

Bij Kabinetsmissive van 25 november 2019, no.2019002470, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Mijnbouwwet (aanpassing van het vergunningsstelsel voor opsporen en winnen van aardwarmte), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot aanpassing van de Mijnbouwwet, waarmee het vergunningstelsel voor de opsporing en winning van aardwarmte wordt aangepast. In de wet wordt specifiek voor aardwarmte voorzien in een reguleringsmethode, die het eenvoudiger maakt voorbereidingen op de aardwarmtewinning te treffen en subsidie aan te vragen en waarmee versneld tot daadwerkelijke winning kan worden overgegaan. Doel van de wijziging is de opsporing en winning van aardwarmte te bevorderen.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt opmerkingen over de keuze niet te voorzien in coördinatie van de startvergunning en de omgevingsvergunning, de verplichte deelname van Energiebeheer Nederland (EBN) in geothermieprojecten en de verhouding van het vergunningstelsel tot de Europese Dienstenrichtlijn. Ook signaleert de Afdeling een aantal mededingingsrechtelijke aandachtspunten. In verband daarmee is aanpassing wenselijk van het wetsvoorstel en de toelichting.

1. Achtergronden en schets van de vergunningsstructuur

Met het voorstel wordt in de Mijnbouwwet voorzien in een nieuw vergunningstelsel, specifiek voor geothermie (ook wel aardwarmte genoemd). De huidige vergunningenstructuur voor de winning van aardwarmte, is identiek aan die voor de winning van delfstoffen. Dat betekent dat eerst een opsporingsvergunning wordt verleend en vervolgens een winningsvergunning. De winning kan echter pas plaatsvinden nadat het winningsplan door de Minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) is goedgekeurd.

Aanleiding voor de wijziging is dat de ervaringen met de eerste aardwarmteprojecten leren dat de huidige reguleringsystematiek onvoldoende aansluit bij de feitelijke kenmerken van aardwarmte en mogelijkheid tot winning. Bij aardwarmte gaat de opsporingsfase met proefboringen na een korte testperiode over in de winnings- of exploitatiefase. De benodigde vergunningen zijn dan echter nog niet verleend en er is ook nog geen instemming gegeven op het winningsplan. De initiatiefnemers van aardwarmteprojecten willen de aardwarmteproductie echter zo snel mogelijk kunnen opstarten. Dit heeft productietechnische en financiële redenen. Productie- en injectieputten die niet gebruikt worden, kunnen verstopt raken en zonder productie zijn er geen inkomsten, terwijl de kosten wel doorlopen.



Het voorstel introduceert specifiek voor de winning van aardwarmte een afzonderlijke vergunningenstructuur. Een bedrijf dat aardwarmte wil winnen, dient eerst een zoekgebied aan te vragen. Met deze zogenoemde "toewijzing zoekgebied aardwarmte" kan de vergunninghouder onderzoek doen naar de aanwezigheid van aardwarmte in de bodem. Alvorens hij kan beginnen met de fysieke werkzaamheden (boren, testen en een eerste periode van winning) moet een startvergunning worden aangevraagd. Voor de daadwerkelijke exploitatie zal, tot slot, de initiatiefnemer een vervolgv vergunning moeten aanvragen met het oog op de definitieve vaststelling van het winningsgebied en de winningsactiviteiten.

## 2. Coördinatie

De startvergunning is de belangrijkste vergunning voor de opsporing en winning van aardwarmte. Die vergunning is nodig voordat echt met de opsporing en aansluitend de winning van aardwarmte mag worden begonnen. Naast de startvergunning heeft de vergunninghouder nog andere vergunningen nodig, zoals een omgevingsvergunning voor het aanleggen van de boorgaten en voor de winningsinstallatie. Volgens de toelichting is er voor gekozen de startvergunning, die een uitgebreide procedure kent, niet te coördineren met de benodigde omgevingsvergunningen. Dit, omdat de omgevingsvergunningen onder de Omgevingswet een reguliere procedure doorlopen met een doorlooptijd van acht weken en daarom later kunnen worden aangevraagd.

De Afdeling merkt op dat dat naar huidig recht alleen het geval is indien het bestemmingsplan de winning van aardwarmte mogelijk maakt. Indien dat niet het geval is, zal een omgevingsvergunning voor de afwijking van het bestemmingsplan ten behoeve van de winning van aardwarmte nodig zijn.<sup>1</sup> Bij de voorbereiding van zo'n besluit zal de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure moeten worden gevolgd.<sup>2</sup> Omdat nog weinig bestemmingsplannen de winning van aardwarmte mogelijk zullen maken, zal dit in veel gevallen nodig zijn. In die gevallen is coördinatie van de vergunningenprocedures efficiënt, omdat daarmee wordt voorkomen dat de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure voor dezelfde activiteit een aantal keer moet worden doorlopen.

Waar in de toelichting staat dat onder de Omgevingswet deze vergunningen een reguliere procedure doorlopen is dat niet toegelicht. Voorstelbaar is dat ook onder de Omgevingswet bij aanvraag van een omgevingsvergunning voor een buitenplanse omgevingsplanactiviteit de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure moet worden doorlopen.<sup>3</sup>

De Afdeling adviseert de keuze om niet te voorzien in coördinatie van de startvergunning en de omgevingsvergunning te heroverwegen.

---

<sup>1</sup> Artikel 2.12, eerste lid, aanhef, onder a, onder 3<sup>o</sup>, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

<sup>2</sup> Artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 16.65, vierde lid, van de Omgevingswet.

### 3. Positie EBN

Het voorstel voorziet in de verplichte deelname van EBN in alle geothermieprojecten.<sup>4</sup> In de toelichting wordt in dit verband opgemerkt dat de geothermiesector een jonge sector is, die nog klein en relatief onervaren is. Bovendien zijn voor nieuwe projecten hoge, risicovolle investeringen vereist en heeft thans nog geen enkel project in Nederland de gehele levensduur doorlopen. Gelet hierop, ligt hier volgens de toelichting een publieke taak. Door EBN een belang te laten nemen in al deze projecten, kan haar kennis en ervaring worden gedeeld. Als publieke partner<sup>5</sup> kan zij aldus meepraten over de te maken keuzes en kan zij kennis ophalen die ten gunste van andere projecten kan worden gebruikt.<sup>6</sup>

De Afdeling stelt voorop dat zij de toegevoegde waarde ziet van de betrokkenheid van EBN bij de totstandkoming van geothermieprojecten en voor een veilige en doelmatige exploitatie van geothermiebronnen. De inbreng van haar expertise en kennis, zeker in de opstartfase van de projecten, maakt een meer gestructureerde aanpak mogelijk. Dit kan de risico's verkleinen. De omstandigheid dat EBN risicodragend participeert kan ook gunstig zijn met het oog op het aantrekken van financiering en bij de vergunningverlening. Ook een aantal marktpartijen heeft aangegeven meerwaarde te zien in de betrokkenheid van EBN, omdat zulks vertrouwen geeft richting derden, zoals bewoners, banken en decentrale overheden.<sup>7</sup>

Tegelijkertijd zou de verplichte risicodragende participatie van EBN ook negatieve consequenties kunnen hebben voor (potentiële) vergunninghouders. EBN zal namelijk naar verwachting voor tussen 20 en 40% deelnemen in projecten<sup>8</sup>, bijvoorbeeld door aandelen in een (project)vennootschap te houden. Daarmee krijgt EBN een substantieel aandelenbelang, hetgeen betekent dat het aandeel van de overige aandeelhouders navenant is beperkt. De verplichting EBN te laten deelnemen leidt bovendien tot hogere administratieve lasten voor de

---

<sup>4</sup> Op grond van het voorgestelde artikel 86a van de Mijnbouwwet wordt de houder van de toewijzing zoekgebied verplicht met EBN een overeenkomst te sluiten, die is gericht op de deelname van EBN in het geothermieproject.

<sup>5</sup> EBN is een 100%-deelneming van de staat.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.5 ("Verplichte deelname EBN"). In de toelichting wordt voorts opgemerkt dat EBN haar ervaringen uit deze projecten kan 'aggregeren' ten gunste van beleidsontwikkeling, innovatie en publieke kennis.

<sup>7</sup> Zie in deze bijvoorbeeld de consultatiereactie van de "Dutch Association Geothermal Operators" (DAGO).

<sup>8</sup> Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting bij Onderdeel V. In de Kamerbrief van 21 maart 2019 wordt een bandbreedte van 20-40% genoemd (Kamerstukken II 2018/19, 31 239, nr. 298).

vergunninghouders.<sup>9</sup> Dergelijke belemmeringen zouden marktpartijen wellicht ervan kunnen weerhouden om in geothermieprojecten te stappen.<sup>10</sup>

Tegen deze achtergrond rijst de vraag waarom ervoor is gekozen EBN in substantiële mate financieel te laten deelnemen in de geothermieprojecten. Die vraag dringt zich op omdat, blijkens de toelichting, haar verplichte betrokkenheid niet zozeer lijkt te zijn ingegeven om te voorzien in een kapitaal- of financieringsbehoefte van marktpartijen, maar vooral is gelegen in haar kennis en expertise. Voor de inbreng van kennis en expertise lijkt het niet noodzakelijk dat EBN een significant belang neemt in de projecten. Haar betrokkenheid zou ook op een andere wijze kunnen worden vormgegeven. Gedacht kan worden aan een symbolische deelname (van bijvoorbeeld 1%), of door EBN een positie in het bestuur of het toezichthoudend orgaan van de projectvennootschap te geven. Ook dan heeft zij de nodige sturingsinstrumenten.

Waarom deze, of mogelijk andere, alternatieven niet toereikend zouden zijn en waarom alleen via een (significante) deelname van EBN de beoogde doelen van kennisdeling kunnen worden gerealiseerd, wordt in de toelichting niet besproken. Een dergelijke beschouwing acht de Afdeling, mede in het licht van de mogelijke gevolgen voor marktpartijen,<sup>11</sup> echter wel aangewezen. Daar voegt de Afdeling aan toe dat indien met EBN's deelname mede wordt beoogd te voorzien in een kapitaal- of financieringsbehoefte, dit een afzonderlijke motivering in de toelichting verdient.<sup>12</sup>

De Afdeling adviseert dan ook, in het licht van het voorgaande, de toelichting aan te vullen en, zo nodig, het voorstel aan te passen.

#### 4. Mededingingsrechtelijke aandachtspunten

Met het voorstel wordt voor aanvragers van een toewijzing zoekgebied aardwarmte de verplichting geïntroduceerd met elkaar in overleg te treden over de

<sup>9</sup> Consultatiereactie van de "Dutch Association Geothermal Operators" (DAGO). Dit wordt in de toelichting overigens ook onderkend. Zie Memorie van toelichting, paragraaf 2.1.5 ("Verplichte deelname EBN").

<sup>10</sup> Dit kan mogelijk een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer betekenen. Zo heeft het Hof van Justitie EU in zijn rechtspraak aanvaard dat maatregelen die investeerders ervan weerhouden in ondernemingen te investeren beperkingen van het Verdragsrechtelijke vrij verkeer van kapitaal kunnen zijn. Hoewel de regelingen in de betreffende zaken niet dezelfde zijn, kan daarvoor grond worden gevonden in o.a. HvJ EU 8 juli 2010, *Commissie/Portugal*, C-171/08, ECLI:EU:C:2010:412, punt 50 en HvJ EG 4 juni 2002, *Commissie/Frankrijk*, C-483/99, ECLI:EU:C:2002:327, punten 38-42.

<sup>11</sup> Deze analyse is ook relevant ten behoeve van een rechtvaardiging van een eventuele belemmering van het vrij verkeer van kapitaal of de vrijheid van vestiging (zie hiervoor).

<sup>12</sup> Waarbij, naast de regels in zake vrij verkeer, ook aandacht verdient dat bij de participatie door EBN de Europese staatssteunregels, neergelegd in artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), in acht moeten worden genomen. De staatssteunregels zijn daarbij niet alleen relevant bij het nemen van het aandelenbelang zelf, maar ook bij de eventuele beëindiging, die is voorzien na vijf jaar.

mogelijkheden tot samenwerking, dan wel over aanpassing van de aanvraag.<sup>13</sup> Deze aanvragers zijn potentiële concurrenten van elkaar en bij een dergelijk overleg dienen zij zich te onthouden van mededingingsbeperkende gedragingen, zoals het heimelijk afstemmen van marktstrategieën of de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie.

Ook bij de verplichte betrokkenheid van EBN bij de geothermieprojecten spelen mededingingsrechtelijke aandachtspunten. Haar betrokkenheid betekent niet alleen dat zij – als marktdeelnemer – zich niet mag inlaten met mededingingsbeperkend gedrag. Ook bestaat het risico dat de vergunninghouders van de verschillende projecten hun strategieën via EBN met elkaar (heimelijk) afstemmen of dat concurrentiegevoelige informatie<sup>14</sup> (onbewust) via EBN bij concurrenten terecht komt.<sup>15</sup> Dat risico is reëel, omdat EBN nadrukkelijk tot taak krijgt om kennis en expertise uit eerdere mijnbouwprojecten te delen ten behoeve van andere projecten. Daarbij zal het mogelijk ook deels om concurrentiegevoelige informatie gaan.

In de toelichting wordt alleen ten aanzien van de wettelijke overlegverplichting ingegaan op de verhouding tot het mededingingsrecht. In dat verband wordt opgemerkt dat het voeren van overleg op zich niet is verboden, maar dat partijen er wel voor moeten waken dat zij bij het uitvoeren van die overlegverplichting het mededingingsrecht in acht nemen.<sup>16</sup> Aan de verhouding van de verplichte betrokkenheid van EBN met het mededingingsrecht wordt in de toelichting geen aandacht besteed.

De Afdeling merkt op dat het in de rede ligt dat meer duidelijkheid wordt geboden over de mededingingsrechtelijke grenzen die marktpartijen bij het voeren van het overleg in acht moeten nemen. Ook ligt het in de rede in de toelichting uit te leggen hoe in de praktijk wordt gewaarborgd dat niet via EBN (onbedoeld) op ongeoorloofde wijze concurrentiegevoelige informatie wordt gedeeld.

Meer duidelijkheid hierover is bovenal van belang, aangezien niet alleen EBN, maar ook de vergunninghouders het risico lopen in strijd te handelen met het mededingingsrecht.<sup>17</sup> Marktpartijen zijn weliswaar zelf verantwoordelijk de regels in acht te nemen, maar dat laat onverlet dat in dit geval de wetgever hen verplicht met elkaar in overleg te treden en EBN te laten deelnemen. In zoverre ligt het ook

<sup>13</sup> Voorgesteld artikel 24f Mijnbouwwet.

<sup>14</sup> Kennis en knowhow over winningstechnieken en bedrijfsvertrouwelijke informatie uit een business case zijn doorgaans concurrentiegevoelig van aard.

<sup>15</sup> Daarbij doet maakt in principe geen verschil of EBN via het aandelenkapitaal participeert, dan wel als externe partij betrokken is bij de geothermieprojecten. Afstemming kan ook via een derde plaatsvinden, ook wel een 'hub-and-spoke' (of spaakwiel) afstemming. Een dergelijke afstemming kan plaatsvinden indien de marktpartijen (de zgn. 'spokes') via EBN (de zgn. 'hub') gegevens uitwisselen of gedragingen afstemmen.

<sup>16</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 3.2 ("Verhouding met het Europese recht").

<sup>17</sup> Deze partijen weten, althans behoren te weten dat EBN ook met hun mogelijke concurrenten in projecten betrokken is en via EBN mogelijk concurrentiegevoelige informatie met hun concurrenten kunnen worden gedeeld.

op de weg van de wetgever te waarborgen dat marktpartijen niet (onbedoeld) de mededingingsregels overtreden.<sup>18</sup> Die verantwoordelijkheid weegt in dit geval des te zwaarder, omdat naar verwachting ook kleine, nog onervaren partijen de markt zullen betreden, die allicht minder bekend zijn met de mededingingsregels.

De Afdeling adviseert de toelichting op de genoemde punten aan te vullen. Daarnaast ligt het volgens de Afdeling in de rede dat de minister of de ACM in voorkomende gevallen partijen proactief gerichte voorlichting geeft. Zo kan gedacht worden aan een speciale handreiking, die marktpartijen specifiek ten aanzien van de overlegverplichting en de rol van EBN in de geothermieprojecten inzicht geeft in de kaders van het mededingingsrecht in deze stelt.<sup>19</sup>

De Afdeling adviseert de toelichting in het licht van het voorgaande aan te vullen.

## 5. Dienstenrichtlijn

Met het voorstel wordt specifiek voor de winning van aardwarmte voorzien in een stelsel van vergunningverlening. In de toelichting wordt opgemerkt dat het stelsel is aan te merken als een vergunningsstelsel in de zin van de Europese Dienstenrichtlijn.<sup>20</sup> De met het voorstel ingevoerde vergunningen hebben betrekking op het doen van onderzoek naar de ondergrond en de fysieke winning van aardwarmte.<sup>21</sup> De toelichting maakt niet duidelijk in hoeverre de vergunningen daarmee ook een dienstenactiviteit reguleren. De fysieke winning is in ieder geval niet als zodanig aan te merken.<sup>22</sup>

De Afdeling wijst erop dat niet zonder meer vast staat dat de vergunningen, in de terminologie van de Dienstenrichtlijn<sup>23</sup>, een 'beslissing over de uitoefening van een dienstenactiviteit' bevatten. In de toelichting wordt niet uitgelegd waarom, desondanks, de Dienstenrichtlijn van toepassing is. De Afdeling adviseert dat standpunt nader te motiveren.

<sup>18</sup> Daarbij wijst de Afdeling erop dat op grond van artikel 4, derde lid van het Verdrag betreffende de Europese Unie (de zogenoemde "Unietrouw") jo. artikel 101 VWEU op de lidstaten de verplichting rust zich te onthouden van het aanzetten tot of versterken van mededingingsbeperkende gedragingen.

<sup>19</sup> In de toelichting wordt verwezen naar de leidraad van de Autoriteit Consument & Markt "Samenwerking tussen concurrenten" (Memorie van toelichting genoemd (artikelsgewijze toelichting, onderdeel M)). Deze richtsnoeren zijn algemeen van aard en zouden specifiek voor de overleggen die partijen in deze voeren kunnen worden uitgewerkt in speciale richtsnoeren.

<sup>20</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376).

<sup>21</sup> De omstandigheid dat in het kader van de vergunningverlening wordt getoetst of er zicht is op afname van de te produceren warmte verleent de winning nog geen dienstenkarakter.

<sup>22</sup> Zie in deze de MvT bij het voorstel "Wijziging van de Mijnbouwwet in verband met het stimuleren van een actief gebruik van vergunningen voor opsporing, winning en opslag", Kamerstukken II 2007/08, 31 479, nr. 3). Op de levering van warmte is het (vergunning)stelsel van de Warmtewet van toepassing (vgl. artikelen 9 en verder).

<sup>23</sup> Onder een vergunningstelsel wordt, ingevolge artikel 4 onder 6 van de Dienstenrichtlijn verstaan: "elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilziggende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit".

Voor zover inderdaad sprake is van een vergunningstelsel in de zin van de Dienstenrichtlijn, merkt de Afdeling het volgende op.

Op grond van de Dienstenrichtlijn mogen lidstaten de uitoefening van dienstenactiviteiten alleen afhankelijk stellen van een vergunningstelsel, indien

- de behoefte aan een vergunningstelsel wordt gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang,
- dit belang niet met andere, minder beperkende, maatregelen kan worden gerealiseerd en
- het stelsel geen discriminerende werking heeft.<sup>24</sup>

Voorts moeten ook de vergunningsvoorwaarden zelf zijn gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en aan deze redenen evenredig zijn.<sup>25</sup>

In de toelichting bij het voorstel wordt opgemerkt dat het vergunningstelsel is gerechtvaardigd, omdat het een veilige winning van aardwarmte waarborgt én de winning van aardwarmte bevordert. Het vergunningstelsel zelf is noodzakelijk om winning op een efficiënte wijze te laten plaatsvinden en omdat niet kan worden volstaan met minder vergaande instrumenten, zoals controle achteraf. Ook worden volgens de toelichting geen beperkingen opgelegd die verder gaan dan noodzakelijk is. Een nadere motivering ontbreekt evenwel.

Hoewel de Afdeling zich kan voorstellen dat het vergunningstelsel als zodanig met het oog op een veilige winning van aardwarmte kan worden gerechtvaardigd, verdient de toelichting op dit punt aanvulling. De toelichting specificceert niet welk doel concreet met de in dat stelsel gehanteerde voorwaarden wordt nagestreefd en in hoeverre de daartoe gestelde voorwaarden en beperkingen noodzakelijk en evenredig zijn. Een precisering ligt in de rede, nu de genoemde doelstellingen (veilige winning en bevordering van winning) niet noodzakelijkerwijze dezelfde vergunningsvoorwaarden en beperkingen rechtvaardigen. Zo zullen strenge veiligheidseisen eerder zijn gerechtvaardigd in het licht van het veiligheidsbelang, dan in het licht van het belang dat met de bevordering van de warmtewinning is gemoeid.

De Afdeling acht een nadere beschouwing op deze punten in de toelichting bij het voorstel aangewezen en adviseert dan ook de toelichting aldus aan te vullen.

---


<sup>24</sup> Artikel 9 van de Dienstenrichtlijn. Ook de beperking van het aantal vergunningen zal, ingevolge artikelen 11 lid 1 onder b en 12 van de Dienstenrichtlijn moeten worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang.

<sup>25</sup> Artikel 10 van de Dienstenrichtlijn stelt regels ten aanzien van de gestelde vergunningsvoorwaarden, ter voorkoming dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. Met het oog daarop mogen de gestelde criteria onder meer niet discriminerend zijn, moeten zij zijn gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang en moeten zij objectief, duidelijk en ondubbelzinnig zijn.

6. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized first name and a long horizontal line extending to the right.



Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W18.19.0379/IV

- In Artikel I, onderdeel M: in voorgesteld artikel 24t, tweede lid, onder f, schrappen en in voorgesteld artikel 24w, eerste lid, onder e, schrappen.
- In Artikel I, onderdeel M: in voorgesteld artikel 24f, derde lid, eerste volzin het woord "de" na "ingediende" schrappen.
- In Artikel I, onderdeel M: in voorgesteld artikel 24g "provincie" vervangen voor "provincies".