van de planregels. Gelet op de bewoordingen van artikel 4.1 is de enkele vermelding van de activiteit in Bijlage 1, Staat van Bedrijfsactiviteiten, niet voldoende om te kunnen vaststellen of de supermarkt is toegestaan. Daarbij is verder van belang dat in de bijlage diverse activiteiten zijn vermeld, waaronder bijvoorbeeld ook champignonkwekerijen, scholen, kerkgebouwen en buurthuizen. Om kunnen te bepalen of de in de bijlage vermelde activiteiten bedrijven zijn, die ingevolge het bestemmingsplan zijn toegestaan, dient de omschrijving van bedrijf daarvan in artikel 1.10 van de planregels te worden betrokken.*"

Een andere interessante uitspraak van de ABRvS in dit geval is ECLI:NL:RVS:2018:2422, waar in combinatie met de definities wel gekeken is naar de plantoelichting, omdat de definitie van bedrijf zeer ruim was en nadere invulling behoefde. Dit is echter de enige uitspraak die ik hierover heb kunnen vinden.

Kortom, definities in een bestemmingsplan zijn leidend voor de uitleg van het bestemmingsplan. Zijn er geen definities dan wordt aangesloten bij het algemeen spraakgebruik. Is dat ook niet duidelijk dan wordt aangesloten bij de bedoeling van de planwetgever (toelichting).

3. Huidig planologisch kader Amstel III

Planregels

Binnen het bestemmingsplan Amstel III West en het bestemmingsplan Amstel III Oost zijn bestemmingen aan gronden toegekend op grond waarvan bedrijven zijn toegestaan. Voor Amstel III West geldt dat binnen de bestemmingen "Bedrijf-1", "Gemengd-1" en "Gemengd-2" bedrijven zijn toegestaan die vallen in categorie 1 tot en met 3.1 van de van de regels uitmakende "Staat van Inrichtingen". Voor Amstel III Oost geldt dat binnen de bestemming "Gemengd" bedrijven zijn toegestaan die vallen in categorie 1 en categorie 2 van de van de regels uitmakende "Staat van Inrichtingen".

Datacentra worden op de lijst “Staat van Inrichtingen” aangemerkt als een categorie 2 bedrijf. Vraag is of datacenter daarmee ook zijn toegestaan bij recht binnen de bestemmingsplannen. Mijn mening is dat dat niet het geval is. Ik zet dat in het navolgende uiteen.

Uitleg planregels

Voor de vraag of datacenters zijn toegestaan binnen de bestemmingsplannen Amstel III West en Oost zijn er twee benaderingen mogelijk.

De eerste benadering is dat een datacenter in de Staat van Inrichtingen is opgenomen en is ingedeeld in milieucategorie 2. Daarmee is een datacenter toegestaan binnen de verschillende bestemmingen. Gelet op de vaste jurisprudentielijn van de ABRvS die ik in paragraaf 2 heb uiteengezet, houdt deze uitleg geen stand..

De tweede benadering is dat alvorens je aan de Staat van Inrichtingen toekomt, je eerst moet kijken naar het begrip bedrijf; wanneer is iets een bedrijf?
In dit geval wordt in de bestemmingsplannen het begrip bedrijf gedefinieerd, zodat dat leidend is voor de uitleg wat een bedrijf is, tenzij de definities geen uitsluitsel geeft. Ik ga dan ook alleen verder in op deze tweede uitleg.

Beide bestemmingsplannen van Amstel III hanteren voor “bedrijf” de volgende definitie: “inrichting voor de bedrijfsmatige uitoefening van industrie, ambacht, groothandel, opslag en/of transport”.

Een datacenter is een bedrijf in de zin van het bestemmingsplan Amstel III West en Amstel III Oost als het valt onder de categorieën genoemd in de definitie voor bedrijf, namelijk industrie, ambacht, groothandel, opslag en/of transport.

Deze afzonderlijke categorieën binnen de begripsomschrijving “bedrijf” worden in de bestemmingsplannen nader gedefinieerd. De volgende definities worden daarvoor gehanteerd:

“industrie”: het bedrijfsmatig industrieel vervaardigen, bewerken of herstellen van goederen.
“ambacht”: het bedrijfsmatig, gehele of overwegend door middel van handwerk vervaardigen, bewerken of herstellen en installeren van goederen.
“groothandel”: het bedrijfsmatig te koop aanbieden, waaronder begrepen de uitstalling voor verkoop, het verkopen en/of leveren van goederen aan wederverkopers, dan wel aan instellingen of personen voor de aanwending in een andere bedrijfsactiviteit.
“opslag”: het bedrijfsmatig opslaan en verpakken en verhandelen van goederen, niet zijnde detailhandel.
“transport”: het bedrijfsmatig vervoeren van goederen en/of personen.

Een datacenter kan worden omschreven als een beveiligd gebouw waarin ICT-apparatuur, meestal computerservers, continu verbonden zijn met het internet voor

uitwisseling en opslag van data. Een datacenter valt in ieder geval niet onder de begripsomschrijvingen van industrie, ambacht, groothandel en/of transport. M.i. valt het ook niet onder het begrip opslag (zie hierna). Daarmee valt het onder geen van de categorieën om te kwalificeren als een bedrijf in de zin van het bestemmingsplan en is een datacenter derhalve niet toegestaan.

Datacenter opslag?
In een datacenter wordt onder andere data opgeslagen. Of dit onder de definitie 'opslag' uit het bestemmingsplan valt, hangt af van de vraag wat verstaan wordt onder goederen. Het bestemmingsplan zelf geeft daar geen definitie van. Dan dient gekeken te worden naar de betekenis in het Groot woordenboek van de Nederlandse taal van Van Dale. Er zijn verschillende definities van goed (of goederen in meervoud) die hierbij van toepassing zijn. In een oude versie van de Van Dale die ik heb, en die hier van toepassing kunnen zijn, zijn dat: 1) bezittingen, vermogen en 2) koopwaren, stoffen enz. die in het maatschappelijk verkeer van de een naar de ander worden gezonden. In de online Van Dale komen de volgende overeenkomstige definities onder andere voor 1) bezit, vermogen en 2) benaming van allerlei voorwerpen en grondstoffen.
Bezitting wordt gedefinieerd als wat men bezit en bezit als het houden of genieten van een zaak, welke iemand in persoon, of door een ander, in zijn macht heeft, alsof zij hem toebehoorde, juridisch wel, in het dagelijks leven gewoonlijk niet van eigendom onderscheiden. Definitie van zaak die aansluit bij algemeen taalgebruik en ook voorkomt in de online Van Dale is ding, voorwerp. M.i. wordt in het samenstel van definities in het algemeen spraakgebruik onder goederen stoffelijke zaken verstaan en geen gegevens zoals data. Daarmee valt het gebruik als een datacenter niet onder opslag als bedoeld in het bestemmingsplan.

Nu een datacenter niet is aan te merken als Een datacenter is dan ook niet toegestaan binnen de bestemmingsplannen.

Relatie met plantoelichting

In de plantoelichting van Amstel III Oost wordt met geen woord gerept over datacenters. In de plantoelichting van Amstel III West wordt summier iets gezegd over datacenters. Uit de plantoelichting volgt wel dat het de bedoeling was van de planwetgever om in ieder geval de huidige datacenters positief te bestemmen. In hoeverre het ook de bedoeling is dat nieuwe datacenters mogelijk worden gemaakt, blijkt niet duidelijk uit de plantoelichting. Gelet op de vaste jurisprudentielijn van de ABRvS kom je in dit geval sowieso niet toe aan de plantoelichting omdat de regels als voldoende duidelijkheid geven.

Conclusie

Datacenters zijn niet toegestaan binnen de verschillende bestemmingen van de bestemmingsplannen "Amstel III West" en "Amstel III Oost".

4. Bestaande datacenters

Binnen Amstel III zijn al diverse datacenters gevestigd. In het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat dat op grond van de geldende bestemmingsplannen niet is toegestaan. Omgevingsvergunningen die zijn verleend voor datacenters op basis van het geldende bestemmingsplan kunnen met een afwijkingsprocedure zijn verleend of ze kunnen ten onrechte zijn verleend in strijd met het bestemmingsplan. Vermoedelijk is van het laatste sprake, omdat er tot nu toe altijd van uit werd gegaan dat een datacenter past binnen het bestemmingsplan. Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat dat een verkeerd uitgangspunt is geweest en dat voor die vergunningen niet een reguliere procedure had kunnen worden gevolgd, maar dat een afwijkingsprocedure had moeten worden gevolgd.

Voor beide situaties geldt in ieder geval dat de vergunningen in rechte onaantastbaar zijn als er geen bezwaar of beroep meer tegen openstaat.

De bestaande vergunde situaties die zijn vergund in strijd met het bestemmingsplan roepen twee vragen op: 1) staat het de gemeente vrij een nieuw standpunt in te nemen over de passendheid van datacenters in de bestemmingsplannen en 2) kan de gemeente handhavend optreden tegen de verleende vergunning.

Nieuw standpunt gemeente passendheid datacenters Amstel III

De vraag is of de ten onrechte verleende vergunningen precedentwerking hebben geschept en de gemeente gehouden is om nieuwe aanvragen ook te vergunnen in strijd met het bestemmingsplan. Daar kan ik kort over zijn. De jurisprudentie van de ABRvS zegt op dit moment dat het gelijkheidsbeginsel niet zover strekt dat de gemeente daartoe verplicht is, zie o.a. ECLI:NL:RVS:2018:2792. Dit betekent dat de gemeente in het vervolg uit kan (en moet) gaan van de juiste uitleg van de bestemmingsplannen.

Handhaving ten onrechte verleende vergunningen?

Voor de beantwoording van deze vraag maak ik een onderscheid tussen de vergunningen verleend op grond van de geldende bestemmingsplannen en op grond van het vorige bestemmingsplan uit 1987.

Voor de vergunningen verleend op basis van het de geldende bestemmingsplannen, verwijs ik naar de uitspraak van de ABRvS ECLI:NL:RVS:2018:578. In die uitspraak was een vergunning verleend voor gebruik dat strijdig was met het bestemmingsplan (geen vrijstelling voor verleend). Daarnaast was vrijstelling verleend voor een afwijkende bouwhoogte en bebouwingsgrenzen. Omdat uit de aanvraag het met de bestemming strijdige gebruik al blijkt, is met de vergunningverlening ook impliciet vrijstelling verleend voor het afwijkende gebruik, aldus de Afdeling. Gemeente is dan onbevoegd om te handhaven..
Als deze uitspraak wordt toegepast op de ten onrechte verleende vergunningen voor Amstel III in strijd met het geldende bestemmingsplan, is met de vergunningen ook impliciet vrijstelling verleend voor afwijkend gebruik voor datacenters als dit gebruik uit de aanvraag blijkt. De gemeente is dan onbevoegd om te handhaven. Indien een

nieuw bestemmingsplan (omgevingsplan) wordt gemaakt voor het gebied dient dit afwijkende gebruik ingepast te worden.

Voor vergunningen verleend op basis van het vorige bestemmingsplan geldt een ander regime. Dit gebruik had in het geldende bestemmingsplan positief te worden bestemd, maar is niet gebeurd. Dit betekent dat het gebruik als datacenter, mits bestaand ten tijde van de inwerkingtreding van de geldende bestemmingsplannen, onder het overgangsrecht is geplaatst. Gedurende deze planperiode kan niet handhavend worden opgetreden hiertegen, want het is toegestaan op grond van het overgangsrecht. In een volgend bestemmingsplan (omgevingsplan) moet er aandacht zijn voor het inpassen van dit gebruik.

Conclusie

De gemeente kan in de toekomst het standpunt innemen dat het gebruik voor datacenters in strijd is met de geldende bestemmingsplannen en nieuwe vergunningen om die reden weigeren, tenzij de gemeente wil meewerken via een vrijstellingsprocedure. Vergunningen die ten onrechte zijn verleend op grond van het geldende bestemmingsplan, en waarvan het strijdige gebruik als datacenter uit de aanvraag blijkt, kunnen niet worden gehandhaafd. Bij de vergunning wordt geacht impliciet vrijstelling te zijn verleend voor het strijdige gebruik.
Vergunningen op grond van het vorige bestemmingsplan kunnen evenmin worden gehandhaafd, want het strijdige gebruik, mits al bestaand op moment van inwerkingtreding van de geldende bestemmingsplannen, is onder het overgangsrecht gebracht.

In beide situaties dient aandacht te zijn voor het inpassen van de datacenters als er een nieuw bestemmingsplan (omgevingsplan) wordt opgesteld.

5. Conclusie en voorstel

Op basis van het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat de geldende bestemmingsplannen voor Amstel III (West en Oost) geen datacenters toelaten binnen de verschillende bestemmingen. Verleende vergunningen, zonder vrijstelling, zijn dan ook verleend in strijd met het bestemmingsplan.

Mijn voorstel is om bij nieuwe aanvragen voor datacenters het bestemmingsplan strikt toe te passen en aanvragen te weigeren wegens strijd met het bestemmingsplan, tenzij de gemeente van het bestemmingsplan wil afwijken. Het fout interpreteren van het bestemmingsplan in het verleden betekent namelijk niet dat de gemeente daar mee door moet blijven gaan.

Als de gemeente het bestemmingsplan strikt toepast, is er geen reden om het geldende planologische kader aan te passen om nieuwe initiatieven voor datacenters tegen te gaan; nieuwe datacenters zijn namelijk al niet bij recht toegestaan.

Mocht een initiatiefnemer in rechte opkomen tegen een geweigerde vergunning, en het standpunt van de gemeente blijkt toch geen stand te houden, dan is het noodzakelijk alsnog een voorbereidingsbesluit voor het gebied te nemen en het planologisch kader aan te passen.

Handhaving van de reeds verleende vergunningen voor datacenters is niet aan de orde. Vergunningen verleend op basis van het geldende bestemmingsplan, waarbij uit de aanvraag het strijdige gebruik blijkt, worden door de Afdeling gezien als vergunningen waarbij impliciet vrijstelling voor het strijdige gebruik is verleend. Als de vergunning is verleend op basis van het vorige bestemmingsplan, en het gebruik bestond al bij inwerkingtreding van het bestemmingsplan, dan valt het gebruik onder het overgangsrecht. In beide situaties moet wel bij een nieuw bestemmingsplan (omgevingsplan) aandacht zijn voor het inpassen van de bestaande datacenters.

***