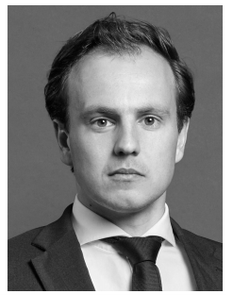
Emile Euverman,
Sophie Groeneveld,
Keesjan Meijering
en
*Sanne Schipper**



Kroniek zonneparken

In het Klimaatakkoord is afgesproken om in 2030 ten minste 35 TWh aan hernieuwbare energie op land op te wekken.[1] In de concepten voor de Regionale Energie Strategieën wordt een groot deel van deze opgave ingevuld door het opwekken van zonne-energie en (grondgebonden) zonneparken leveren daar een aanzienlijke bijdrage aan.[2]
Zonneparken zijn echter geen 'rustig bezit'; de maatschappelijke weerstand ertegen neemt toe, er wordt veel over/tegen zonneparken geprocedeerd en zonneparken in het buitengebied staan op de laatste trede van de 'zonneladder'.[3] Met alleen gebouwgebonden zonnepanelen ('zon op dak') kan echter niet aan de energieambitie uit het Klimaatakkoord worden voldaan. Er zullen dus nog zonneparken bij moeten.
Deze kroniek bevat een selectie van de meest relevante gerechtelijke uitspraken over zonneparken op het gebied van het omgevingsrecht, de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en SDE-subsidies in de periode 1 juni 2019 tot en met 7 oktober 2020.

1. Omgevingsrecht

Omdat zonneparken vaak in het buitengebied op agrarische gronden zijn voorzien is veelal wijziging van het bestemmingsplan of toestemming om daarvan af te mogen wijken nodig. Aangezien de aanleg (of uitbreiding) van een zonnepark een project is als bedoeld in art. 1.1 lid 1 sub a Crisis- en herstelwet[4] (Chw), is daarnaast de Chw op deze besluitvorming van toepassing.

Geschillen rondom ruimtelijke besluitvorming over zonneparken hebben in deze kroniekperiode geleid tot relevante uitspraken over de aspecten 'aanvaardbaar woon- en leefklimaat', 'belanghebbendheid', 'm.e.r.-beoordeling', 'participatie', 'stikstof' en 'bodemkwaliteit en biodiversiteit'. Deze bespreken wij hieronder.

1.1. Aanvaardbaar woon- en leefklimaat

Onderdeel van een goede ruimtelijke ordening is een aanvaardbaar woon- en leefklimaat. Onaanvaardbare aantasting van het woon- en leefklimaat van omwonenden door hinder is niet toegestaan. Voor zonneparken gelden echter geen normen voor acceptabele hinder, het Activiteitenbesluit milieubeheer is namelijk niet van toepassing op zonneparken. Dit moet dus per geval worden beoordeeld.

Bij zonneparken gaat het regelmatig om geluidshinder van transformatoren. Mede gezien het feit dat het geluid hiervan gering is, zij zelden hoorbaar zijn op meer dan enkele meters afstand en de gestelde overlast in ieder geval niet in de avond- en nachturen zal optreden (als geen elektriciteit wordt gewonnen), mag in beginsel worden volstaan met een beoordeling of aan de richtafstanden uit de VNG-brochure wordt voldaan.[5] Op grond daarvan geldt voor transformatoren (in woonwijken) een richtafstand van 30 meter. Wel zal goed gekeken moeten worden naar de vraag of de aanwezigheid van het zonnepark leidt tot een wezenlijke verandering van andere geluidsbronnen. Denk aan eventuele toename van geluidshinder van een nabijgelegen weg als gevolg van de bouw van een zonnepark.[6]

Een tweede punt dat met enige regelmaat terugkomt is lichthinder door lichtschittering. Dit wordt vaak opgelost door de panelen te voorzien van antireflectieglas of deze – richting woningen – af te schermen met beplanting. Als zulke maatregelen noodzakelijk zijn om de hinder acceptabel te laten zijn, moet het nemen daarvan wel als voorschrift aan de vergunning worden verbonden c.q. als

* Mr. E.P. Euverman, mr. S.E.A. Groeneveld, mr. K. Meijering en mr. S.M. Schipper zijn allen advocaat bij AKD.

1. Klimaatakkoord, p. 158.
2. Een overzicht van deze concept, die op 1 oktober 2020 zijn aangeboden aan het Nationaal Programma Regionale Energiestrategie, is terug te vinden op de website van het Nationaal Programma Regionale Energie Strategie: regionale-energiestrategie.nl/bibliotheek.
3. Zie bijv. de Nationale Omgevingsvisie (p. 87) d.d. 11 september 2020 (denationaleomgevingsvisie.nl/).
4. Het gaat immers om een productie-installatie ten behoeve van de productie van hernieuwbare elektriciteit met behulp van zonne-energie als bedoeld in art. 1.1 bij Bijlage 1 Chw (waar in art. 1.1 lid 1 sub a Chw naar wordt verwezen); zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 4.1 en Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692, r.o. 2.
5. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962; ABRvS 8 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1473, r.o. 3 en Rb. Noord-Nederland 23 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3824, r.o. 6.5.
6. Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 24 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5445, r.o. 10.3-10.4 en Rb. Gelderland 11 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2622, r.o. 3.4.

voorwaardelijke verplichting in het bestemmingsplan worden opgenomen.[7]

1.2. Belanghebbendheid

Niet-direct omwonenden lopen regelmatig aan tegen de 'belanghebbendheids-eis' uit art. 1:2 Awb.[8] Bij de beoordeling op dit punt geldt het bestendige uitgangspunt dat iemand die rechtstreeks feitelijke gevolgen ondervindt van een activiteit die een besluit toestaat, in beginsel belanghebbende is.[9]

Het criterium 'gevolgen van enige betekenis' dient als correctie op dit uitgangspunt.[10] Voor de invulling daarvan kijkt de rechter naar de ruimtelijke uitstraling die het zonnepark voor het woon-, leef- en werkklimaat van de omwonende zal hebben. Daarbij wordt acht geslagen op de factoren afstand tot, zicht op, planologische uitstraling van en milieugevolgen van het zonnepark, waarbij die factoren zo nodig in onderlinge samenhang worden bezien. Ook aard, intensiteit en frequentie van de feitelijke gevolgen kunnen van belang zijn.

Meer concreet kijkt de bestuursrechter naar de aard en omvang van het zonnepark en de gevolgen daarvan voor de omwonende. Omdat zij vaak alleen visuele gevolgen ondervinden, is de mate waarin het zonnepark het uitzicht beïnvloedt vaak bepalend. Daarbij is het aan de omwonende om aannemelijk te maken dat hij gevolgen van enige betekenis op het woon- of leefklimaat ondervindt.[11]

In een uitspraak van 26 juni 2019 overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) dat het bij een afstand van 450 meter tussen een woning en een zonnepark in beginsel niet aannemelijk is dat gevolgen van enige betekenis zullen worden ondervonden.[12] In deze uitspraak was, in afwijking van dat uitgangspunt, echter wel sprake van gevolgen van enige betekenis. De omvang van het project (35 ha) en het open karakter van het landschap maakten volgens de Afdeling dat de gevolgen voor het uitzicht in dat specifieke geval van enige betekenis waren. Ook oordeelt de Afdeling dat bij de vraag naar de belanghebbendheid geen doorslaggevende betekenis toegekend mag worden aan de landschappelijke inpassing (bijvoorbeeld: 'u ondervindt geen gevolgen van enige betekenis, want de landschappelijke inpassing onttrekt het zonnepark aan uw zicht'), als deze inpassing deel uitmaakt van het vergunde project en appellant zich (juist) tegen deze inpassing verzet.[13]

De uitspraak illustreert dat de aspecten afstand en zicht weliswaar vaak samenhangen, maar niet altijd tot hetzelfde resultaat leiden. Ook als iemand op één kilometer afstand van een toekomstig zonnepark woont, kan diegene mogelijk belanghebbende zijn vanwege de invloed van het zonnepark op het uitzicht.[14] Andersom geldt dat iemand die op een afstand van minder dan 150 meter woont, maar geen zicht zal hebben op een zonnepark, veelal geen gevolgen van enige betekenis zal ondervinden.[15] Dat laatste is echter weer anders als het zonnepark – bijvoorbeeld door licht- of geluidshinder – zorgt voor een zodanige ruimtelijke uitstraling dat de gevolgen van het zonnepark alsnog van enige betekenis zijn op het woon- en leefklimaat.

Duidelijk is dus dat ook bij het belanghebbende-begrip bij zonneparken het aloude adagium geldt: of je belanghebbende bent, hangt af van de specifieke omstandigheden van het geval. Wel zijn daarbij met name het zicht op het zonnepark, in combinatie met de locatie en omvang daarvan, relevant.

1.3. M.e.r.-beoordelingsplicht

Niet bij ieder zonneparkproject is het noodzakelijk om te toetsen of sprake kan zijn van mogelijke belangrijke nadelige milieugevolgen. Dit is alleen het geval als een bouwplan voor een zonnepark onder een van de activiteiten van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectenrapportage valt. In die situatie dient ten minste eerst een vormvrije m.e.r.-beoordeling te worden uitgevoerd, voordat een bestemmingsplanwijziging mag plaatsvinden, of een omgevingsvergunning met toepassing van de uitgebreide voorbereidingsprocedure mag worden verleend. Er kan dan vanwege art. 5 lid 6 van bijlage II bij het Bor bovendien geen tijdelijke omgevingsvergunning voor een periode van maximaal tien jaar worden verleend met toepassing van de kruimelgevallenregeling (art. 4 sub 9 en 11 van bijlage II bij het Bor).

Om die reden is meermaals betoogd dat een zonnepark valt onder een 'landinrichtingsproject' (categorie D9), 'stedelijk ontwikkelingsproject' (categorie D11.2) of 'industriële installatie' (categorie D22.1).[16] In de regel is dit echter niet het geval, zo blijkt uit een uitspraak van de

7. Rb. Oost-Brabant 24 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5445, r.o. 9.1-9.2.
8. ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2205, r.o. 7; ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981; Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692; Rb. Overijssel 6 december 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:4609; Rb. Noord-Nederland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3031; Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650; Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 5-12; Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 8-9.4.
9. ABRvS 7 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2376, r.o. 6.1.
10. Zie ook: J.A. Mohuddy & R. Bassie, '"Gevolgen van enige betekenis" in 2020: een overzicht van de laatste twee jaren', *BR* 2020/23.
11. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:20165, r.o. 2.2; ABRvS 23 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2017:2271, r.o. 3.2; zie ook: D.H. Tolsma. 'De belanghebbende: koerswijzigingen belicht', *JBplus* 2017, afl. 1, p. 27-40.
12. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981, r.o. 7.2.
13. ABRvS 26 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1981, r.o. 7.3; Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 8-9.4.
14. Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650, r.o. 2.4.
15. ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2205, r.o. 7; Rb. Noord-Nederland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3031, r.o. 9; Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 5-11.
16. Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:3422, r.o. 4.1-4.11, *BR* 2019/6, m.nt. H.J. Breeman en V.V. Jacobs; Rb. Noord-Nederland 21 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:1061, r.o. 6.1.

Afdeling van 14 augustus 2019.[17] Naar het oordeel van de Afdeling is een zonnepark geen 'industriële installatie', omdat voor de werking van een zonnepark geen brandstof nodig is. Over het betreffende zonnepark – van 4,3 ha – overweegt de Afdeling nog dat dit per saldo geen aanzienlijke negatieve gevolgen voor het milieu met zich brengt en (dus) ook geen 'stedelijk ontwikkelingsproject' is. Bovendien is de functiewijziging voor het zonnepark volgens de Afdeling onvoldoende substantieel om te spreken van een 'landinrichtingsproject'. In een uitspraak van 10 september 2019 komt de rechtbank Noord-Nederland om vergelijkbare redenen tot het oordeel dat een zonnepark van 15 ha niet m.e.r.-beoordelingsplichtig is.[18]

Het is niet uit te sluiten dat een omvangrijker zonnepark leidt tot een zodanige functiewijziging dat sprake is van een landinrichtingsproject in de zin van categorie D9 van de bijlage bij het Besluit milieueffectenrapportage. In algemene zin zal een zonnepark echter niet m.e.r.-beoordelingsplichtig zijn, gelet op voornoemde uitspraak van de Afdeling van 14 augustus 2019.

1.4. Participatie en draagvlak

Tot het najaar van 2019 was de Afdeling onverbiddelijk; draagvlak is *geen* vereiste in het kader van een goede ruimtelijke ordening. Het ontbreken daarvan staat op zichzelf dus ook niet in de weg aan het verlenen van planologische medewerking aan bijvoorbeeld een zonnepark.[19]

Deze harde lijn heeft de Afdeling in uitspraken van 23 oktober 2019 en 18 december 2019[20] genuanceerd. Weliswaar is het ontbreken van draagvlak op zichzelf nog steeds geen argument om planologische medewerking te (kunnen) weigeren, maar er is wel een haakje gegeven om aan participatieverplichtingen te toetsen. Uit deze uitspraken volgt dat in gemeentelijk of provinciaal beleid verplichtingen kunnen worden opgenomen voor initiatiefnemers om bepaalde inspanningen te verrichten (*niet* om bepaalde resultaten te behalen) die zijn gericht op het informeren van omwonenden en het verwerven of vergroten van maatschappelijk draagvlak voor de ontwikkeling.[21] Als een initiatiefnemer niet voldoende inspanningen pleegt, kan dit betekenen dat geen medewerking aan het initiatief wordt verleend. Het is en blijft echter wel aan het bestuursorgaan om een afweging te maken in het kader van een goede ruimtelijke ordening, waarbij ook het belang van een duurzame energievoorziening en het belang van omwonenden betrokken moet worden. Het ontbreken van draagvlak bij omwonenden is daarbij niet zonder meer het meest zwaarwegend.[22]

1.5. Provinciale regelgeving (landschappelijke inpassing, tijdelijkheid en zonneladder)

Provinciale regelgeving speelt bij zonneparken een belangrijke rol. Gemeentebesturen mogen immers alleen toestemming verlenen voor zonneparkprojecten die voldoen aan de provinciale instructieregels.[23] Veel provincies kennen specifieke instructieregels voor zonneparken.[24] Deze zien er vaak op dat aan de gegeven toestemming voorschriften worden verbonden ter borging van tijdelijkheid en landschappelijke inpassing en dat wordt voldaan aan de zonneladder.

Voor wat betreft het aspect tijdelijkheid vereist provinciale regelgeving veelal dat een zonnepark voor maximaal 25 jaar mag worden toegestaan, waarbij in de te geven toestemming moet worden geborgd dat na die termijn (i) het zonnepark wordt ontmanteld en (ii) het projectgebied in de oorspronkelijke staat wordt hersteld. Als dit niet gebeurt, kan het bevoegd gezag handhavend optreden. De dag waarop de termijn van 25 jaar gaat lopen, kan daarbij worden gekoppeld aan ingebruikname van het zonnepark ('start exploitatie').[25] Daarmee kan al snel een aantal jaar worden 'gewonnen' ten opzichte van de situatie waarin die termijn begint te lopen na inwerkingtreding of onherroepelijkheid van de gegeven toestemming.

Voor landschappelijke inpassing is een uitspraak van de Afdeling van 4 december 2019 van belang.[26] Onderdeel van het zonneparkproject dat hier centraal stond, was een landschappelijke inpassing. De kaders voor deze inpassing waren onderdeel van de omgevingsvergunning, maar deze moesten nog worden uitgewerkt in een beheer- en beplantingsplan. Dit zou pas *na* het verlenen van de omgevingsvergunning in een privaatrechtelijke overeenkomst gebeuren. Daarmee maakte het geen deel uit van de omgevingsvergunning, waarmee het voor derden niet mogelijk was om bij het college van burgemeester en wethouders (B&W) om bestuursrechtelijke handhaving

17. ABRvS 14 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2770, r.o. 3-3.6, *BR* 2019/86, m.nt. S.M. Schipper en E.P. Euverman.
18. Rb. Noord Nederland 10 september 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:3853, r.o. 9.2.
19. Zie bijv. ABRvS 27 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1702, r.o. 8.
20. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3580 en ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4209.
21. Zie bijv. Rb. Overijssel 3 september 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2902, r.o. 16-17.3 en Rb. Oost-Brabant 1 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3330, r.o. 32-38.
22. Zie bijv. ABRvS 29 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:301 en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:958, *BR* 2020/53, m.nt. K. Meijering en S.M. Schipper.
23. De provinciale instructieregels hebben doorgaans niet te gelden voor een omgevingsvergunning met toepassing van de kruimelgevallenregeling.
24. Zie art. 3.41 Interim omgevingsverordening (Geconsolideerde versie 1 maart 2020) (Noord-Brabant), art. 2.9 Provinciale Omgevingsverordening 2018 (Zeeland), art. 32a Provinciale Ruimtelijke Verordening (Geconsolideerde versie 3 september 2019) (Noord-Holland), art. 3.12 Provinciale Ruimtelijke Verordening, geconsolideerd (incl. herijking 2016, correctie 2017 en 2e partiële herziening 2018) (Utrecht), art. 2.23 Geconsolideerde Omgevingsverordening Flevoland (Flevoland), art. 2.1.8 Geconsolideerde Verordening vanaf 2017 (Overijssel), art. 2.24 Provinciale Omgevingsverordening Drenthe 2014 (Drenthe), art. 9.4 Verordening Romte Fryslân 2014 (Friesland) en art. 2.42 van de Geconsolideerde Omgevingsverordening februari 2019 (Groningen).
25. ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1769, r.o. 71 e.v.
26. ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4061, r.o. 3-3.1.

te verzoeken als zou worden afgezien van het vaststellen van een beheer- en beplantingsplan of als dit (wel) wordt vastgesteld, maar daarvan zou worden afgeweken. De plannen waarin de inhoud en instandhouding van de landschappelijke inpassing zijn beschreven, moeten dus deel uitmaken van het toestemmingsbesluit voor een zonnepark en met voorschriften zijn verzekerd. Er kan *niet* volstaan worden met het vastleggen van afspraken daartoe in een overeenkomst met de initiatiefnemer.

Verder zijn instructieregels van veel provincies erop gericht dat zonneparken in het buitengebied alleen zijn toegestaan als de zonneladder is doorlopen.[27] Aangetoond moet worden dat de capaciteit voor het opwekken van duurzame energie in bestaand stedelijk gebied, op bestaande bouwpercelen (en rekening houdend met de ontwikkelingsmogelijkheden van windenergie) onvoldoende is. Als dat het geval is, bestaat er behoefte om zonneparken in het buitengebied toe te staan. In deze kroniekperiode was de toepassing van de zonneladder in verschillende uitspraken onderwerp van geschil.[28] Daarbij kwam de bestuursrechter steeds tot het oordeel dat er behoefte was aan het betrokken zonneparkproject om te kunnen voldoen aan de doelstellingen voor het opwekken van duurzame energie.[29]

1.6. Stikstof

Door de inzet van mobiele werktuigen en verkeersbewegingen gaat de aanleg van zonneparken vaak gepaard met stikstofuitstoot.[30] Eventuele negatieve effecten van het neerdalen van die uitstoot op Natura 2000-gebieden (*stikstofdepositie*) moeten met AERIUS worden berekend.[31] Als daaruit volgt dat de relevante stikstofdepositie geen toename van 0,00 mol/ha/jaar bedraagt, waarbij gesaldeerd mag worden met legale bestaande activiteiten, is op voorhand uitgesloten dat het zonneparkproject significante gevolgen op Natura 2000-gebieden zal hebben.[32] Een toestemming ex art. 2.7 Wet natuurbescherming is dan niet nodig.

Levert de AERIUS-berekening een hogere stikstofdepositietoename op, dan is een aanvullende ecologische motivering nodig.[33] Nader ecologisch onderzoek kan uitwijzen dat significante gevolgen – ondanks de toename van de stikstofdepositie – zijn uitgesloten.[34] Is dat niet haalbaar, dan is een toestemming op basis van de Wet natuurbescherming vereist. In dat geval moeten de effecten van het project in een 'passende beoordeling' nauwkeurig worden bestudeerd. Positieve effecten van eventuele mitigerende maatregelen, zoals extern salderen, mogen daarbij worden betrokken. Als zekerheid wordt verkregen dat het project de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten, kan de toestemming worden verleend.

1.7. Bodemkwaliteit en biodiversiteit

Toestemming voor een zonnepark mag slechts worden verleend als het zonnepark niet leidt tot onevenredige aantasting van de biodiversiteit en bodemkwaliteit. Uit onderzoeken blijkt dat niet zonneklaar is of de realisatie van een zonnepark een positief of negatief effect heeft op de bodem, de biodiversiteit en het landschap.[35]
In een beroep tegen een zonneparkproject stelden eisers onder verwijzing naar een rapport van de WUR uit 2019 dat op voorhand duidelijk was dat het zonnepark een negatief effect op de biodiversiteit zou hebben. De rechtbank Oost-Brabant volgde dit betoog niet en oordeelde dat niet kon worden volstaan met verwijzing naar dit onderzoek.[36]

Dat de inpassing van het zonnepark een belangrijke rol speelt bij de beoordeling van de aspecten 'bodemkwaliteit' en 'biodiversiteit', kwam aan de orde in een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 6 februari 2020.[37] De rechtbank constateerde dat het project voorzag in maatregelen die tot verbetering van de bodemkwaliteit en biodiversiteit ter plaatse leidden. Volgens de rechtbank heeft B&W zich daardoor op het standpunt kunnen stellen dat het zonnepark niet leidt tot een onevenredige aantasting van de biodiversiteit en bodemkwaliteit.[38]

Volledigheidshalve lijkt het ons goed om te benadrukken dat voor het aspect 'biodiversiteit' een ontheffing nodig kan zijn in het kader van hoofdstuk 3 van de Wet natuur-

27. Zie art. 3.41 lid 1 sub a Interim omgevingsverordening (Geconsolideerde versie 1 maart 2020) (Noord-Brabant), art. 2.9 lid 2 Provinciale Omgevingsverordening 2018 (Zeeland), art. 9.4.1 lid 2 Verordening Romte Fryslân 2014 (Friesland) en art. 2.42.1 lid 2 van de Geconsolideerde Omgevingsverordening februari 2019 (Groningen).
28. ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3591, r.o. 8-8.6; Rb. Noord-Nederland 14 april 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:1650, r.o 9.1-9.5; Rb. Overijssel (vzr.) 22 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:237, r.o. 3.4.
29. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 11.2.
30. Gedurende de exploitatie van het zonnepark is het aantal verkeersbewegingen zodanig gering dat de 'gebruiksfase' bij zonneparkprojecten vaak niet wordt betrokken in de beoordeling van het aspect 'stikstof'.
31. AERIUS is een onlineapplicatie waarmee stikstofdepositieberekeningen kunnen worden uitgevoerd (aerius.nl/nl). Op grond van art. 2.1 lid 1 Regeling natuurbescherming moet deze applicatie – versie AERIUS Calculator 2020 – worden gebruikt bij een toestemming in het kader van art. 2.7 Wet natuurbescherming.
32. Dat is ook het geval als het zonnepark enkel leidt tot depositie op niet-stikstofgevoelige habitattypen. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 27 mei 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1962, r.o. 34-37.
33. Deze mag niet gebaseerd zijn op het voormalige PAS; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, en – in de context van een zonneparkproject – ook ABRvS 21 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2800, r.o. 35.1.
34. ABRvS 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1110.
35. F.F. van der Zee e.a., *Zonneparken natuur en landbouw* (Rapport 2945), Wageningen: Wageningen Environmental Research 2019; R.H. Klaassen e.a., *Literatuurstudie en formulering richtlijnen voor een ecologische inrichting van zonneparken in de provincies Groningen en Noord-Holland: Eindrapportage*, University of Groningen 2018.
36. Rb. Oost-Brabant 1 juli 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:3330, r.o. 29.
37. Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692.
38. Rb. Gelderland 6 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:692, r.o. 7.3.

bescherming (lees: het soortenbeschermingsrecht). Die toestemming haakt, evenals een Natura 2000-toestemming, aan bij een omgevingsvergunningaanvraag, tenzij er apart een ontheffing is aangevraagd bij gedeputeerde staten.[39] Bij een bestemmingsplanwijziging of een omgevingsvergunning ten behoeve van een zonnepark zal het bevoegd gezag moeten beoordelen of het soortenbeschermingsrecht aan de uitvoerbaarheid van het zonneparkproject in de weg staat.[40]

2. De E-wet

In delen van Nederland is sprake van capaciteitsproblemen en zogenoemde transportschaarste op het net, waardoor niet al het door producenten gewenste transport van elektriciteit door de netbeheerder kan worden uitgevoerd. Het realiseren van netverzwaringen kost tijd en netbeheerders kunnen niet altijd aan hun aansluit- en transportplicht voldoen. In deze kroniekperiode is een aantal interessante uitspraken gedaan over het begrip 'aansluiting', de aansluitplicht uit art. 23 E-wet en de transportplicht uit art. 24 E-wet. Deze bespreken wij hieronder.[41]

2.1. Aansluiting en WOZ-beschikking(en)

Op 2 juni 2020[42] ging het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) 'om' met betrekking tot het begrip 'aansluitplicht'. In art. 1 sub b E-wet is 'aansluiting' gedefinieerd als 'één of meer verbindingen tussen een net en een onroerende zaak als bedoeld in artikel 16, onderdelen a tot en met e, van de Wet waardering onroerende zaken ("Wet WOZ"), (…)'. Vanaf 2008 voert de ACM de beslissingspraktijk dat WOZ-beschikkingen bepalend zijn voor het afbakenen van de omvang van een WOZ-object.
Liander stelt zich hier echter op het standpunt dat de ACM ten onrechte van de WOZ-beschikking uit was gegaan, en niet van de feitelijke situatie. Feitelijk was namelijk sprake van één dak waarop zonnepanelen zouden komen voor (i) de eigenaar en (ii) een coöperatie, die daarvoor drie opstalrechten had gevestigd. B&W heeft drie afzonderlijke delen van het dak aangemerkt als drie aparte WOZ-objecten en de coöperatie aangemerkt als eigenaar en gebruiker van deze objecten. De coöperatie heeft Liander verzocht om elk afzonderlijk WOZ-object te voorzien van een kleinverbruikersaansluiting. Dit heeft Liander geweigerd, maar het heeft wel aangeboden om één grootverbruikersaansluiting te realiseren.

De ACM stelt dat Liander hierdoor in strijd met haar aansluitplicht van art. 23 E-wet handelt. De definitie uit art. 16 sub e Wet WOZ is helder en op grond van de WOZ-beschikking kan Liander eenvoudig vaststellen of sprake is van een WOZ-object en (dus) of er een aansluitplicht geldt, aldus de ACM. Liander stelt echter dat de drie opstalrechten en bijbehorende WOZ-beschikkingen alle drie op naam van de coöperatie staan en alleen zijn aangevraagd om de E-wet te omzeilen en zo drie kleine – goedkopere – aansluitingen te krijgen. Liander stelt dat de productie-installatie voor de opwekking van elektriciteit met behulp van zonnepanelen als één ondeelbare installatie heeft te gelden en dus slechts over één aansluiting kan beschikken.

Het CBb oordeelt – in lijn met de zeer lezenswaardige conclusie van A-G Wattel[43] – dat bij de vaststelling of sprake is van een aansluitplicht ex art. 23 lid 1 E-wet, niet in alle gevallen zonder meer moet worden aangesloten bij de objectafbakening uit een WOZ-beschikking[44] en wijkt daarmee af van de lijn die al sinds 13 april 2011[45] werd gehanteerd. Daarnaast oordeelt het CBb dat aan de WOZ-beschikking een weerlegbaar bewijsvermoeden kan worden ontleend voor de aansluitplicht, waarbij de partij die meent dat de WOZ-beschikking niet moet worden gevolgd (omdat die niet strookt met art. 16 Wet WOZ), de bewijslast draagt. Als er geen WOZ-beschikking is of een partij meent dat de objectafbakening die ten grondslag ligt aan de WOZ-beschikking onjuist is, moet het object worden afgebakend aan de hand van vier in de belastingjurisprudentie uitgekristalliseerde stappen: (i) welke onroerende zaken ex art. 3:3 BW kunnen worden geïdentificeerd, (ii) in hoeverre is de eigendom c.q. zakelijke gerechtigdheid van deze zaken verdeeld over verschillende personen, (iii) kunnen deze zaken worden opgesplitst in gedeelten die blijkens hun indeling bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt en (iv) vormen de onroerende zaken of de zelfstandige gedeelten een samenstel?

In deze zaak voorziet het CBb zelf in de zaak door deze stappen te volgen en oordeelde het dat het bij de drie opstalrechten van de coöperatie ging om slechts één WOZ-object als bedoeld in art. 16 sub d Wet WOZ. Liander werd in het gelijk gesteld en hoefde op grond van art. 23 E-wet niet meer dan één aansluiting te realiseren.

2.2. Termijn aansluitplicht

De termijn van 18 weken die ex art. 23 lid 3 sub a E-wet voor netbeheerders geldt om een aansluiting tot 10 MVA te realiseren, is absoluut. Er is volgens het CBb geen ruimte om hiervan af te wijken.[46] De tenzij-clausule uit art. 23 lid 3 sub b E-wet – die ziet op een installatie voor de productie van duurzame elektriciteit en hoogrenderende warmtekrachtkoppeling – heeft bovendien geen betrekking op aansluitingen tot 10 MVA.[47]

39. Lees meer hierover: W. Zwier, 'Aanhaken onder de Wet Natuurbescherming', *Gst.* 2017/57.
40. Rb. Zeeland-West-Brabant 7 mei 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:2129, r.o. 13.2.
41. Ook over het 'opknippen' van zonneparken is een interessante uitspraak gedaan door het CBb, namelijk CBb 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:323. Omdat het doel daarvan relevant is voor subsidies, komen wij daarop hierna onder 'SDE' terug.
42. CBb 2 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:364.
43. ECLI:NL:CBB:2019:658.
44. CBb 2 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:364, r.o. 4.3.
45. CBb 13 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3485.
46. CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:650, r.o. 5.2-5.2.2; CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:649, r.o. 5.3-5.3.2.
47. CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:650, r.o. 5.3-5.3.2; CBb 22 september 2020, ECLI:NL:CBB:2020:649, r.o. 5.4-5.4.2.

2.3. Verhouding aansluit- en transportplicht

De rechtbank Oost-Brabant en het hof 's-Hertogenbosch hebben zich in drie *Pottendijk*-uitspraken (*Pottendijk I*, *II* en *III*[48]) gebogen over de reikwijdte van de aansluitplicht voor netbeheerders ex art. 16 en 23 E-wet in combinatie met de verplichting om transport uit te voeren dat voortvloeit uit art. 24 E-wet.

In *Pottendijk I* draait het om twee projecten die Energiepark Pottendijk B.V. (Pottendijk) wil realiseren: een windpark met een opgesteld vermogen van (max.) 50,4 MW en twee zonneakkers met een opgesteld vermogen van (max.) 8,02 MW en 32,987 MW. In kort geding vordert Pottendijk dat Enexis wordt veroordeeld tot het doen van een aanbod voor (i) een aansluiting van 60 MVA op het dichtstbijzijnde punt in het door Enexis beheerde elektriciteitsnet, zonder het opnemen van (contractuele) transportbeperkingen én (ii) 60 MW transportcapaciteit. Hoewel de vorderingen zijn toegewezen voldoet Enexis volgens Pottendijk niet aan het vonnis, waarna Pottendijk een executiegeschil aanhangig maakt (*Pottendijk II*). Ook in die procedure wordt Pottendijk in het gelijk gesteld. Enexis gaat echter met succes in hoger beroep tegen de eerste uitspraak (*Pottendijk III*).

In *Pottendijk I* staan twee vragen centraal: is Enexis (i) op basis van art. 23 E-wet verplicht om Pottendijk op haar elektriciteitsnet aan te sluiten en (ii) op basis van art. 24 E-wet verplicht om Pottendijk een aanbod te doen om het transport van elektriciteit over het door haar beheerde net uit te voeren. Enexis voert aan dat zij voldoet aan haar aansluitplicht uit art. 23 E-wet door een aansluiting aan te bieden zonder de daarbij gewenste transportcapaciteit. Pottendijk wil geen gebruik maken van dit aanbod. Een aansluiting zonder transportcapaciteit is immers niet goed te gebruiken, aldus Pottendijk. De voorzieningenrechter is het daarmee eens en overweegt dat de plicht van de netbeheerder om degene die daarom verzoekt aan te sluiten, onvoorwaardelijk is en bovendien niet afhankelijk gesteld kan worden van de vraag of er transportcapaciteit aanwezig is. Door een aansluiting aan te bieden onder de voorwaarde dat geen gebruik wordt gemaakt van transportcapaciteit op het netwerk (lees: u krijgt een aansluiting, maar mag deze niet gebruiken) voldoet Enexis niet aan de aansluitplicht uit art. 23 lid 1 E-wet. Hoewel deze samenhang tussen de aansluit- en transportplicht nog wordt bevestigd in *Pottendijk II*, zette het hof 's-Hertogenbosch daar een streep door in *Pottendijk III*. Het hof oordeelt namelijk dat de aansluitplicht van art. 23 lid 1 E-wet moet worden onderscheiden van de verplichting om een aanbod te doen voor transport ex art. 24 lid 1 E-wet. Met andere woorden: het aanbod om een aansluiting te realiseren staat los van het aanbod om transport van elektriciteit te verrichten. De voorzieningenrechter heeft naar het oordeel van het hof ten onrechte geoordeeld dat Enexis niet aan haar wettelijke aansluitplicht voldoet door bij die aansluiting niet de gevraagde transportcapaciteit aan te bieden.

2.4. Transportplicht en weigering

Op grond van art. 24 lid 1 E-wet moet de netbeheerder transport uitvoeren ten behoeve van degene die daarom verzoekt. Dit geldt echter niet als er redelijkerwijs geen capaciteit beschikbaar is voor het gevraagde transport (art. 24 lid 2 E-wet). De bewijslast op dat punt rust bij de netbeheerder; hij moet aantonen dat alle maatregelen die hij kan nemen om toch aan het verzoek te voldoen zijn uitgeput en er desondanks onvoldoende transportcapaciteit beschikbaar is. Van belang daarbij is dat de netbeheerder níét uit mag gaan van het contractuele gebruik, de som van reeds aan aangeslotenen vergeven transportrechten (ook wel: *contractuele congestie*). Hij moet uitgaan van het fysieke gebruik van het netwerk, oftewel het daadwerkelijke gebruik van die transportrechten.[49] Er moet dus sprake zijn van *fysieke congestie*.

De uitleg die Enexis in de zaak *Zehnder*[50] aan 'fysieke congestie' geeft is volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant onjuist. Enexis stelt namelijk dat fysieke congestie hetzelfde is als contractuele congestie, namelijk 'al datgene wat op basis van meetwaarden en nabij te verwachten benutting op basis van contractwaarden dreigende transportschaarste gaat opleveren'. Enexis laat echter na te onderbouwen in hoeverre de contractwaarden ook echt benut gaan worden.[51] Dat 'contractuele congestie' onvoldoende is voor een beroep op art. 24 lid 2 E-wet, oordeelt ook het hof Arnhem-Leeuwarden in de *Schenkeveld*-uitspraak.[52]

Ook als sprake is van fysieke congestie, kan de netbeheerder niet altijd weigeren transportcapaciteit aan te bieden. Eerst zal hij moeten onderzoeken of congestiemanagement als bedoeld in § 9.2 Netcode elektriciteit (de Netcode) toegepast kan worden.[53] De netbeheerder moet op grond van art. 9.5 lid 1 Netcode eerst de vooraankondiging doen dat sprake kan zijn van structurele congestie en hij moet onderzoek doen naar de mogelijkheden van congestiemanagement. Als (a) het nettechnisch mogelijk is; (b) het bedrijfsvoeringstechnisch mogelijk is; (c) de periode van structurele congestie langer dan een jaar, maar korter dan vier jaar zal duren; en (d) er in het gebied voldoende potentiële deelnemers zijn voor congestiemanagement, moet de netbeheerder congestiemanagement toepassen (art. 9.5 lid 5 Netcode). Als congestiemanagement geen oplossing biedt, moet de netbeheerder dit binnen één week na het onderzoek op de eigen website en de website van de landelijk netbeheerder melden (art. 9.5 lid 6 Netcode).

In *Pottendijk III* gaat het hof 's-Hertogenbosch uitgebreid in op de transportplicht en de vraag wanneer een

48. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255 (*Pottendijk I*); Rb. Oost-Brabant 24 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7602 (*Pottendijk II*) en Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411 (*Pottendijk III*).
49. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o. 4.8 (*Pottendijk I*).
50. Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.5-4.6 (*Zehnder*).
51. Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.6 (*Zehnder*).
52. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1663, r.o. 3.30 (*Schenkeveld*).
53. Zoals reeds is geoordeeld in CBb 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.

netbeheerder mag weigeren transport uit te voeren ex art. 24 lid 2 E-wet. Volgens het hof mag een netbeheerder – in deze zaak Enexis – dit weigeren als er redelijkerwijs geen fysieke capaciteit beschikbaar is op het net. Naar het oordeel van het hof heeft Enexis aannemelijk gemaakt dat er geen transportcapaciteit is.[54] Enexis had hiertoe een prognose gemaakt van het daadwerkelijke beslag dat elektriciteitsproducenten in drie situaties op de transportcapaciteit zullen leggen: (i) de belasting van de huidige producenten en de producenten die bezig zijn met het realiseren van projecten en aan wie al een aanbod voor transport is gedaan, (ii) de belasting in het geval dat de productie van Pottendijk daarbij komt en (iii) de belasting indien niet alleen de productie van Pottendijk daarbij komt, maar tevens de productie van alle andere projecten waarvoor een aanvraag van transport is gedaan, maar waarvoor nog geen transport is aangeboden. Volgens deze berekeningen zou de totale elektriciteitsproductie in de verschillende scenario's hoger zijn dan de maximale transportcapaciteit. Enexis heeft naar het oordeel van het hof bovendien aannemelijk gemaakt dat congestiemanagement niet met succes kan worden toegepast en dat er in afwachting van de uitbreiding van de hoogspanningslijn geen andere maatregelen getroffen kunnen worden om transportcapaciteit te creëren.[55]

2.5. Discriminatieverbod

In art. 24 lid 3 E-wet staat een expliciet discriminatieverbod. In *Pottendijk I* stelt Enexis dat dit discriminatieverbod enkel geldt voor partijen die al beschikken over een aansluiting en niet voor partijen die – zoals Pottendijk – een aansluiting aanvragen. De voorzieningenrechter gaat hier niet in mee, omdat uit art. 24 lid 1 en 3 E-wet volgt dat de netbeheerder verplicht is aan degene die daar om verzoekt een aanbod tot transport van elektriciteit te doen en het discriminatieverbod geldt ten aanzien van degenen jegens wie een aansluitplicht geldt. Kortom, het discriminatieverbod uit art. 24 lid 3 E-wet geldt ook jegens degenen die nog niet over een aansluiting beschikken.[56]

Daarbij geldt – zoals ook het hof Arnhem-Leeuwarden in *Schenkeveld*[57] oordeelde – dat het principe 'first come, first served' (lees: bij de verdeling van transportcapaciteit wordt voorrang gegeven aan aangeslotenen die reeds hebben gecontracteerd) in strijd is met het discriminatieverbod en dus niet mag worden toegepast door de netbeheerder.[58] Ook in *Pottendijk II* en *Zehnder* werd geoordeeld dat 'first come, first served' in strijd is met het discriminatieverbod.[59]

In *Pottendijk III* gaat het hof 's-Hertogenbosch dieper in op het discriminatieverbod en 'first come, first served'. Het hof overweegt dat pas sprake is van discriminatie als de netbeheerder aanvragers in vergelijkbare gevallen verschillend behandelt, zonder dat daarvoor een rechtvaardiging bestaat. De situatie van degene die voor het eerst een aanbod voor transport aanvraagt is daarbij niet vergelijkbaar met de situatie van degene aan wie al transport is aangeboden. De eerste moet er rekening mee houden dat een aanbod kan worden geweigerd, waar de tweede afspraken heeft over transport en daar ex art. 7.1 lid 2 Netcode op mag vertrouwen.[60] Verder oordeelt het hof dat het toekennen van aanspraken op volgorde van binnenkomst van de aanvragen *op zichzelf* niet tot de conclusie leidt dat sprake is van een verboden onderscheid.[61]

Het hof oordeelt verder dat, anders dan in de uitspraak van het CBb van 17 mei 2013[62] waar ook over 'first come, first served' is geoordeeld, bij Pottendijk geen sprake is van de vraag of reeds aangeslotenen met een transportcontract moeten meedoen met congestiemanagement door een deel van hun gecontracteerde vermogen aan transportcapaciteit beschikbaar te stellen (en waarbij dus geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de aangeslotenen). Bij Pottendijk gaat het juist om de vraag of een toekomstige producent die transport verlangt daarvoor een aanbod moet krijgen, ook als de transportcapaciteit van het elektriciteitsnet niet is berekend op de vraag. Het hof is van oordeel dat Enexis onderscheid mag maken tussen aangeslotenen met een gecontracteerd transportvermogen en Pottendijk die niet beschikt over gecontracteerd transportvermogen, ook als Pottendijk eenmaal is aangesloten. Het verschil in positie tussen de aangeslotene met transportvermogen en Pottendijk rechtvaardigt in de gegeven omstandigheden – ook ter bescherming van de veiligheid en betrouwbaarheid van het net – dat Enexis weigert om een aanbod voor transport te doen, zolang er geen transportcapaciteit is. Pottendijk kan zich daarom niet beroepen op het discriminatieverbod en krijgt – voorlopig – niet de gewenste transportcapaciteit.[63]

3. SDE

Op grond van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (Besluit SDE) kan de Minister van Economische Zaken en Klimaat (minister) op aanvraag subsidie verstrekken aan – onder meer – producenten met een productie-installatie voor de productie van hernieuwbare elektriciteit uit zonlicht.

54. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.17-5.24 (*Pottendijk III*).
55. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.25-5.30 (*Pottendijk III*).
56. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o 4.4 (*Pottendijk I*), overigens werd in deze uitspraak verwezen naar de lijn in de rechtspraak van het CBb sinds CBb 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.
57. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1663 (*Schenkeveld*).
58. Rb. Oost-Brabant 12 september 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:5255, r.o 4.5 en 4.6 (*Pottendijk I*).
59. Rb. Oost-Brabant 24 december 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:7602, r.o. 4.6 (*Pottendijk II*); Rb. Oost-Brabant 30 januari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:570, r.o. 4.2-4.4 (*Zehnder*).
60. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.32-5.33 (*Pottendijk III*).
61. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.34 waarbij het hof onder meer verwijst naar de conclusie van A-G R.J.G.M. Widdershoven over schaarse vergunningen d.d. 25 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1421).
62. CBb van 17 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA1172.
63. Hof 's-Hertogenbosch 28 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2411, r.o. 5.39-40 (*Pottendijk III*).

In deze kroniekperiode zijn relevante uitspraken gedaan over de aanvraag, de weigeringsgrond 'haalbaarheid', de subsidieverplichtingen 'in gebruik nemen' van een installatie en aansluiten op een grootverbruikersaansluiting, ontheffing voor vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van een project en de cumulatie van overheidssteun. Wij bespreken ze hieronder.

3.1. De aanvraag; aandachtspunten

Het beschikbare bedrag aan SDE-subsidie wordt verdeeld op volgorde van binnenkomst van de aanvragen.[64] Aanvragers concurreren dus met elkaar om een beperkt budget, waarbij de datum waarop een volledige aanvraag is ontvangen beslissend is. Gelet hierop moet worden getoetst naar moment van aanvraag, en kan *geen* rekening worden gehouden met feiten en omstandigheden van na die aanvraag.[65] Daarnaast moet de aanvraag dus volledig zijn. De aanvraag moet bepaalde essentiële gegevens bevatten[66] en dient vergezeld te gaan van (1) een verklaring van de netbeheerder over de beschikbaarheid van transportcapaciteit[67] en (2) de vergunningen die noodzakelijk zijn voor de realisatie van de productie-installatie.[68] Ontbreekt een vergunning, of is de aanvraag op een ander punt incompleet, dan moet de minister de subsidie weigeren.[69]

Als bij de aanvraag geen toestemming van de eigenaar of gedoogplichtbeschikking op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht wordt overgelegd (wat vereist is als de producent geen eigenaar is van de locatie), moet de minister de aanvraag afwijzen. Dat het veel tijd kost om een gedoogplichtbeschikking te verkrijgen, komt voor risico van de aanvrager.[70] Ook als de aanvrager per ongeluk een fout maakt in de aanvraag – bijvoorbeeld door aan te vinken dat hij eigenaar is in plaats van huurder, en een verklaring van de eigenaar ontbreekt – komt dat voor rekening en risico van de aanvrager.[71] De minister mag uitgaan van de aanvraag. Als de aanvraag volledig is, maar onjuistheden bevat, dan hoeft de minister de aanvrager niet in de gelegenheid te stellen om de aanvraag aan te vullen.[72]

Tot slot is een aandachtspunt wie als producent is opgenomen in de aanvraag. In twee uitspraken heeft het CBb geoordeeld dat als een intermediair subsidie aanvraagt namens de producent, en vervolgens op eigen naam – en niet (mede) namens de producent – bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendt, het bezwaar en beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.[73] In dat geval heeft de intermediair enkel een afgeleid belang dat uitsluitend voortvloeit uit een contractuele relatie tussen de intermediair en de producent.[74] Een beroep op vereenzelviging wordt ook niet snel aangenomen, en in principe mag dan ook van iedere juridische entiteit verwacht worden dat zij zelf bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwendt.[75]

3.2. Weigeringsgrond 'haalbaarheid'

De minister kan de subsidieaanvraag ook afwijzen als hij het onaannemelijk acht dat de realisatie van de productie-installatie uitvoerbaar, technisch haalbaar, financieel haalbaar of economisch haalbaar is.[76] De termen 'uitvoerbaar' en 'financieel haalbaar' zijn volgens het CBb voldoende concreet en toetsbaar.[77] Met het overleggen van een haalbaarheidsstudie heeft een aanvrager de haalbaarheid daarnaast in beginsel voldoende aannemelijk gemaakt. Het ligt dan op de weg van de minister om twijfels over haalbaarheid met concrete gegevens te onderbouwen.[78]

3.3. Subsidieverplichtingen 'in gebruik nemen' en grootverbruikersaansluiting

Aan SDE-subsidies worden verplichtingen verbonden. Denk aan de verplichting voor de producent om de productie-installatie zo spoedig mogelijk na de subsidieverleningsbeschikking in gebruik te nemen.[79] Van 'in gebruik nemen' is sprake op het moment waarop de installatie gaat doen waarvoor deze bestemd is (namelijk het opwekken van duurzame energie).[80] Als de productie-installatie eerder in gebruik is genomen dan de datum waarop de

64. Art. 2 lid 1 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2019 en de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2020.
65. CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:126.
66. Art. 56 lid 4 Besluit SDE.
67. Art. 2d lid 3 Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie.
68. Art. 56 lid 6 Besluit SDE in samenhang met art. 2 lid 1 sub a Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie. Bij productie-installaties voor de productie van hernieuwbare energie door middel van zonne-energie hoeft de subsidieaanvraag niet vergezeld te gaan met de aanvraag van de vergunning krachtens de Wabo (indien het project op grond van die wet vergunningplichtig is).
69. Vgl. CBb 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:126.
70. CBb 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:501. Zie over de risico's van het (laat) aanvragen van een gedoogbeschikking ook Hof Amsterdam 11 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2252, r.o. 3.6.
71. CBb 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:672 en CBb 17 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:704.
72. CBb 10 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:672.
73. CBb 29 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:539 en CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:205.
74. CBb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:205.
75. CBb 29 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:539.
76. Art. 59 lid 1 sub c Besluit SDE.
77. CBb 3 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:655.
78. CBb 3 september 2019, ECLI:NL:CBB:2019:390.
79. Art. 61 lid 1 Besluit SDE. In art. 15 lid 2-4 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie voorjaar 2019 zijn de uiterlijke termijnen voor ingebruikneming opgenomen.
80. CBb 5 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:96.

SDE-subsidie is aangevraagd, moet de aanvraag ex art. 3 lid 3 Besluit SDE worden afgewezen.[81]

Ook kan aan de SDE-subsidie de verplichting tot aansluiting op – een Nederlands elektriciteitsnet via – een grootverbruikersaansluiting worden verbonden.[82] Als de producent er vervolgens voor kiest om niet op een grootverbruikers-, maar op twee kleinverbruikersaansluitingen aan te sluiten, mag de minister de bevoorschotting (vooruitlopend op subsidiebeëindiging in verband met het niet voldoen aan de subsidieverplichtingen) stopzetten, aldus het CBb.[83]

3.4. Ontheffing voor vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van de SDE-subsidie

Een andere verplichting betreft het overeenkomstig de aanvraag realiseren en exploiteren van de productie-installatie.[84] Van die verplichting kan de minister alleen ontheffing verlenen voor het vertragen, essentieel wijzigen of stopzetten van de realisatie of exploitatie,[85] waarbij bovendien sprake moet zijn van een nieuwe omstandigheid die ten tijde van de aanvraag niet was te voorzien.[86] Een ontheffing wordt niet verleend voor zover dit zou inhouden dat de subsidieontvanger de productie-installatie later in gebruik neemt dan een jaar na de dag waarop de productie-installatie in gebruik dient te zijn genomen.[87] Als de productie-installatie niet tijdig wordt gerealiseerd en er ook niet tijdig een ontheffing wordt verleend, kan de subsidie worden ingetrokken.[88]

3.5. Cumulatie van overheidssteun

Op grond van art. 4 lid 1 Besluit SDE kan de minister reeds ontvangen of genoten overheidssteun, dan wel nog te ontvangen of te genieten overheidssteun, in mindering brengen op de SDE-subsidie als het totaal aan verleende overheidssteun meer bedraagt dan is toegestaan op grond van het staatssteunrecht. Als een producent meer subsidie ontvangt dan hij nodig heeft om het verschil tussen de kostprijs van de door hem geproduceerde hernieuwbare elektriciteit en de marktprijs van elektriciteit te compenseren, bijvoorbeeld omdat hij naast SDE-subsidie nog een andere subsidie ontvangt, kan namelijk sprake zijn van overstimulering.

Voor producenten is naar het oordeel van het CBb voorzienbaar dat overstimulering kan leiden tot verlaging van de verleende SDE-subsidie. De minister beoordeelt immers aan de hand van de 'Beleidsregels cumulatietoets steun in het kader van het Besluit SDE' (Beleidsregels) of in een concreet geval sprake is van overstimulering. De minister moet daarbij uitgaan van de concrete feiten en omstandigheden van het geval, waaronder het daadwerkelijk verleende basisbedrag.[89] Dat een bepaalde subsidie niet genoemd is in art. 11 van de Beleidsregels, betekent niet dat deze daarom niet meegenomen mocht worden, nu geen sprake is van een limitatieve lijst.[90]

4. Afsluiting

Zoals in de inleiding al opgemerkt en uit deze kroniek ook wel blijkt, zijn zonneparken geen rustig bezit. De weerstand is groot en lijkt nog groter te worden, maar gelukkig zien wij in de praktijk dat de inspanningen op het gebied van participatie ook groter worden. Hopelijk bevat een volgende kroniek dus wat minder jurisprudentie/resultaten van geschillen over zonneparken. Gelet op de opgave voor hernieuwbare energie op land en de belangrijke rol die zonneparken hier nog altijd in spelen, verwachten wij echter dat wij nog wel een keer met een uitgebreide kroniek bij u terug zullen komen …

81. CBb 5 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:96.
82. Zie art. 8 lid 2 Besluit SDE in samenhang met art. 14 Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie.
83. CBb 30 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:323.
84. Art. 62 lid 1 Besluit SDE.
85. Art. 62 lid 3 Besluit SDE.
86. CBb 17 december 2019, ECLI:NL:CBB:2019:704.
87. Art. 62 lid 3 laatste volzin Besluit SDE.
88. CBb 12 november 2019, ECLI:NL:CBB:2019:582. Grondslag voor intrekking is art. 4:48 lid 1 sub b Awb (intrekking van subsidieverlening voordat deze is vastgesteld, omdat de subsidieontvanger niet heeft voldaan aan de aan de subsidie verbonden verplichtingen).
89. CBb 14 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:278 en CBb 9 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:146.
90. CBb 14 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:278.