

Vergaderjaar 2019–2020

**35 531**

## **Wijziging van de Mijnbouwwet (aanpassing van het vergunningsstelsel voor opsporen en winnen van aardwarmte)**

**Nr. 4**

### **ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 26 maart 2020 en het nader rapport d.d. 13 juli 2020, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 25 november 2019, nr. 2019002470, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 26 maart 2020, nr. W18.19.0379/IV, bied ik U hierbij aan.

Het voorstel heeft de Afdeling advisering (hierna: de Afdeling) aanleiding gegeven om opmerkingen te maken ten aanzien van coördinatie tussen de startvergunning aardwarmte en de omgevingsvergunningen en de positie van de EBN. Verder heeft de Afdeling mededingingsrechtelijke aandachtspunten benoemd en opmerkingen gemaakt ten aanzien van de Dienstenrichtlijn. De Afdeling adviseert rekening te houden met de opmerkingen voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in. De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

*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*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

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>2</sup>. Bij de voorbereiding van zo'n besluit zal de uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure moeten worden gevolgd.<sup>3</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>4</sup>*

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

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de keuze om niet te voorzien in coördinatie van de startvergunning nogmaals gezien. Gekozen is om aan deze keuze vast te houden. In paragraaf 2.2.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting is naar aanleiding hiervan toegevoegd dat in het wetsvoorstel niet wordt voorzien in coördinatie van de startvergunning en de omgevingsvergunning omdat coördinatie zou leiden tot onnodige vertraging van de procedure met betrekking tot de omgevingsvergunning.

### *3. Positie EBN*

*Het voorstel voorziet in de verplichte deelname van EBN in alle geothermieprojecten.<sup>5</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>6</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>7</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*

<sup>2</sup> Artikel 2.12, eerste lid, aanhef, onder a, onder 3°, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

<sup>3</sup> Artikel 3.10, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.

<sup>4</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 16.65, vierde lid, van de Omgevingswet.

<sup>5</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>6</sup> EBN is een 100%-deelneming van de staat.

<sup>7</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.

*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>8</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>9</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 vergunninghouders.<sup>10</sup> Dergelijke belemmeringen zouden marktpartijen wellicht ervan kunnen weerhouden om in geothermieprojecten te stappen.<sup>11</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>12</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*

---

<sup>8</sup> Zie in deze bijvoorbeeld de consultatiereactie van de «Dutch Association Geothermal Operators» (DAGO).

<sup>9</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).

<sup>10</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>11</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>12</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).

*financieringsbehoefte, dit een afzonderlijke motivering in de toelichting verdient.<sup>13</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.*

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is aan de toelichting op onderdeel V van het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting op het wetsvoorstel toegevoegd dat EBN wordt geacht op marktconforme wijze en op voet van gelijkheid financieel en risicodragend deel te nemen aan de geothermieprojecten en is ingegaan op de redenen hiervoor. Daarbij is uitgangspunt voor de financiële en risicodragende deelname van tenminste 20%. Dit percentage vormt het vertrekpunt waarmee EBN haar inspanningen in projecten terug kan verdienen. Daarnaast laat het voldoende ruimte voor andere partners (operator / andere investeerders) om hun investeringen terug te verdienen. Alleen door risicodragend deel te nemen in projecten kan EBN een projectportfolio op bouwen waarbinnen kennis en ervaring worden gedeeld en kan EBN als publieke partner meepraten en -beslissen over keuzes die de duurzaamheid en kwaliteit van het project raken. EBN haalt kennis op die ten gunste komt van andere projecten in de portfolio en EBN kan ervaringen uit deze projecten aggregeren ten gunste van kostenreductie, innovatie, publieke kennis van de ondergrond en advisering over beleidsontwikkeling en aanscherping van stimuleringsmaatregelen. Op deze manier kan samen met de sector de leercurve binnen projecten versneld worden. Het wetsvoorstel is niet aangepast omdat de in het wetsvoorstel opgenomen plicht om EBN deel te laten nemen in geothermieprojecten gehandhaafd blijft. De uiteindelijke deelnemingsvorm en het deel te nemen percentage worden nader uitgewerkt bij of krachtens algemene maatregel van bestuur.

#### *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 mogelijkheden tot samenwerking, dan wel over aanpassing van de aanvraag.<sup>14</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*

---

<sup>13</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.

<sup>14</sup> Voorgesteld artikel 24f Mijnbouwwet.

informatie<sup>15</sup> (onbewust) via EBN bij concurrenten terecht komt.<sup>16</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>17</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>18</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 op de weg van de wetgever te waarborgen dat marktpartijen niet (onbedoeld) de mededingingsregels overtreden.<sup>19</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>20</sup>

---

<sup>15</sup> Kennis en knowhow over winningstechnieken en bedrijfsvertrouwelijke informatie uit een business case zijn doorgaans concurrentiegevoelig van aard.

<sup>16</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>17</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 3.2 («Verhouding met het Europese recht»).

<sup>18</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.

<sup>19</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>20</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.



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

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 24f van de Mijnbouwwet uitgebreid. Aangegeven is dat indien de Minister de aanvragers van alle ingediende aanvragen op de hoogte stelt (artikel 24f, derde lid), hij de aanvragers er tevens op zal wijzen dat zij het mededingingsrecht in acht dienen te nemen, en ook zal de leidraad «Samenwerking tussen concurrenten» van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) worden overgelegd zodat voor de aanvragers inzichtelijk is aan welke regels zij zich dienen te houden. Vooralnog wordt ervan uitgegaan dat de leidraad «Samenwerking tussen concurrenten» van ACM voldoende voorlichting geeft. Mocht blijken dat deze leidraad niet afdoende is, dan zal worden overwogen een specifiek op geothermie gerichte handreiking op te stellen.

Ten aanzien van de mededingingsrechtelijke grenzen en de rol van EBN wordt het volgende opgemerkt. EBN is een overheidsbedrijf zoals bedoeld in artikel 25g van de Mededingingswet. Op een overheidsbedrijf zijn de mededingingsregels onverkort van toepassing (artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). EBN heeft vanuit de deelname in koolwaterstoffen ruime ervaring met omgang met (commercieel gevoelige) informatie. In de overeenkomst van samenwerking tussen EBN en vergunninghouder(s) worden afspraken opgenomen over het geheimhouden van vertrouwelijke informatie. De hoofdregel is dat vertrouwelijke informatie, inclusief commercieel gevoelige informatie, niet met derden (waaronder begrepen andere vergunninghouders) mag worden gedeeld. Voor zover EBN informatie openbaar maakt zal die informatie geaggregeerd en geanonimiseerd worden en alleen met goedkeuring van de projectpartners gedeeld mogen worden met derden. De artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 86a van de Mijnbouwwet is op dit punt uitgebreid.

##### *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>21</sup> De met het voorstel ingevoerde vergunningen hebben betrekking op het doen van onderzoek naar de ondergrond en de fysieke winning van aardwarmte.<sup>22</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>23</sup>*

*De Afdeling wijst erop dat niet zonder meer vast staat dat de vergunningen, in de terminologie van de Dienstenrichtlijn<sup>24</sup>, een «beslissing over de uitoefening van een dienstenactiviteit» bevatten. In de toelichting*

<sup>21</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>22</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>23</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>24</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 stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit».

*wordt niet uitgelegd waarom, desondanks, de Dienstenrichtlijn van toepassing is. De Afdeling adviseert dat standpunt nader te motiveren. 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>25</sup>*

*Voorts moeten ook de vergunningsvoorwaarden zelf zijn gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang en aan deze redenen evenredig zijn.<sup>26</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.*

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is opnieuw is bezien in hoeverre het vergunningstelsel van het wetsvoorstel onder de Dienstenrichtlijn valt. Zoals de Afdeling terecht opmerkt valt de fysieke winning niet onder de Dienstenrichtlijn. Wel valt het vergunningstelsel voor wat betreft de toewijzing zoekgebied en de startvergunning aardwarmte onder de Dienstenrichtlijn nu deze vergunningen – kort samengevat – zien op prospectie en exploratie. Paragraaf 3.2 van het algemeen deel van de toelichting is op dit punt aangevuld.

<sup>25</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>26</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.



Wat betreft het advies van de Afdeling inzake het doel dat concreet met de in dat stelsel gehanteerde voorwaarden wordt nagestreefd en de noodzakelijkheid en evenredigheid van de daartoe gestelde voorwaarden en beperkingen wordt het volgende opgemerkt. Het doel van het wetsvoorstel is het aanpassen van het vergunningstelsel voor het opsporen en winnen van aardwarmte zodat dit beter aansluit bij de specifieke kenmerken voor aardwarmte, maar wel met inachtneming van de veiligheid bij de opsporing en winning van aardwarmte. Veiligheid is noodzakelijkerwijs gekoppeld aan bevorderen van winning. Met het wetsvoorstel is een evenwicht tussen beide belangen gevonden. Paragraaf 3.2 van het algemeen deel van de toelichting is op dit onderdeel uitgebreid.

#### *6. Redactionele kanttekeningen*

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage. Aan de redactionele opmerkingen van de Afdeling is gevolg gegeven.

*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,  
Th.C. de Graaf*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om een aantal wijzigingen in het wetsvoorstel aan te brengen. In de artikelen 24i, 24t, 24w, 24ab, 24aj, 24a1 (artikel I, onderdeel M) en 86a (artikel I, onderdeel V) is de mogelijkheid opgenomen om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur een nadere uitwerking te geven in plaats van bij algemene maatregel van bestuur. Dit omdat bij de voorbereiding van het opstellen van uitvoeringsregelgeving is gebleken dat een ministeriële regeling voor bepaalde regels meer geschikt is. De artikelsgewijze toelichting is hierop aangepast. In artikel 24z, eerste lid (artikel I, onderdeel M) is door een aanpassing van de formulering buiten twijfel gesteld dat een uitvoerder moet zijn aangewezen voor het verlenen van een opdracht tot het verrichten van feitelijke werkzaamheden, en niet alleen voor het verlenen van een opdracht tot het buiten gebruik stellen van een put.

In artikel 24ab, tweede lid, onderdeel d (artikel I, onderdeel M) is verduidelijkt dat bij de bevoegdheid om de startvergunning aardwarmte te wijzigen of in te trekken gaat om het handelen overeenkomstig deze startvergunning aardwarmte, en in dit verband niet om andere vergunningen.

In artikel 82, tweede lid, is door aanpassing van de formulering conform het bepaalde in het derde lid, ruimte gegeven om EBN ook structureel een taak met betrekking tot technieken zoals het permanent opslaan van CO<sub>2</sub> (CCS) te geven, ten behoeve van de samenhang binnen dit artikel. Onder vernummering van de onderdelen X, Y, Z naar Y, Z en AA is een nieuw onderdeel X in artikel I ingevoegd waarmee artikel 104 van de Mijnbouwwet wordt gewijzigd. Met deze wijziging wordt beoogd de financiële bepalingen van de Mijnbouwwet niet te laten gelden voor het opsporen en winnen van aardwarmte in het kader van het verkrijgen van gegevens voor wetenschappelijk onderzoek of voor beleid van de centrale overheid. Per abuis was verzuimd dergelijk artikel op te nemen. In de artikelen 167g, 167h en 167i die zien op het overgangsrecht, is de datum van 1 november 2019 vervangen door 1 januari 2020. De reden daarvoor is dat de genoemde datum is gerelateerd aan het opgestelde

tijdelijk beleidskader voor het verlenen van winningsvergunningen aardwarmte en het instemmen met winningsplannen aardwarmte tot inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Vanaf 1 januari 2020 worden de vergunningen verleend op basis van dit tijdelijk beleidskader. Door deze aanpassing wordt geregeld dat winningsvergunningen, verleend in de periode van 1 november 2019 tot 1 januari 2020, onder het juiste regime vallen.

Tot slot zijn enkele ondergeschikte redactionele verbeteringen in het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangebracht.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,  
E.D. Wiebes

**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»