

ECLI:NL:RVS:2013:CA2859, BR 2013/118, m.nt. H.J. Breeman & R.J.G. Bäcker) als voor (niet ondergeschikte) wijzigingen van een reeds eerder (onherroepelijk) verleende omgevingsvergunning (waarvoor wel een nieuwe aanvraag is vereist; zie ook ABRvS 18 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:842, BR 2015/66). Uit de oorspronkelijke vergunning blijkt namelijk niet dat deze nadien is gewijzigd. Op de gewijzigde tekeningen wordt veelal wel door middel van een stempel vermeld dat deze behoren bij een eerdere vergunning, maar uit oogpunt van rechtszekerheid zou het naar onze mening wenselijk zijn als ook op de oorspronkelijke omgevingsvergunning door middel van een stempel 'gewijzigd bij besluit van ...' wordt aangegeven dat deze nadien is gewijzigd.

8. Hoe dit ook zij, uit de voorliggende uitspraak lijkt de volgende les voor de praktijk te kunnen worden afgeleid: indien men een omgevingsvergunning wenst voor het bouwen in afwijking van een reeds eerder onherroepelijk verleende vergunning, is het belangrijk aan te geven waar de wijzigingen precies op zien en de aanvraag ook te beperken tot die wijzigingen. Doet men dat niet dan loopt men het risico dat het bouwplan weer in volle omvang ter discussie staat, hetgeen in combinatie met een intrekking van de eerdere vergunning ertoe kan leiden dat de eerdere onherroepelijke vergunning feitelijk weer teniet wordt gedaan.

H.J. Breeman & A. Mazzola

## BR 2019/6

Rechtbank Overijssel 19 september 2018, nr. ak\_zwo\_18\_689 (Mr. A. Oosterveld)  
m.nt. H.J. Breeman & V.V. Jacobs<sup>1</sup>

(Art. 4, onderdeel 11, van bijlage II Bor; art. 5, zesde lid, van bijlage II Bor)

ECLI:NL:RBOVE:2018:3422

### Tijdelijke omgevingsvergunning voor de duur van 10 jaar voor een grondgebonden zonnepark. (Staphorst)

*De rechtbank ziet op basis van de op 9 augustus 2018 toegezonden stukken geen aanleiding om aan te nemen dat het zonnepark binnen een termijn van tien jaar niet rendabel is. Evenmin vertonen deze stukken zodanige tekortkomingen dat op grond daarvan niet voor geloofwaardig kan worden gehouden dat de derde-partij haar investeringsbeslissing mede daarop heeft gebaseerd. Voor zover onverhoopt mocht blijken dat de opbrengsten van het zonnepark toch achterblijven en dat het zonnepark toch niet binnen een exploitatietermijn van tien jaar rendabel is, komt dit geheel voor risico van de derde-partij.*

*Vast staat dat de zonnepanelen op een volledig demontabele stellage zullen worden geplaatst. Het geheel kan snel en op eenvoudige wijze, zonder schade aan de panelen, worden ver-*

*wijderd. Het zonnepark kan eventueel elders weer worden opgebouwd. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat het zonnepark niet aan het einde van de termijn van tien jaar kan en zal worden afgebroken.*

Uitspraak van de enkelvoudige kamer in de zaak tussen: Groenrecycling Rouveen B.V., te Rouveen, eiseres, en het college van burgemeester en wethouders van Staphorst, verweerder. Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen: Auto-transport Hooikammer B.V., te Staphorst.

### Procesverloop

Bij besluit van 27 september 2017 (het primaire besluit) heeft verweerder aan Autotransport Hooikammer B.V. (hierna: Hooikammer) een omgevingsvergunning verleend ten behoeve van het aanleggen van een tijdelijk zonnepark met trafostations op het perceel, kadastraal bekend gemeente Staphorst, sectie AP, nummer 1147, aan de Uithofsweg te Rouveen (hierna: het perceel).

Bij besluit van 22 maart 2018 (het bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard. Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. De rechtbank heeft desgevraagd Hooikammer in de gelegenheid gesteld om als derde-partij deel te nemen aan dit geding.

Verweerder heeft een verweerschrift ingediend.

Bij brief van 9 augustus 2018 heeft verweerder desgevraagd nadere stukken aan de rechtbank doen toekomen. Verweerder heeft ten aanzien van deze stukken met een beroep op artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verzocht om te bepalen dat alleen de bestuursrechter kennis mag nemen van deze stukken. De rechtbank heeft de beoordeling van dit verzoek opgedragen aan een andere kamer. Bij beslissing van 14 augustus 2018 heeft de rechtbank bepaald dat de beperking van de kennisneming van deze stukken door alleen de rechtbank gerechtvaardigd is. Eiseres heeft toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 30 augustus 2018.

Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door J.C.M. van Reel en P.P. Koppers, bijgestaan door mr. C.G.J.M. Termaat. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. N.C. Ellens, E.J. Saathof en A.J. Pronk. Derde-partij heeft zich laten vertegenwoordigen door J.B. Hooikammer.

### Overwegingen

#### Verzoek om verwijzing naar meervoudige kamer

1. De rechtbank ziet geen aanleiding om deze zaak, zoals door eiseres is verzocht, te verwijzen naar de meervoudige kamer. Noch vanwege de complexiteit van de zaak, vanwege bijzondere rechtsvragen in verband met nieuwe of gewijzigde wet- of regelgeving, noch vanwege het maat-

<sup>1</sup> H.J. Breeman en V.V. Jacobs zijn beide advocaat bij AKD N.V.

schappelijk belang van de zaak bestaat aanleiding om deze zaak naar de meervoudige kamer te verwijzen.

### **De feiten**

2.1 De derde-partij is voornemens om aan de Uithofsweg te Rouveen een tijdelijk zonnepark met ca. 22.500 zonnepanelen en enkele trafostations te realiseren. Met dit zonnepark kan stroom worden opgewekt voor ongeveer 2.000 huishoudens.

2.2 Bij het primaire besluit heeft verweerder aan eiseres de aangevraagde omgevingsvergunning verleend. Aan de omgevingsvergunning is het voorschrift verbonden dat de instandhoudingstermijn voor het zonnepark tien jaar bedraagt, gerekend vanaf de dag dat de vergunning in werking is getreden, met dien verstande dat het zonnepark en de trafostations binnen twee maanden na het verstrijken van de instandhoudingstermijn verwijderd dienen te zijn.

2.3 Eiseres is een recyclingbedrijf voor groenafval. Eiseres beschikt over een terrein aan de Uithofsweg 2 te Rouveen, waar groenafval in de open lucht wordt opgeslagen. Dit terrein ligt vlakbij de beoogde locatie van het zonnepark. Eiseres vreest dat de vestiging van het zonnepark en andere toekomstige ontwikkelingen in de nabijheid van haar inrichting in de toekomst tot beperkingen voor haar bedrijfsvoering kunnen leiden.

### **Standpunten partijen**

3.1 Verweerder heeft aan de derde-partij een omgevingsvergunning verleend voor het bouwen van een bouwwerk en voor het afwijken van het bestemmingsplan "Buitengebied Staphorst". De afwijking is met toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, sub 2°, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo) verleend. De activiteit past binnen artikel 4, aanhef en onder 11, van bijlage II bij het Besluit omgevingsrecht (Bor). Eiser[es] ([]; toevoeging annotatoren) wordt door de vergunningverlening niet in zijn [haar] bedrijfsvoering geschaad.

3.2 Eiseres stelt zich op het standpunt dat verweerder niet bevoegd was om de aangevraagde omgevingsvergunning met toepassing van toepassing van artikel 2.12, eerste lid, onder a, sub 2°, van de Wabo te verlenen. Omdat sprake is van een activiteit als bedoeld in de eerste kolom van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (hierna: Besluit mer) volgt uit artikel 5, zesde lid, van bijlage II bij het Bor dat artikel 4, aanhef en onder 11, van bijlage II niet van toepassing is. Er is sprake van een activiteit als bedoeld in onderdeel D, categorieën 9, 11.2 en 22.1 van de bijlage bij het Besluit mer. Bovendien is niet aannemelijk dat het zonnepark binnen tien jaar zal zijn verwijderd. Evenmin is aannemelijk dat het zonnepark binnen tien jaar economisch rendabel is. Onvoldoende rekening is gehouden met het belang van eiser[es].

### **Bevoegdheid tot het verlenen van de omgevingsvergunning**

4.1 De rechtbank stelt voorop dat het gebruik van de gronden op het perceel voor een zonnepark met trafostations, zonder dat daarvoor een omgevingsvergunning is ver-

leend, in strijd is met het bepaalde in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo.

4.2 Op grond van het bepaalde in artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, sub 2°, van de Wabo, gelezen in samenhang met artikel 4, aanhef en onder 11, van bijlage II bij het Bor, is verweerder bevoegd om ten behoeve van ander gebruik van gronden of bouwwerken voor een termijn van ten hoogste tien jaar een omgevingsvergunning te verlenen. Wel is hiervoor vereist dat verweerder de betrokken belangen op zorgvuldige wijze tegen elkaar heeft afgewogen. Op grond van het bepaalde in artikel 5, zesde lid, van bijlage II bij het Bor is artikel 4, onderdelen 9 en 11, niet van toepassing op een activiteit als bedoeld in onderdeel C of D van de bijlage bij het Besluit mer.

4.3 Uit de nota van toelichting bij artikel 5, zesde lid, van bijlage II bij het Bor (*Stb.* 2014, 333, p. 58) volgt dat bij het formuleren van deze bepaling is geabstraheerd van de vraag of het gaat om een aangewezen geval waarin de merplicht of mer-beoordelingsplicht geldt.

De rechtbank zal dan ook bezien of sprake is van een activiteit als bedoeld in kolom 1 van de onderdelen C of D van het Besluit mer, zonder dat hierbij de vraag wordt betrokken of tevens voldaan is aan het bepaalde in de kolommen 2 tot en met 4 van deze onderdelen. Enkel voor zover dit nuttig is ter verheldering van wat bedoeld wordt met wat vermeld is in kolom 1 zal de rechtbank aandacht besteden aan de overige kolommen.

4.4 Categorie D 9 van de bijlage bij het Besluit mer heeft betrekking op een landinrichtingsproject dan wel een wijziging of uitbreiding daarvan. De rechtbank stelt vast dat de term 'landinrichtingsproject' in het Besluit mer niet gedefinieerd is. Alhoewel de term 'landinrichting' over het algemeen slechts gebruikt wordt voor maatregelen en voorzieningen als gedefinieerd in artikel 1, eerste lid, van de Wet inrichting landelijk gebied (Wilg), is de rechtbank van oordeel dat deze term in categorie D 9 van de bijlage bij het Besluit mer ruimer is bedoeld. Hiertoe acht de rechtbank van belang dat deze term blijkens de kolommen 2 tot en 4 van categorie D 9 van de bijlage bij het Besluit mer ook betrekking kan hebben op andere grootschalige projecten in het buitengebied dan alleen landinrichtingsprojecten in de zin van de Wilg. Naar het oordeel van de oordeel [lees; rechtbank] is de term 'landinrichtingsproject' in categorie D 9 evenwel niet zo ruim dat iedere ontwikkeling in het buitengebied hieronder valt. Deze categorie is bedoeld voor grootschalige ontwikkelingen in het buitengebied.

Een ontwikkeling op een perceel van 4,3 ha, zoals hier, kan niet worden aangemerkt als een landinrichtingsproject in de zin van deze categorie.

4.5 Categorie D 11.2 van de bijlage bij het Besluit mer heeft betrekking op de aanleg, wijziging of uitbreiding van een stedelijk ontwikkelingsproject met inbegrip van de bouw van winkelcentra of parkeerterreinen. Om aan te nemen dat een project een stedelijk ontwikkelingsproject is, moet een project een bepaalde omvang hebben. Gezien de

geringe omvang van dit project kan dit niet als zodanig worden aangemerkt.

4.6 Categorie 22.1 van de bijlage bij het Besluit mer heeft betrekking op de oprichting, wijziging of uitbreiding van een industriële installatie bestemd voor de productie van elektriciteit, stoom en warm water. De rechtbank is van oordeel dat uit het gebruik van het woord “en” in deze categorie volgt dat deze slechts van toepassing is indien sprake is van zowel elektriciteit als ook stoom en warm water. Voor de hand ligt dat als deze categorie niet cumulatief zou zijn bedoeld, door de wetgever gekozen zou zijn voor het woord “of” dan wel “en/of” in plaats van “en”. Nu geen sprake is van een industriële installatie die bestemd is voor de productie van elektriciteit, stoom en warm water, is deze categorie hier niet van toepassing.

4.7 Nu geen van de door eiseres genoemde categorieën van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit mer van toepassing is en ook overigens niet gebleken is dat het bepaalde in artikel 5, zesde lid, van bijlage II bij het Bor hier van toepassing is, mocht verweerder artikel 4, aanhef en onder 11, van bijlage II toepassen indien althans sprake is van gebruik als omschreven in deze bepaling voor ten hoogste tien jaar.

4.8 Naar aanleiding van de stelling van eiseres dat een zonnepark dat maximaal tien jaar aanwezig is economisch niet rendabel kan zijn en dat daarom niet geloofwaardig is dat het zonnepark binnen tien jaar zal worden verwijderd, heeft de rechtbank verweerder gevraagd waaruit blijkt wat de terugverdientijd van het project is. Bij brief van 9 augustus 2018 heeft verweerder de volgende bedrijfsgegevens aan de rechtbank doen toekomen:

- haalbaarheidsstudie SDE Uithofseweg Staphorst 10 jaren met restwaarde;
- toelichting op de exploitatieberekeningen;
- haalbaarheidsstudie SDE Uithofseweg Staphorst exploitatie onderbouwing restwaarde.

Eiseres heeft de rechtbank verzocht om de vraag of het zonnepark ook met een exploitatie-termijn van tien jaar economisch rendabel kan zijn voor te leggen aan de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (StAB). De rechtbank ziet hiertoe geen aanleiding.

De vraag die hier voorligt is niet of de berekeningen waarop eiseres zich heeft gebaseerd volledig juist zijn, maar of aannemelijk is dat het zonnepark aan het einde van de instandhoudingstermijn van tien jaar zal worden verwijderd. Slechts indien op voorhand duidelijk is dat het zonnepark binnen deze exploitatietermijn niet rendabel kan zijn of indien de berekeningen zodanige tekortkomingen vertonen dat niet voor geloofwaardig kan worden gehouden dat de derde-partij haar investeringsbeslissing mede daarop gebaseerd heeft, zal aanleiding bestaan om te oordelen dat op basis van deze stukken niet geloofwaardig is dat het zonnepark binnen tien jaar zal worden verwijderd. De rechtbank ziet op basis van de op 9 augustus 2018 toegezonden stukken geen aanleiding om aan te nemen dat het zonnepark binnen een termijn van tien jaar niet rendabel is. Evenmin vertonen deze stukken zodanige tekortkomingen dat op grond daarvan niet voor geloofwaardig kan wor-

den gehouden dat de derde-partij haar investeringsbeslissing mede daarop heeft gebaseerd. Voor zover onverhoopt mocht blijken dat de opbrengsten van het zonnepark toch achterblijven en dat het zonnepark toch niet binnen een exploitatietermijn van tien jaar rendabel is, komt dit geheel voor risico van de derde-partij.

4.9 Vast staat dat de zonnepanelen op een volledig demontabele stelling zullen worden geplaatst. Het geheel kan snel en op eenvoudige wijze, zonder schade aan de panelen, worden verwijderd. Het zonnepark kan eventueel elders weer worden opgebouwd. Er is dan ook geen reden om aan te nemen dat het zonnepark niet aan het einde van de termijn van tien jaar kan en zal worden afgebroken.

4.10 De rechtbank stelt vast dat verweerder aan de gehandhaafde omgevingsvergunning onder meer het volgende voorschrift heeft verbonden:

“Binnen twee maanden na het verstrijken van de instandhoudingstermijn moet het tijdelijke zonnepark en trafostations van het perceel verwijderd zijn. De instandhoudingstermijn bedraagt tien jaar, gerekend vanaf de dag dat de omgevingsvergunning in werking is getreden.”

De rechtbank stelt voorop dat uit dit voorschrift blijkt dat de instandhoudingstermijn tien jaar bedraagt. De maximale instandhoudingstermijn van tien jaar is met dit voorschrift dan ook niet overschreden. Na afloop van deze termijn is het de derde-partij op grond van het bepaalde in artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wabo verboden om het zonnepark en de trafostations ter plaatse aanwezig te hebben. Anders dan eiseres meent verschaft dit voorschrift de derde-partij niet het recht om het zonnepark en de trafostations na afloop van de instandhoudingstermijn van tien jaar nog twee maanden ter plaatse aanwezig te hebben, in welk geval sprake zou zijn van een langere instandhoudingstermijn dan op grond artikel 4, onderdeel 11, van bijlage II bij het Bor maximaal is toegestaan. Veeleer moet dit voorschrift zo worden gelezen dat verweerder, indien twee maanden na afloop van de instandhoudingstermijn blijkt dat (onderdelen van) het zonnepark en de trafostations nog ter plaatse aanwezig zijn, voornemens is om daartegen handhavend op te treden.

Uit het voorschrift kan evenmin worden afgeleid dat de derde-partij voornemens is om het zonnepark en de trafostations na afloop van de instandhoudingstermijn nog twee maanden extra ter plaatse te handhaven. Uit de aanvraag blijkt niet dat de derde-partij om twee extra maanden, naast de instandhoudingstermijn van tien jaar, heeft verzocht.

4.11 De rechtbank is gelet op hetgeen hiervoor is overwogen van oordeel dat verweerder gelet op het bepaalde in artikel 4, onderdeel 11, van bijlage II bij het Bor bevoegd was om met toepassing van het bepaalde in artikel 2.12, eerste lid, aanhef en onder a, sub 2°, van de Wabo een omgevingsvergunning te verlenen voor het afwijken van het bestemmingsplan ten behoeve van dit project.

**Overige beroepsgronden**

5.1 De rechtbank is van oordeel dat de ruimtelijke onderbouwing van het project voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Bezien is wat de gevolgen van het project zijn voor de omgeving. Niet gebleken is dat de landschappelijke waarden van de omgeving door het project op onaantvaardbare wijze worden aangetast. In dit verband is van belang dat het zonnepark zal worden aangelegd tussen een bestaand bedrijf, een spoorlijn en een talud van een provinciale weg. Dat een schone activiteit, zoals het zonnepark, niet past in de directe nabijheid van het terrein waar eiseres groenafval in de open lucht opslaat, zoals eiseres heeft betoogd, is de rechtbank niet gebleken. Zoals ter zitting is uitgelegd, kan stof dat afkomstig is van de inrichting van eiseres, op eenvoudige wijze van de zonnepanelen worden verwijderd. Een nader onderzoek naar eventuele andere effecten van de inrichting van eiseres op het zonnepark was in dit geval niet op grond van de zorgvuldigheid vereist.

5.2 Niet gebleken is dat het project waarvoor verweerder de gehandhaafde omgevingsvergunning heeft verleend in strijd is met provinciaal beleid. Het provinciaal beleid laat ruimte voor de oprichting van zonneparken in het buitengebied.

Niet gebleken is dat de provincie Overijssel gemeenten heeft verboden om medewerking te verlenen aan de realisering van zonneparken met een exploitatietermijn van minder dan 15 jaar.

5.3 Niet gebleken is dat eiseres in haar bedrijfsvoering wordt geschaad door de aanleg van het zonnepark. Voor zover sprake is van stofhinder vanuit de inrichting van eiseres, komt deze hinder voor risico van de derde-partij die er immers voor heeft gekozen om het zonnepark naast de legaal in werking zijnde inrichting van eiseres op te richten. Verweerder heeft bij de afweging van de betrokken belangen tevens betekenis mogen toekennen aan het (algemeen) belang om te komen tot opwekking van meer duurzame energie, welk belang gediend wordt door de aanleg van het zonnepark. De rechtbank is daarom van oordeel dat verweerder, bij afweging van alle betrokken belangen, in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de verleende omgevingsvergunning voor het project van de derde-partij te handhaven.

5.4 De rechtbank merkt hierbij op dat het aangevraagde kleinschalige project ter beoordeling voorligt en niet mogelijke grotere ontwikkelingen in de toekomst.

**Conclusie**

6 Het beroep is daarom ongegrond.

**Proceskosten**

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

**Beslissing**

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

**Noot**

1. Eerder annoteerden wij voor dit tijdschrift de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de "Afdeling") van 4 april 2018 inzake de tijdelijke zonneakker in de gemeente Coevorden.<sup>2</sup> In die uitspraak stond de vraag centraal of een tijdelijk zonneakker mogelijk kon worden gemaakt met een omgevingsvergunning op de voet van artikel 2.12, eerste lid, onder a, onder 2 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (de "Wabo") jo. artikel 4, aanhef en onder 11, bijlage II bij het Besluit omgevingsrecht (het "Bor").

2. De Afdeling oordeelde in die uitspraak kort gezegd dat met toepassing van onderdeel 11 van de zogenaamde 'kruimelregeling' een tijdelijke zonneakker mogelijk kon worden gemaakt. Vereist is wel dat de vergunde activiteit (de zonneakker) na afloop van de termijn (tien jaar) zonder onomkeerbare gevolgen *kan* worden beëindigd. Wij concludeerden in onze annotatie dat de toetsingsmaatstaf die de Afdeling hanteert bij onderdeel 11 van de kruimelregeling flexibeler is dan de wetgever lijkt te hebben beoogd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt immers dat bij de toepassing van onderdeel 11 van de kruimelregeling relevant is dat de activiteit na afloop van de termijn niet alleen 'kan' maar ook daadwerkelijk 'zal' worden beëindigd (het "kan en zal criterium").<sup>3</sup>

3. De onderhavige uitspraak gaat eveneens over een tijdelijk zonnepark dat door het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Staphorst (het "College") met toepassing van onderdeel 11 van de kruimelregeling is vergund voor een periode van 10 jaar.

**Is een zonnepark een activiteit als bedoeld in de categorieën D 9, D 11.2 en D 22.1 van het Besluit mer?**

4. Eiseres stelt dat het College de omgevingsvergunning niet had mogen verlenen, omdat een (grootschalig) zonnepark zou kwalificeren als een activiteit als bedoeld in de eerste kolom van onderdeel D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage (het "Besluit mer"), meer specifiek de categorieën D 9, D 11.2 en D 22.1. Op grond van artikel 5, zesde lid Bor kan onderdeel 11 van de Kruimellijst niet worden toegepast bij een activiteit als bedoeld in onderdeel C of D van de bijlage bij het Besluit mer. Uit de nota van toelichting bij artikel 5, zesde lid Bor volgt dat het hierbij slechts om de activiteit gaat en het niet relevant is of de desbetreffende activiteit m.e.r.-plichtig of m.e.r.-beoordelingsplichtig is.

5. De rechtbank oordeelt kort gezegd dat het zonnepark niet kwalificeert als een D 9-activiteit (een 'landinrichtingsproject') of een D 11.2-activiteit (een 'stedelijk ontwikkelingsproject') vanwege de relatief geringe omvang (4,3 hectare).

6. Een zonnepark zou voorts niet kwalificeren als een "industriële installatie bestemd voor de productie van

<sup>2</sup> ABRvS 4 april 2018, nr. 201704604/1/A1, BR 2018/54.

<sup>3</sup> Nota van toelichting, Stb. 2014, 333, p. 56.

elektriciteit, stroom en warm water" (categorie D 22.1). De rechtbank oordeelt dat vanwege het gebruik van het woord 'en' alleen sprake is van deze activiteit wanneer een industriële installatie elektriciteit én stroom én warm water produceert. Aangezien een zonnepark enkel elektriciteit produceert kwalificeert het niet als een D 22.1 activiteit en kan onderdeel 11 van de kruimelregeling in beginsel worden toegepast.

7. De interpretatie van de rechtbank van de categorie D 22.1 activiteit lijkt erg beperkt. Wanneer een industriële installatie elektriciteit, stroom én water moet produceren dan blijven er buiten elektriciteitscentrales weinig installaties over die onder het bereik van deze categorie vallen. Wanneer wij naar parlementaire geschiedenis van het Besluit mer kijken dan lijkt de interpretatie van de rechtbank desondanks de juiste. De wetgever heeft bij categorie D 22.1 bewust gekozen voor het gebruik van het woord 'en' in plaats van 'of'. Voorheen waren de activiteiten genoemd onder C 22.1 en D. 22.1 met uitzondering van het gebruik van de woorden 'of' en 'en' immers hetzelfde.<sup>4</sup> De oude omschrijvingen zijn hieronder opgenomen.

C 22.1: "De oprichting, wijziging of uitbreiding van een inrichting bestemd voor de productie van elektriciteit, stroom of warmte, met uitzondering van kernenergiecentrales." (onderstreping annotatoren)

D 22.1: "De oprichting, wijziging of uitbreiding van een inrichting bestemd voor de productie van elektriciteit, stroom en warmte, met uitzondering van kernenergiecentrales." (onderstreping annotatoren)

8. Categorie C 22.1 ziet thans op

"De oprichting, wijziging of uitbreiding van thermische centrales en andere verbrandingsinstallaties."

9. Categorie D 22.1 is gedurende de jaren tekstueel gewijzigd en heeft thans betrekking op

"De oprichting, wijziging of uitbreiding van een industriële installatie bestemd voor de productie van elektriciteit, stroom en warm water."

Het cumulatieve karakter van hetgeen de installatie moet produceren is onveranderd gebleven.

#### ***De rechtbank past het kan en zal criterium wél toe***

10. Eiseres stelt zich verder op het standpunt dat het College de omgevingsvergunning niet had mogen verlenen, omdat een zonnepark dat maximaal tien jaar aanwezig is niet rendabel kan zijn. Om deze reden zou het volgens eiseres niet geloofwaardig zijn dat het zonnepark na tien jaar zal worden verwijderd. Eiseres heeft de rechtbank verzocht om de vraag of het zonnepark ook met een exploitatietermijn van tien jaar economisch rendabel kan zijn voor te

leggen aan de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak (de "StAB"). De rechtbank ziet hiertoe echter geen aanleiding.

11. Anders dan de Afdeling deed in haar uitspraak van 4 april 2018, toetst de rechtbank vervolgens – zij het slechts (zeer) terughoudend – of het inderdaad aannemelijk is dat het zonnepark na het einde van de instandhoudingstermijn van tien jaar zal worden verwijderd.

12. De rechtbank oordeelt dat slechts indien op voorhand duidelijk is dat het zonnepark binnen deze exploitatietermijn niet rendabel kan zijn of indien de berekeningen zodanige tekortkomingen vertonen dat niet voor geloofwaardig kan worden gehouden dat de derde-partij haar investeringsbeslissingen mede daarop gebaseerd heeft, aanleiding zal bestaan om te oordelen dat op basis van deze stukken niet geloofwaardig is dat het zonnepark binnen tien jaar zal worden verwijderd. Van ongeloofwaardige berekeningen is volgens de rechtbank in het onderhavige geval geen sprake. Mochten de opbrengsten van het zonnepark toch achterblijven, zodat het zonnepark binnen de termijn niet rendabel is, dan komt dit geheel voor risico van de derde-partij. Bovendien weegt de rechtbank mee dat het zonnepark, omdat de zonnepanelen op een volledig demontabele stellage zijn gemonteerd, na afloop van de termijn eventueel op een andere plek kan worden opgebouwd. Er is volgens de rechtbank dan ook geen reden om aan te nemen dat het zonnepark niet aan het einde van de termijn kan en zal worden afgebroken.

13. Hoewel de rechtbank het kan en zal criterium toepast, lijkt het 'zullen' beëindigen van de activiteit grotendeels te worden ingekleurd door het 'kunnen' beëindigen van de activiteit. De rechtbank oordeelt in feite dat, zolang de cijfers niet ongeloofwaardig zijn, de derde-partij het exploitatierisico draagt (oftewel: een 'slechte' business case is ook een business case) en het zonnepark kan worden verplaatst, men binnen de lijntjes van onderdeel 11 van de kruimelregeling kleurt.

14. Op basis van de nota van toelichting zou moeten worden beoordeeld of het 'aannemelijk' is dat de activiteit na afloop van de termijn daadwerkelijk kan en zal worden beëindigd.<sup>5</sup> De rechtbank abstraheert in deze uitspraak van de intentie van de derde-partij (op de langere termijn)<sup>6</sup> en de 'aannemelijkheid' van de tijdelijke aanwezigheid van het zonnepark. In plaats daarvan hanteert de rechtbank een zwaardere toets, te weten 'het niet geloofwaardig zijn' (dat het zonnepark aan het einde van de termijn kan en zal worden afgebroken) in plaats van het 'op voorhand aannemelijk zijn' (dat het zonnepark niet aan het einde van de termijn kan en zal worden afgebroken). Deze situatie zal zich, gelet op de formulering van de rechtbank, niet snel voordoen zolang het een 'mobiel' zonnepark betreft.

<sup>4</sup> Nota van toelichting, *Stb.* 2006, 388, 14 en 24.

<sup>5</sup> Nota van toelichting, *Stb.* 2014, 333, p. 26.

<sup>6</sup> Anders dan bij de uitspraak van de Afdeling van 4 april 2018 blijkt uit deze uitspraak niet wat de intentie van de initiatiefnemer en de gemeente was. Uit de uitspraak van de Afdeling volgt dat zowel de gemeente als de ontwikkelaar niet de intentie hadden dat de activiteit na afloop van de termijn zou worden beëindigd. De Afdeling achtte deze intentie echter niet relevant.

***Geen SDE+ meer voor zonneparken met een omgevingsvergunning op de voet van onderdeel 11 van de kruimelregeling***

15. Hoewel de jurisprudentie veel ruimte biedt om zonneparken met een omgevingsvergunning op de voet van onderdeel 11 van de kruimelregeling te realiseren, is het, gelet op de recente wijziging van de SDE+-subsidieregeling, nog maar zeer de vraag hoe vaak hiervan in de toekomst gebruik zal worden gemaakt.

16. Op 14 september 2018 is de SDE+-subsidieregeling gewijzigd<sup>7</sup> onder meer in de zin dat op basis van een omgevingsvergunning op de voet van de kruimelregeling niet langer SDE+ subsidie kan worden aangevraagd.<sup>8</sup> De minister acht het blijkens de toelichting bij de wijziging, met het oog op de tijdige realisatie van projecten en de kosteneffectieve inzet van subsidiemiddelen, van belang dat een project vooraf over een vergunning beschikt voor ten minste de gehele looptijd van het project. Aangezien de looptijd van de SDE+ subsidie voor zonneparken standaard 15 jaar bedraagt, wordt hier met een tijdelijke omgevingsvergunning met een maximale termijn van 10 jaar niet aan voldaan.

17. Een zonnepark kan doorgaans enkel met SDE+-subsidie worden gerealiseerd. Met de wijziging van de SDE+-subsidieregeling heeft de minister dan ook in feite een einde gemaakt aan de tijdelijke omgevingsvergunning voor een zonnepark op de voet van onderdeel 11 van de kruimelregeling en wellicht daarmee ook aan de onderhavige jurisprudentie. Een stap terug in het kader van de energietransitie?!

*H.J. Breeman & V.V. Jacobs*

<sup>7</sup> Nota van toelichting, *Stb.* 2018, 53028.

<sup>8</sup> Artikel 2, vierde lid van de SDE+-subsidieregeling luidt: "Voor de uitvoering van het eerste lid worden tijdelijke vergunningen die zijn verleend op grond van artikel 2.12, eerste lid, onderdeel a, onderdeel 2°, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht niet in aanmerking genomen."