

Gst. 2022/41

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 3 november 2021, nr. 202002945/2/R4
(Mrs. E.A. Minderhoud, S.F.M. Wortmann en J.M.L. Niederer)
m.nt. E.R. Helder¹

(Art. 3:3, 3:4 BW; art. 2.1 Wabo)

Module Ruimtelijke ordening 2021/8548
Omgevingsvergunning in de praktijk 2021/8587
ECLI:NL:RVS:2021:2434

Onroerend per decreet? (Utrecht)

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:189) is bij een aanvraag om verlening van een omgevingsvergunning als hier aan de orde de omschrijving bij het aanwijzingsbesluit tot beschermd monument van belang. De redengevende omschrijving geeft aan welke aspecten van het monument in het bijzonder beschermingswaardig zijn. Voor het wijzigen, verstoren of verwijderen van zo'n aspect is in ieder geval een omgevingsvergunning vereist. Het Flentroporgel is bij besluit van 21 juni 2010 toegevoegd aan de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh en is zodoende aangewezen als bijzonder beschermenswaardig aspect als hiervoor bedoeld. Tegen dit besluit heeft een beroepsmogelijkheid open gestaan. De vraag of dat besluit inhoudelijk juist is, kan in deze procedure niet aan de orde komen. Zoals hiervoor is overwogen is dit besluit in rechte onaantastbaar geworden. Zolang het orgel onderdeel uitmaakt van de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh valt deze onder de beschermende werking van de Erfgoedwet. Dit betekent dat het college bij de beoordeling van de aanvraag van UMS om de omgevingsvergunning terecht ervan is uitgegaan dat voor het verwijderen daarvan uit Leeuwenbergh een omgevingsvergunning vereist is op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wabo. Aanvullend merkt de Afdeling op dat de Erfgoedwet geen procedure lijkt te kennen waarbij de minister op aanvraag kan worden verzocht om de redengevende omschrijving te wijzigen. Deze mogelijkheid was er wel onder de Monumentenwet 1988, welke wet tot 1 juli 2016 op gevallen als hier aan de orde van toepassing was. Dit laat onverlet dat de Stichting zich altijd in een brief tot de minister kan wenden met een verzoek het orgel te verwijderen uit de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh.

Uitspraak op het hoger beroep van:
Stichting Gasthuis Leeuwenbergh, gevestigd te Utrecht,
appellante,
tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van
7 april 2020 in zaak nr. 19/4835 in het geding tussen:
de Stichting
en
het college van burgemeester en wethouders van Utrecht.

Procesverloop

Bij besluit van 25 september 2019 heeft het college aan Utrechtse Maatschappij tot Stadsherstel N.V. (hierna: UMS) een tijdelijke omgevingsvergunning verleend voor het tijdelijk verwijderen van een orgel uit het gebouw Leeuwenbergh Gasthuis (hierna: Leeuwenbergh) op het adres Servaasbolwerk 1A in Utrecht.

Bij uitspraak van 7 april 2020 heeft de rechtbank het door de Stichting daartegen ingestelde beroep niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft de Stichting hoger beroep ingesteld.

De Afdeling heeft de zaak op de zitting behandeld van 30 juli 2021, waar de Stichting, vertegenwoordigd door mr. D.C. Meerburg, bijgestaan door [gemachtigden], en het college, vertegenwoordigd door mr. E. Ossel en H.P. Jansen, zijn verschenen. Voorts is ter zitting UMS, vertegenwoordigd door mr. D. Caelers en mr. C. Ben-Lahcen, advocaten te Den Haag, bijgestaan door [gemachtigde], verschenen.

Bij mondelinge uitspraak van 30 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1718, heeft de Afdeling het door de Stichting ingestelde hoger beroep gegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank van 7 april 2020 vernietigd. Dit omdat de rechtbank het beroep van de Stichting, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, onder 4.3 tot en met 4.8, over het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 januari 2021, Stichting Varkens in Nood, ECLI:EU:C:2021:7, ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Daarbij heeft de Afdeling tevens aangekondigd dat zij in een afzonderlijke uitspraak haar oordeel geeft over het door de Stichting tegen het besluit van 25 september 2019 bij de rechtbank ingestelde beroep.

Overwegingen

Inleiding

1. Leeuwenbergh is in 1567 gesticht als pesthuis en heeft sindsdien verschillende functies gehad. Van 1930 tot en met 2004 is het gebouw in gebruik geweest als kerk. In 1954 is er voor dat gebruik een Flentroporgel in het gebouw geplaatst. Op 20 juni 1967 is het gebouw aangewezen als rijksmonument. Op 21 juni 2010 is aan de redengevende omschrijving van het monument toegevoegd: 'Tweeklaviers mechanisch orgel met vrij pedaal en 22 registers, gebouwd in 1954 door de firma Flentrop uit Zaandam'. De Stichting is van 22 december 2004 tot 11 januari 2019 eigenaresse geweest van Leeuwenbergh. Zij heeft dit gebouw per 11 januari 2019, zonder orgel, verkocht aan UMS. Het Flentroporgel heeft zij verkocht aan de orgelbouwer. Het orgel is op dit moment in bruikleen gegeven aan de Grote Kerk in Zwolle. Nadat het UMS bekend was geworden dat volgens het college voor het verwijderen van het orgel een omgevingsvergunning vereist was, heeft zij op 20 mei 2019 een aanvraag om een omgevingsvergunning ingediend voor het tijdelijk verwijderen van het orgel uit Leeuwenbergh. Het college heeft de aanvraag voor advies voorgelegd aan de Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed (hierna: de RCE), de

¹ Mr. dr. E.R. Helder is universitair docent voor de notariële rechtsgebieden aan de Universiteit Utrecht.

Afdeling Cultureel Erfgoed van de gemeente Utrecht en de commissie Welstand en Monumenten. Voorts heeft het college een ontwerpomgevingsvergunning ter inzage gelegd. Op het ontwerpbesluit heeft de Stichting een zienswijze ingediend. Op 25 september 2019 heeft het college aan UMS een tijdelijke omgevingsvergunning verleend voor de duur van vijf jaar. Hierin is het voorschrift opgenomen dat het Flentroporgel vóór 1 januari 2024 weer in Leeuwenbergh moet worden teruggeplaatst.

De Stichting heeft bij de rechtbank beroep ingesteld tegen dit besluit. De rechtbank heeft dit beroep bij uitspraak van 7 april 2020 niet-ontvankelijk verklaard. De Stichting heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij de Afdeling. Bij mondelinge uitspraak van 30 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1718, heeft de Afdeling het hoger beroep van de Stichting gegrond verklaard en de uitspraak van de rechtbank vernietigd. Dit omdat de rechtbank het beroep van de Stichting, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:953, onder 4.3 tot en met 4.8, over het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 januari 2021, Stichting Varkens in Nood, ECLI:EU:C:2021:7, ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. Daarbij heeft de Afdeling tevens aangekondigd dat zij in een afzonderlijke uitspraak haar oordeel geeft over het door de Stichting tegen het besluit van 25 september 2019 bij de rechtbank ingestelde beroep. Dat doet de Afdeling in deze uitspraak.

Wettelijk kader

2. Artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) luidt:

“Het is verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het slopen, verstoren, verplaatsen of in enig opzicht wijzigen van een rijksmonument of het herstellen, gebruiken of laten gebruiken van een rijksmonument op een wijze waardoor het wordt ontsierd of in gevaar gebracht.”

Artikel 2.15 van de Wabo luidt:

“Voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder f, kan de omgevingsvergunning slechts worden verleend indien het belang van de monumentenzorg zich daartegen niet verzet. Bij de beslissing op de aanvraag houdt het bevoegd gezag rekening met het gebruik van het monument.”

Artikel 2.22, tweede lid, van de Wabo luidt:

“Aan een omgevingsvergunning worden de voorschriften verbonden, die nodig zijn met het oog op het belang dat voor de betrokken activiteit is aangegeven in het bepaalde bij of krachtens de artikelen 2.10 tot en met 2.20. [...]”

Het beroep

3. De Stichting betoogt dat het college zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat voor het tijdelijk verwijderen van het orgel uit Leeuwenbergh op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wabo een omgevingsvergunning vereist is. Dit Flentroporgel is in het rijksmonumentenregister dan wel toegevoegd aan de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh, maar de beschermende werking van de Monumentenwet 1988 strekte zich volgens de Stichting niet uit over roerende zaken die geen bestanddeel zijn van een onroerende zaak. De vraag of een roerende zaak een bestanddeel is als hiervoor bedoeld wordt volgens de Stichting daarnaast bepaald door het civiele recht en niet door de RCE. De Stichting voert aan dat het college bij de afgifte van de door UMS gevraagde omgevingsvergunning ten onrechte heeft verondersteld dat er samenhang bestaat tussen het orgel en Leeuwenbergh. Een Flentroporgel is een courant orgel en het orgel in kwestie is bovendien niet specifiek voor Leeuwenbergh gebouwd. Daarbij is deze ook niet constructief op het gebouw afgestemd of daarmee verbonden. Er is volgens de Stichting daarom geen enkele aanwijzing voor een bouwkundige of historische relatie op grond waarvan dit Flentroporgel als (beschermenswaardig) bestanddeel van het rijksmonument Leeuwenbergh te beschouwen is.

3.1. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft Leeuwenbergh op 20 juni 1967 aangewezen als rijksmonument, waarna deze is opgenomen in het rijksmonumentenregister. Op verzoek van de Stichting heeft de minister op 21 juni 2010 besloten de redengevende omschrijving bij voornoemd aanwijzingsbesluit te wijzigen en het Flentroporgel daaraan toe te voegen. De besluiten van 20 juni 1967 en 21 juni 2010 zijn in rechte onaantastbaar geworden. De omschrijving in het register luidt sindsdien als volgt:

“Gasthuis Leeuwenbergh, in 1567 gesticht als pesthuis, dubbele zaal door twee zadeldaken gedekt tussen twee paren topgevels, stichtingssteen in Schalkwijkstraat. Tweeklaviers mechanisch orgel met vrij pedaal en 22 registers, gebouwd in 1954 door de firma Flentrop uit Zaandam.”

3.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 3 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:189) is bij een aanvraag om verlening van een omgevingsvergunning als hier aan de orde de omschrijving bij het aanwijzingsbesluit tot beschermd monument van belang. De redengevende omschrijving geeft aan welke aspecten van het monument in het bijzonder beschermingswaardig zijn. Voor het wijzigen, verstoren of verwijderen van zo'n aspect is in ieder geval een omgevingsvergunning vereist.

3.3. Het Flentroporgel is bij besluit van 21 juni 2010 toegevoegd aan de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh en is zodoende aangewezen als bijzonder beschermenswaardig aspect als hiervoor bedoeld. Tegen dit besluit heeft een beroepsmogelijkheid open gestaan. De

vraag of dat besluit inhoudelijk juist is, kan in deze procedure niet aan de orde komen. Zoals hiervoor is overwogen is dit besluit in rechte onaantastbaar geworden. Zolang het orgel onderdeel uitmaakt van de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh valt deze onder de beschermende werking van de Erfgoedwet. Dit betekent dat het college bij de beoordeling van de aanvraag van UMS om de omgevingsvergunning terecht ervan is uitgegaan dat voor het verwijderen daarvan uit Leeuwenbergh een omgevingsvergunning vereist is op grond van artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder f, van de Wabo. Aanvullend merkt de Afdeling op dat de Erfgoedwet geen procedure lijkt te kennen waarbij de minister op aanvraag kan worden verzocht om de redengevende omschrijving te wijzigen. Deze mogelijkheid was er wel onder de Monumentenwet 1988, welke wet tot 1 juli 2016 op gevallen als hier aan de orde van toepassing was. Dit laat onverlet dat de Stichting zich altijd in een brief tot de minister kan wenden met een verzoek het orgel te verwijderen uit de redengevende omschrijving van Leeuwenbergh.

Het betoog faalt.

4. Uit het besluit van 25 september 2019 blijkt daarnaast dat UMS en orgelbouwer Flentrop op het moment van het besluit op de aanvraag om de omgevingsvergunning te kennen hadden gegeven dat zij bereid waren mee te werken aan terugplaatsing van het orgel. Om de afspraken daarover juridisch te waarborgen heeft het college die afspraak als voorschrift opgenomen in de aan UMS verleende omgevingsvergunning. Dat het orgel niet in eigendom is van UMS biedt, anders dan de Stichting betoogt, geen aanleiding voor het oordeel dat het voorschrift tot terugplaatsing voor UMS op dit moment niet uitvoerbaar is.

Het betoog faalt.

Conclusie en slotoverwegingen

5. Het beroep is ongegrond. Het college moet de in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten vergoeden. De griffier van de Raad van State zal aan de Stichting met toepassing van artikel 8:114 van de Algemene wet bestuursrecht het door haar betaalde griffierecht voor het hoger beroep terugbetalen.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep ongegrond;
- II. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Utrecht tot vergoeding van de bij Stichting Gasthuis Leeuwenbergh in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.870,00, geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- III. bepaalt dat de griffier van de Raad van State aan Stichting Gasthuis Leeuwenbergh het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 532,00 voor de behandeling van het hoger beroep terugbetaalt.

Naschrift

1. De Afdeling oordeelt dat de verwijdering van het Flentroporgel uit Gasthuis Leeuwenbergh vergunningplichtig is. Het is om twee redenen een opmerkelijke uitspraak. Ten eerste omdat wordt teruggegrepen op een ingetrokken wet. Ten tweede omdat een door de wet gemaakt onderscheid tussen roerende en onroerende zaken terzijde wordt gesteld.

2. Stichting Gasthuis Leeuwenbergh heeft als derde-belanghebbende bezwaar gemaakt tegen de verleende vergunning en is daartegen in beroep gegaan. De stichting is van mening dat de verwijdering van het Flentroporgel geen vergunningplichtige activiteit was. De kern van haar betoog is dat het Flentroporgel een roerende zaak is en dat de wettelijke status van beschermd monument uitsluitend betrekking heeft op onroerende zaken. Dat het orgel in 2009 aan de redengevende omschrijving in de zin van de Monumentenwet 1988 is toegevoegd, maakt dat niet anders.

De Monumentenwet 1988 bepaalde inderdaad uitsluitend ten aanzien van onroerende monumenten dat de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap die kon aanwijzen als beschermd monument (art. 3 lid 1), waarbij in een redengevende omschrijving werd vermeld welke aspecten beschermwaardig waren. Een interessante vraag is welke betekenis toekwam en eventueel nog toekomt aan de vermelding – om welke reden dan ook – van roerende zaken in zo'n redengevende omschrijving. Daar komt nog bij dat de Erfgoedwet per 1 juli 2016 de Monumentenwet 1988 heeft vervangen. Indien een onroerende zaak door de minister als monument is aangewezen, heeft de wettelijke bescherming betrekking op het gehele desbetreffende kadastrale perceel. De redengevende omschrijving heeft geen wettelijke status meer.

3. Vanuit de optiek van het college zijn de vorenstaande overwegingen in casu niet relevant. Het college stelt namelijk dat het Flentroporgel bestanddeel is van de onroerende zaak Gasthuis Leeuwenbergh. Dit standpunt wordt gedeeld door de Rijksdienst voor het Cultureel Erfgoed (RCE). Naar verkeersopvatting is alles wat onderdeel van een zaak uitmaakt bestanddeel van die zaak (art. 3:4 lid 1 BW). De RCE heeft verwezen naar het *Depex*-arrest (HR 15 november 1991, *NJ* 1993/316). Daarin overwoog de Hoge Raad over de vraag of een fabrieksgebouw en daarin aanwezige apparatuur naar de verkeersopvatting als één zaak moeten worden gezien, dat een aanwijzing voor de bevestigende beantwoording ligt in het gegeven dat gebouw en apparatuur in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd. Volgens de RCE is dat laatste het geval, enerzijds omdat het Flentroporgel specifiek voor Gasthuis Leeuwenbergh is gemaakt, anderzijds omdat het gebouw als klankkast voor het orgel functioneert.

Op deze argumentatie valt wel wat af te dingen. Een kerkorgel wordt vrijwel altijd gebouwd voor een specifieke opdrachtgever. Bij de bouw kan rekening worden gehouden met de eigenschappen van de ruimte waarin het komt te staan. Maar het Flentroporgel uit Gasthuis Leeuwenbergh is zonder enige constructieve aanpassing overgeplaatst naar

de Grote Kerk te Zwolle. Het argument van constructieve afstemming gaat dus niet op.

En dat het gebouw functioneert als klankkast voor het orgel, is niet meer dan een samenloop van omstandigheden. Gasthuis Leeuwenbergh is in de 16e eeuw gebouwd voor een functie waaraan iedere muzikaliteit ontbrak en het gebouw heeft vele functies gehad voordat het als kerk werd gebruikt. Het is daarom onwaarschijnlijk dat de constructie van het gebouw is afgestemd op de plaatsing van een orgel vier eeuwen later. Ook toen het gebouw in 1930 werd ingericht als kerk zijn geen constructieve voorzieningen getroffen voor de plaatsing van een orgel. Het Flentroporgel werd in 1954 eenvoudigweg op de kerkvloer gezet. Overigens verving het Flentroporgel een ander orgel dat op een andere plaats in het gebouw had gestaan. Constructief was er kennelijk niet een bepaalde plaats voor het orgel voorzien.

4. Art. 3:4 BW heeft nog een tweede lid. De verkeersopvatting is niet aan de orde indien een zaak niet van de hoofdzaak kan worden gescheiden zonder beschadiging van betekenis aan een der zaken. In dat geval is de zaak bestanddeel van de hoofdzaak om die reden. Het college en de RCE verwijzen niet naar deze bepaling en dat is terecht, want het orgel kon onbeschadigd worden opgesteld in Zwolle en Gasthuis Leeuwenbergh bleef zonder orgel onbeschadigd achter.

5. Voor zover uit openbare stukken is af te leiden, heeft noch de gemeente Utrecht noch de RCE gesteld dat het Flentroporgel onroerend zou zijn op grond van art. 3:3 lid 1 BW (zie over de zogenaamde tweewegenleer: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016). Dat artikel bepaalt dat onder meer onroerend zijn: gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken. In het *Portocabin*-arrest (HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998/97) heeft de Hoge Raad uitgelegd dat de vraag of sprake is van een duurzame vereniging in de zin van dat wetsartikel afhangt van de kenbare bedoeling van de bouwer dat het desbetreffende object duurzaam ter plaatse blijft. Die bedoeling moet blijken uit bijzonderheden van aard en inrichting van het object. De technische mogelijkheid tot verplaatsing of verwijdering is daarbij niet relevant (HR 27 september 2013, *BNB* 2013/348 (*Warmtekrachtkoppelingsinstallatie*), r.o. 3.3.3). De verkeersopvatting speelt hierbij slechts indirect een rol, namelijk ten aanzien van de vraag of er wel sprake is van vereniging met de grond (al dan niet duurzaam) en ten aanzien van de kenbaarheid van de bedoeling van de bouwer.

Het college van de gemeente Utrecht en de RCE hebben een beroep op het *Portocabin*-arrest kennelijk niet opportuun geacht. Er is dan ook niets gesteld over bijzonderheden van aard en inrichting van het Flentroporgel, waaruit afgeleid kan worden dat het instrument kennelijk bedoeld was om duurzaam ter plaatse te blijven. Vaststaat dat het orgel behoorde tot de inventaris die verband hield met de functie die het gebouw van 1930 tot 2004 had. Visueel vormde het geen eenheid met het gebouw en functioneel ook niet (criteria blijkens HR 27 september 2013, *BNB* 2013/348,

r.o. 3.3.4.). De conclusie dringt zich op dat dit Flentroporgel een roerende zaak is.

6. In het licht van zowel de Monumentenwet 1988 als de Erfgoedwet is de vraag relevant of een beschermwaardig object roerend of onroerend is. Alle betrokken partijen waren zich daarvan bewust. Het is daarom opvallend dat de hoogste bestuursrechter aan die vraag voorbijgaat. Onder verwijzing naar zijn eigen uitspraak van 3 februari 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:189) – gedaan derhalve voor invoering van de Erfgoedwet – stelt de Raad van State simpelweg dat de redengevende omschrijving aangeeft welke aspecten van een monument in het bijzonder beschermwaardig zijn en dat voor het wijzigen, verstoren of verwijderen van zo'n aspect in ieder geval een omgevingsvergunning is vereist. Vervolgens poneert de Afdeling dat het orgel onder de bescherming van de Erfgoedwet valt zolang het onderdeel uitmaakt van de redengevende omschrijving. Daarom heeft het college het verwijderen van het orgel terecht aangemerkt als een vergunningplichtige activiteit in de zin van art. 2.1 lid 1 aanhef en onder f Wabo.

In 2009 is een deskundigenrapport opgemaakt over het Flentroporgel. Uit dat rapport blijkt overtuigend dat het Flentroporgel monumentale waarden heeft die bescherming verdienen. Vanuit het oogpunt van zorg voor het cultureel erfgoed kan men vrede hebben met de uitspraak van de Afdeling. De raad gaat echter niet mee met het standpunt van de gemeente en heeft kennelijk gezocht naar een andere grond om de vergunningplicht overeind te houden.

7. Vanuit rechtstatelijk oogpunt is de uitspraak minder bevredigend. De wetgevende macht heeft zowel in 1988 als in 2016 voor de wijze en mate van bescherming van cultureel erfgoed onderscheid gemaakt tussen roerende en onroerende zaken. Onder de wet van 1988 was voor de bescherming van onroerende zaken een redengevende omschrijving van belang, die werd vastgesteld door de uitvoerende macht. Door in het midden te laten of het Flentroporgel roerend of onroerend is, lijkt de rechterlijke macht de mogelijkheid te accepteren dat de uitvoerende macht die redengevende omschrijving – bewust of onbewust – heeft gebruikt als geitenpaadje om een roerende zaak onder het beschermingsregime voor onroerende monumentale zaken te brengen. De raad stelt dat de minister nog altijd gevraagd kan worden om de redengevende omschrijving aan te passen. Het is twijfelachtig of de minister daartoe bereid is, omdat een wettelijke basis sinds 1 juli 2016 ontbreekt. Maar bekeken door een privaatrechtelijke bril blijft de vermelding van dit orgel in de redengevende omschrijving een fopspeen. Het Flentroporgel is en blijft een roerende zaak.

8. Voor roerende zaken die deel uitmaken van het cultureel erfgoed, wordt in de Erfgoedwet de term 'cultuurogoed' gebruikt (art. 1.1 sub c). De minister kan een cultuurogoed aanwijzen als beschermd cultuurogoed, mits het onvervangbaar en onmisbaar is (art. 3.7 lid 1), waarbij de Erfgoedwet een invulling geeft van de termen 'onvervangbaar' en 'onmisbaar' (art. 3.7 lid 4). Een cultuurogoed is onvervangbaar indien geen of nagenoeg geen ander of gelijksoortig cultuurogoed in goede staat in Nederland aanwezig

is. Om het Flentroporgel als beschermd cultuurobject aan te wijzen zou eerst moeten worden vastgesteld dat geen gelijksoortig orgel uit dezelfde bouwperiode in goede staat in Nederland aanwezig is. Het orgel is daarnaast pas onmisbaar in de zin van de Erfgoedwet als het een symboolfunctie, schakelfunctie of ijkfunctie heeft. De Afdeling lijkt de mogelijkheid te accepteren om deze wettelijke voorwaarden te omzeilen.

E.R. Helder

Gst. 2022/42

Rechtbank Oost-Brabant 8 december 2021, nr. 19/2229, 20/342 en 20/923
(Mrs. M.J.H.M. Verhoeven, J. Heijerman en C.N. van der Sluis)
m.nt. S.D.P. Kole¹

(Art. 6 lid 2 Habitatrichtlijn; art. 2.7 lid 2 Wet natuurbescherming)

M en R 2022/25
ECLI:NL:RBOBR:2021:6389

Het zonder meer intern salderen met niet benutte emissieruimte van een eerder vergunde activiteit die nooit passend is beoordeeld, en waarbij voor het hervatten van die activiteit een nadere vergunning op basis van de Wnb of de Wabo is vereist, is in strijd met artikel 6 lid 2 Habitatrichtlijn.

Hierboven heeft de rechtbank het verzoek om intrekking van de Nbw-vergunning besproken en geoordeeld dat verweerder beter had moeten onderbouwen of het gedeeltelijk intrekken van de Nbw-vergunning ten behoeve van AC-8 noodzakelijk was vanwege artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn in combinatie met artikel 5.4, tweede lid, Wnb en of het vervallen van de milieutoestemming voor AC-8 in 2017 een omstandigheid was die aanleiding zou kunnen geven om de Nbw-vergunning in te trekken voor zover deze was verleend voor AC-8. Gelet op artikel 2.6, derde lid, Beleidsregel had verweerder het verzoek om (gedeeltelijke) intrekking moeten betrekken bij zijn besluit op de aanvraag voor de Wnb-vergunning. Omdat de noodzaak voor de intrekking van de Nbw-vergunning voor AC-8 nog moet worden onderzocht, kan het intern salderen met de stikstofemissies voor AC-8 in strijd zijn met artikel 2.6, derde lid, Beleidsregel.

De rechtbank zoekt bovendien aansluiting bij rechtsoverweging 85 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) van 7 november 2018 (het PAS-arrest). In dit geval is AC-8 in bedrijf genomen voordat de beschermingsregeling van de Habitatrichtlijn van toepassing werd op het betrokken gebied. De gevolgen van de emissies van AC-8, die kunnen worden

gebruikt om een toename van emissies in het aangevraagde project intern te salderen, zijn dus nooit passend beoordeeld. Het wederom betrekken van de emissies van AC-8 bij vergunningverlening voor het thans aangevraagde project is slechts toegestaan indien is gegarandeerd dat deze emissies niet leiden tot een verstoring die significante gevolgen kan hebben voor de doelstellingen van de Habitatrichtlijn. Het gaat dan met name om de daarmee nagestreefde instandhoudingsdoelstellingen. In het bestreden besluit is niet gegarandeerd dat het (mogelijk) salderen met deze emissies niet leidt tot een verstoring die significante gevolgen kan hebben voor de betrokken Natura 2000-gebieden. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat AC-8 feitelijk niet meer in werking was en ook niet meer in werking mocht zijn gelet op de revisievergunning uit 2017. Verder benadrukt de rechtbank dat de Amercentrale invloed heeft op bijna alle Natura 2000-gebieden in Nederland. Hierboven heeft de rechtbank de beperkingen op basis van artikel 2.6, eerste lid, Beleidsregel als een passende maatregel als bedoeld in artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn beschouwd. Verweerder heeft niet inzichtelijk gemaakt dat een verdere verslechtering van de staat van instandhouding binnen al deze gebieden kan worden voorkomen door middel van andere passende maatregelen. Het zonder meer verlenen van een vergunning is volgens de rechtbank onder deze omstandigheden in strijd met artikel 6, tweede lid, Habitatrichtlijn.

In de rechtspraak van de Afdeling kan worden gelezen dat het altijd is toegestaan te salderen met in het verleden vergunde, maar niet feitelijk benutte emissieruimte, tenzij de in het verleden vergunde emissieruimte is vervallen of geëxpireerd. De rechtbank brengt een nuancering aan op deze rechtspraak van de Afdeling. Indien het gaat om niet benutte emissieruimte vanwege een activiteit die in het verleden weliswaar is vergund, maar niet passend is beoordeeld, en waarbij voor het hervatten van die activiteit een nadere vergunning op basis van de Wnb of de Wabo is vereist, mag volgens de rechtbank hiermee slechts worden gesaldeerd als verweerder inzichtelijk maakt met welke andere passende maatregelen een daling van de stikstofdepositie voor dit Natura 2000-gebied kan worden gerealiseerd.

(gemachtigden: drs. J.G. Vollenbroek en ir. A.K.M. van Hoof), en het college van gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant, verweerder (gemachtigden: mr. H.J.M. Besselink en mr. A. Speekenbrink). Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen: RWE Generation NL B.V., te Geertruidenberg, vergunninghouder (gemachtigde: mr. J.J. Peelen).

(...)

Overwegingen

Feiten

1. De rechtbank gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden. De Amercentrale is sinds 1952 in bedrijf met verschillende eenheden die stroom en warmte opwekken. Toen de

¹ Sander Kole is universitair docent Algemeen bestuursrecht en Omgevingsrecht bij de Open Universiteit.