

Zienswijze op het consultatievoorstel voor de Wijziging van de Mijnbouwwet (aanpassing van het vergunningstelsel voor opsporen en winnen van aardwarmte)

- consultatieperiode: 21 juni 2019 – 20 juli 2019

Marjolein Dieperink en Veii Jacobs¹

Onderstaand treft u onze zienswijze op het consultatievoorstel voor de Wijziging van de Mijnbouwwet (aanpassing van het vergunningstelsel voor opsporen en winnen van aardwarmte) aan. Het consultatievoorstel voorziet in de langverwachte wijziging van de reguleringssystematiek in de Mijnbouwwet ten behoeve van aardwarmte. De gekozen systematiek sluit beter aan bij de praktijk (minder lange doorlooptijden voor de verschillende vergunningen), is specifiek toegesneden op aardwarmte (het winnen van aardwarmte is tijdelijk mogelijk onder de startvergunning aardwarmte) en is toegesneden op een groeiende markt in aardwarmte.

In deze inspraakreactie signaleren wij een aantal aandachts- en verbeterpunten voor de in het consultatievoorstel voorgestelde reguleringssystematiek.

I. Een vorm van een concessiestelsel biedt gelijkere kansen aan andere gegadigden en is meer in lijn met de nationale mededingingsnorm.

Omdat met de toewijzing zoekgebied aardwarmte het exclusieve recht wordt gegund aan de aanvrager om een aanvraag startvergunning in te dienen (en het aanvragen van een toewijzing zoekgebied aardwarmte niet is gekoppeld aan een eigendomspositie), impliceert de toewijzing zoekgebied aardwarmte de verdeling van een schaars recht. Op de verdeling van schaarse rechten is de nationale mededingingsnorm van toepassing. Die nationale mededingingsnorm betreft de rechtsnorm die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen door het bevoegd gezag op enigerlei wijze aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen, waarbij een passende mate van openbaarheid moet worden geboden.² Deze norm is gebaseerd op het gelijkheidsbeginsel (het beginsel van gelijke kansen).

Op zich regelt het voorgestelde vergunningenstelsel enige vorm van mededinging. Na de ontvangst van een aanvraag worden andere geïnteresseerden namelijk in de gelegenheid gesteld om gedurende acht weken na een uitnodiging daartoe in de Staatscourant een concurrerende aanvraag in te dienen (de voorgestelde artikelen 24f en 24g van de Mijnbouwwet). De verschillende 'gegadigden' worden geïnformeerd over elkaars concrete voornemens. Het doel hiervan is om te bezien of partijen wellicht kunnen en willen samenwerken of om het aangevraagde gebied beter af te bakenen. Wanneer de gegadigden er onderling niet uitkomen dan zal de minister één of meerdere aanvragen (deels) afwijzen op basis van een rangschikkingregeling die zal worden uitgewerkt in het Mijnbouwbesluit. Wij zijn niet zozeer van mening dat deze 'verdelingsprocedure' per definitie op gespannen voet staat met de nationale mededingingsnorm,

¹ Marjolein Dieperink en Veii Jacobs zijn advocaat te Amsterdam en gespecialiseerd in het energie- en omgevingsrecht. Marjolein Dieperink is daarnaast verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Zie o.a. ABRvS in de zaak Speelautomatenhal Vlaardingen en conclusie van A-G Widdershoven in de zaak Windpark Zeewolde.

maar vinden een termijn van acht weken voor het indienen van een concurrerende aanvraag voor een toewijzing zoekgebied aardwarmte erg kort, mede gelet op de materiële eisen waaraan deze aanvraag moet voldoen (het voorgestelde artikel 24e van de Mijnbouwwet). Zo lijkt het ons bijvoorbeeld haast ondoenlijk om binnen deze termijn aannemelijk te maken dat er voldoende zicht is op de afname van warmte. In zoverre vinden wij dat een vorm van een concessiestelsel meer tegemoetkomt aan de materiële eisen van de nationale mededingingsnorm, omdat daarmee gelijkere kansen worden geboden aan andere geïnteresseerden in een specifiek zoekgebied.

Wij onderkennen dat een (andere) vorm van een concessiestelsel is beoordeeld in het kader van dit consultatievoorstel. EBN heeft namelijk gepleit voor een vorm van een concessiestelsel. Het door EBN voorgestelde stelsel betreft de zogenaamde play-benadering.³ Dit stelsel is door het kabinet afgewezen, omdat het toekennen van dergelijke grotere concessiegebieden, onafhankelijk van de concrete vraag naar aardwarmte, de ontwikkeling van aardwarmte in de komende jaren niet zou bevorderen. Ons betoog impliceert niet zozeer dat (toch) voor dit concessiestelsel zou moeten worden gekozen. Naar onze overtuiging zijn er ook nog andere concessiestelsels denkbaar, bijvoorbeeld een stelsel dat de vraag naar warmte en/of de reeds aanwezige of toekomstige warmte-infrastructuur tot uitgangspunt neemt. Uitgangspunt van een dergelijk stelsel zou dan kunnen zijn dat de overheid het geografische gebied van een geothermieproject afbakent of maximeert (zie ook hierna bij II). Vervolgens kan het recht om dat project te realiseren en exploiteren worden gegund aan de marktpartij die daartoe het beste in staat is, bijvoorbeeld omdat hij het project tijdig, tegen de laagste maatschappelijke kosten of met (het grootste) draagvlak en participatie uit de omgeving kan realiseren. In zoverre kunnen met een concessiestelsel voor geothermie vergelijkbare voordelen binnen de vergunningensystematiek worden geïntroduceerd, als die inherent zijn aan de uiterst succesvolle systematiek voor de verdeling van schaarse vergunningen voor Windenergie op zee.

In dit verband benadrukken wij dat het kabinet blijkens de concept MvT niet uitsluit dat in de toekomst aan een systeem, als door EBN bepleit, kan worden gedacht. Dit brengt ons op twee gedachten. Ten eerste is het concessiestelsel ter principale dus niet ter zijde geschoven. Ten tweede vragen wij ons af of het op een later moment overschakelen op een play-benadering (of andere concessiesystematiek) nog wel zinvol zal zijn. De gebieden waar aardwarmte kan worden gewonnen zullen tegen die tijd op basis van het nu voorgestelde systeem, waarbij wordt getoetst aan de specifieke warmtevraag voor een specifiek aardwarmteproject, naar verwachting aardig versnipperd zijn. Het idee van de play-benadering was nu juist dat door middel van de play's efficiënter gebruik kan worden gemaakt van de ondergrond. Bovendien had de play-benadering kunnen leiden tot een verdere professionalisering van de markt (het SodM heeft hiervoor meermaals aandacht gevraagd) doordat deze systematiek goed aansluit bij bedrijven die aardwarmteportefeuilles opbouwen. Verder zou een getrapte invoering van de play-benadering (of een andere vorm van een concessiestelsel) kunnen leiden tot overgangsrechtelijke issues.

³ Zie het rapport 'Play-based portfoliobenadering eerste inzicht in zes voordelen voor veilig en verantwoord, kosteneffectief versnellen van geothermie (30 mei 2018)' van EBN en TNO.

- II. Een concessiestelsel sluit beter aan bij het recent gepubliceerde Klimaatakkoord. Bij de vormgeving van een concessiestelsel kan namelijk de warmtevraag en/of de voorziene of aanwezige warmte-infrastructuur tot uitgangspunt worden genomen. Bovendien kan met een concessiestelsel meer worden gestuurd op de kwaliteit van het project, de maatschappelijke kosten, het draagvlak en de tijdige realisatie van het aardwarmteproject. Een concessiestelsel stelt daarom lokale overheden beter in staat om uitvoering te geven aan hun regierol voor een duurzame warmtevoorziening (in de gebouwde omgeving).**

Op p. 5 van de concept MvT wordt, zoals gezegd, aangegeven dat vooralsnog niet is gekozen voor de invoering van een concessiestelsel. Uit de omschrijving die daar wordt gegeven, leiden wij af dat de invoering van het concessiestelsel het onder meer mogelijk zou kunnen maken dat de overheid vanuit een planmatige beleidsvisie zoekgebieden aanwijst die vervolgens – in concurrentie – worden toegewezen aan een marktpartij. Die marktpartij zou daarbij hetzelfde recht kunnen verkrijgen als bij de nu voorgestelde toewijzing zoekgebied aardwarmte.

In plaats van een concessiestelsel kiest het consultatievoorstel voor een systeem waarbij het initiatief en de gebieds-afbakening in beginsel bij een aanvrager ligt. Tegelijkertijd kan de aanvraag voor een toewijzing worden afgewezen, indien toewijzing zich verzet tegen een planmatige ontwikkeling of een planmatig beheer van de ondergrond. Wij menen dat deze planmatige ontwikkeling juist van de hand is gewezen door niet te kiezen voor een concessiestelsel. Door de bedoelde wijziging hinkt het consultatievoorstel op twee gedachten: enerzijds wordt een planmatige ontwikkeling door middel van een concessiestelsel afgewezen; anderzijds kan lokaal beleid – dat bijvoorbeeld is neergelegd in een regionale energiestrategie (zie p. 21 van de concept MvT) – wel leiden tot het afwijzen van een aanvraag voor een toewijzing zoekgebied wanneer het aardwarmteproject niet past binnen het planmatige beheer of de ontwikkeling van de ondergrond. Dit lijkt een opening te bieden voor het betrekken van een warmtetransitievisie of ander gemeentelijk beleid bij de vergunningverlening. Of en onder welke omstandigheden een vergunningaanvraag inderdaad kan worden afgewezen vanwege zo'n visie, is echter niet duidelijk. Hierdoor kunnen er landelijke verschillen ontstaan, hetgeen onder meer vanwege het aan de nationale mededingingsnorm verbonden gelijkheidsbeginsel onwenselijk is.

Belangrijker is dat binnen de nu gekozen systematiek het initiatief, zoals gezegd, bij de aanvrager ligt. De lokale overheid kan vervolgens van haar adviesrechten gebruik maken (die zijn uitgebreid ten opzichte van het thans geldende systeem) wanneer een project niet binnen het beleid past. Een vorm van een concessiestelsel zou naar onze mening beter aansluiten bij de regierol van de (lokale) overheid in de energietransitie. De lokale overheid kan dan (in samenwerking met de rijksoverheid) meer sturend optreden bijvoorbeeld op de kwaliteit van het project, de concrete warmtevraag, de aansluiting op de (bestaande) warmte-infrastructuur en de mate van participatie door de omgeving. Bovendien laat de (lokale) overheid, wanneer zij door middel van een concessie de markt uitnodigt om voor een bepaald gebied een bieding te doen/aanvraag in te dienen, ruimte voor de overheid om bepaalde risico's – die nu marktrisico's zijn, zoals de vraag naar warmte – naar zich toe te trekken, daarmee risico's in de businesscase van aardwarmteprojecten te mitigeren en daardoor de kans op realisatie te vergroten. Zie in dit kader ook onze [recente blog](#).

- III. Kip-en-eiprobleem: voor het kunnen aanvragen van de vergunningen geldt het vereiste dat de afzet voldoende moet zijn verzekerd (wat 'voldoende' is verschilt voor de drie vergunningen), terwijl voor het borgen van de afzet nu juist van belang is dat – gedurende de lange afschrijvingstermijn van een warmtenet – voldoende duurzame bronnen zoals geothermie beschikbaar zijn. Bovendien is het vereiste dat de afzet voldoende moet zijn verzekerd niet op een eenduidige en daarmee op een rechtsonzekere wijze geformuleerd.**

Uit het consultatievoorstel blijkt dat – ook voor aardwarmte in de gebouwde omgeving – het uitgangspunt geldt dat het zwaartepunt en primaat liggen bij de businesscase voor het warmtenet. Het lijkt er zelfs op dat eerst een (principe) investeringsbesluit voor het warmtenet moet worden genomen en daarna pas het investeringsbesluit voor de geothermiebron. Zo regelt het consultatievoorstel dat de startvergunning aardwarmte pas kan worden verkregen indien er concreet zicht bestaat op voldoende vraag naar aardwarmte. Daartoe moeten bij de vergunningaanvraag overeenkomsten met de afnemers van de warmte worden gevoegd. Zonder die overeenkomsten, die weliswaar nog voorlopig kunnen zijn en ontbindende voorwaarden mogen bevatten, kan de startvergunning worden geweigerd. Zeker in de gebouwde omgeving, met particuliere woningeigenaren als afnemers, zal dit een tijdrovende exercitie zijn.

Concreet lijkt de wetgever dus tot uitgangspunt te nemen dat, voordat zeker is dat geothermie als bron voor het warmtenet kan dienen (daarvoor dient immers de opsporingsfase), de afzet (middels een warmtenet) moet zijn verzekerd. Echter, tot het investeringsbesluit voor zo'n warmtenet kan in de regel pas worden gekomen, indien eerst afdoende is afgedekt dat (tijdig) voldoende (duurzame) bronnen beschikbaar zijn. Dit kan onverenigbaar met elkaar zijn. De volgorde is daarom een punt van aandacht.

Bovendien is de eis (bij de drie soorten vergunningen) rechtsonzeker. Welke mate van concreetheid wordt in welke fase verwacht? Is de duur waarvoor de overeenkomsten worden aangegaan relevant? Welke opschortende/ontbindende voorwaarden mogen worden opgenomen? Kan men overeenkomen dat de aanvrager warmte levert voor een prijs x onder de voorwaarde dat er daadwerkelijk warmte kan worden gewonnen, er SDE+(+) beschikbaar is en partij y een warmtenet aanlegt? Afhankelijk van het antwoord op deze vragen zou deze eis een papieren tijger kunnen zijn met hoge administratieve kosten. Hieromtrent zou de wetgever meer duidelijkheid over moeten verschaffen.

- IV. Omdat SDE+(+) wordt verleend op een moment dat nog niet duidelijk is of warmte kan worden gewonnen, staat het stelsel op gespannen voet met het uitgangspunt van deze subsidie in de zin dat onnodig budgetbeslag moet worden voorkomen.**

Het systeem waarbij op grond van een toewijzing zoekgebied aardwarmte al SDE+(+) kan worden verkregen, lijkt haaks te staan op de ratio achter het systeem van deze subsidie.

Het systeem gaat ervan uit dat schaarse subsidiemiddelen alleen worden gereserveerd (en concurrerende, duurdere projecten alleen worden afgewezen) indien er tot op zekere hoogte zekerheid bestaat dat het gesubsidieerde project ook daadwerkelijk gerealiseerd wordt. Op het moment dat nog slechts een toewijzing zoekgebied aardwarmte is vergund, is het nog maar zeer de vraag of daadwerkelijk aardwarmte kan worden gewonnen. Dit weet men immers pas na de opsporingsfase. Door het moment waarop SDE+(+) kan worden aangevraagd naar voren te halen, legt men mogelijk onnodig beslag op het subsidiebudget.

V. *Het is onduidelijk of de toewijzing zoekgebied aardwarmte nu wél of niet vervalt indien niet binnen twee jaar een startvergunning aardwarmte is aangevraagd.*

Op pagina 7 van de concept MvT wordt aangegeven dat de houder van een toewijzing zoekgebied aardwarmte binnen twee jaar een startvergunning aardwarmte moet aanvragen. Deze termijn kan onder voorwaarden één keer met maximaal één jaar worden verlengd. Wanneer niet binnen deze termijn een startvergunning aardwarmte wordt aangevraagd, dan zou de toewijzing zoekgebied aardwarmte vervallen en het gebied openvallen zodat andere partijen een toewijzing zoekgebied aardwarmte voor het desbetreffende gebied kunnen aanvragen. Deze consequentie wordt weliswaar in de concept MvT genoemd, maar volgt niet uit de voorgestelde wettekst. Indien dit de bedoeling van de wetgever is, dan zou de wettekst op dit punt moeten worden aangepast. Thans is opgenomen dat de looptijd van de toewijzing zoekgebied aardwarmte vijf jaar bedraagt en indien een aanvraag om een startvergunning is aangevraagd tot het moment dat de startvergunning onherroepelijk is. Het is niet duidelijk hoe de gestelde looptijd van vijf jaar zich verhoudt tot het vervallen van de toewijzing zoekgebied wanneer niet binnen twee jaar een aanvraag om een startvergunning is ingediend, zoals aangegeven in de concept MvT. De wettekst en de concept MvT zijn op dit punt tegenstrijdig. Het was logischer geweest om te bepalen dat de toewijzing zoekgebied aardwarmte vervalt, indien niet binnen een bepaalde periode (dit kan twee jaar zijn) een aanvraag om een startvergunning aardwarmte is ingediend en dat de toewijzing zoekgebied aardwarmte geldt totdat onherroepelijk op de aanvraag om een startvergunning aardwarmte is beslist.

VI. *Het consultatievoorstel biedt nog steeds geen duidelijkheid over wie de eigenaar is van de gewonnen warmte*

Op basis van dit consultatievoorstel is het nog steeds niet duidelijk wie de eigenaar van de gewonnen warmte is. In het consultatievoorstel wordt wel het nodige bepaald over de bijvangst van delfstoffen, maar niet over het eigendom van de warmte die wordt gewonnen. De thans in de Mijnbouwwet opgenomen eigendomsregeling ziet niet op aardwarmte.

De vergunninghouder is niet noodzakelijk tevens de eigenaar van de warmte. Uit artikel 5:20 van het Burgerlijk Wetboek zou men zelfs kunnen opmaken dat de grondeigenaar (eveneens niet noodzakelijk de vergunninghouder) de eigenaar van de gewonnen warmte wordt. De warmte wordt gewonnen uit aquifers die moeilijk te begrenzen zijn en zich niets aantrekken van de bovengrondse kadastrale begrenzing. Het was goed geweest als het consultatievoorstel een einde had gemaakt aan deze juridische onzekerheid.

VII. *Het risico op schade bij seismische effecten ligt geheel bij het aardwarmteproject*

In het kader van het aanvragen van de verschillende benodigde vergunningen moet de aanvrager seismisch onderzoek (laten) verrichten. Het onaanvaardbare risico op seismische schade is een weigeringsgrond voor de startvergunning aardwarmte en de vervolgv vergunning aardwarmte. Binnen de adviestrajecten wordt aandacht besteed aan dit aspect.

Onderkend zou echter ook moeten worden dat het op zich nog wel mogelijk is dat op basis van het onderzoek door de initiatiefnemer en de adviezen (van TNO, SodM en de Mijnraad) een verwaarloosbaar risico is op een beving ten gevolge van de werkzaamheden ten behoeve van het aardwarmteproject, maar zich desondanks – tegen alle verwachtingen, onderzoeken en adviezen in – een beving voordoet. Los van de vraag of die beving ook veroorzaakt is door het aardwarmteproject (over het causaal verband kan waarschijnlijk worden gediscussieerd), zal deze beving zorgen voor ongerustheid bij omwonenden en de desbetreffende gemeente. Verder kan dit een mogelijk negatief neveneffect hebben op andere aardwarmteprojecten die in de pijplijn zitten. Dit kan ertoe leiden dat aardwarmteprojecten worden stilgelegd met alle gevolgen van dien voor de ondernemingen en investeerders.

Op basis van het consultatievoorstel ligt het bovenstaande risico (hoe klein de kans op de manifestatie van dit risico dan ook mag zijn) volledig bij het aardwarmteproject. Wij vragen ons af of dit een wenselijke en in de praktijk werkbare risicoverdeling is, mede tegen de achtergrond van de Groningen-problematiek. Zou de wetgever niet een deel van dit risico naar zich toe moeten trekken of moeten faciliteren dat de markt een collectieve oplossing daarvoor biedt? Men zou in dat kader bijvoorbeeld kunnen denken aan een fondsstructuur, verzekering of garantieregeling (men denke aan de RNES bij misboringen). Dit zou in onze ogen een wezenlijke bijdrage kunnen leveren aan het verzilveren van het geothermiepotentieel.

VIII. Het overgangsrecht: zonder een goedgekeurd winningsplan post-drill valt een aardwarmteproject met een winningsvergunning terug op een (tijdelijke) startvergunning

Omdat onder de huidige Mijnbouwwet de vergunningverlening voor de opsporing en winning van aardwarmte onvolledig op elkaar aansluiten, vindt de winning (onder voorwaarden) 'tijdelijk' plaats onder de opsporingsvergunning. Die opsporingsvergunning wordt thans, bij het indienen van een aanvraag voor een winningsvergunning, automatisch verlengd. Het SodM geeft in zijn jaarverslag van 2018 aan dat geen van de aardwarmteondernemingen in 2018 een instemming met het winningsplan heeft ontvangen. Als één van de oorzaken hiervoor noemt het SodM het ontbreken van passende indieningsvereisten. In 2018 is een passend format voor een winningsplan opgesteld. Op basis van dit format hebben een aantal ondernemingen ontvankelijke winningsplannen kunnen indienen.

Gelet op het overgangsrecht is het voor huidige aardwarmteondernemingen met een winningsvergunning belangrijk om over een goedgekeurd winningsplan post-drill te beschikken voordat het consultatievoorstel in werking treedt. Zo niet, dan valt de aardwarmteonderneming op basis van het overgangsrecht terug op een (tijdelijke) startvergunning. Dit kan allerlei onzekerheden met zich brengen die kunnen doorwerken in de business case en financiering van het aardwarmteproject.