

Energieprojecten in de diepe ondergrond: aanwijzingen voor een slagvaardiger juridisch kader

BR 2021/36

1. Inleiding

In de transitie naar een CO₂-neutrale samenleving, zullen steeds vaker energieprojecten in de diepe ondergrond plaatsvinden; dat wil zeggen op een diepte groter dan 500 meter.² Denk bijvoorbeeld aan geothermie, maar ook aan de opslag van waterstof en de opslag van CO₂ (ook wel bekend als *carbon-capture-and-storage* (CCS)). Het publiekrechtelijke juridische kader voor deze projecten is complex: dit kader is verspreid over verschillende wetten en deze wetten zijn – ook na de toekomstige wijzigingen daarvan – inhoudelijk onvoldoende op elkaar afgestemd. Bovendien liggen besluitbevoegdheden bij verschillende (nationale en decentrale) overheden. Hiernaast is de verhouding tussen dit wettelijke kader en de zogenoemde ‘gemeentelijke regierol’ in de warmtetransitie gespannen. Zo rusten belangrijke bevoegdheden bij de nationale overheid en hebben gemeenten daarbij slechts een (indirect) adviesrecht.

In dit artikel schetsen wij het juridische kader voor energieprojecten in de diepe ondergrond, de knelpunten dien-aangaande en doen wij suggesties ter verbetering. Daarbij baseren wij ons op een onderzoek dat wij hebben verricht naar de samenloop van de Mijnbouwwet en de Omgevingswet in onshore-gaswinnings-, energieopslag- en geothermieprojecten.³ Met de invoering van de Wet collectieve warmtevoorziening (ook wel: Warmtewet 2)⁴ komt daar voor geothermie in de toekomst nog een wettelijk kader bij. Wij merken op dat in dit artikel niet wordt ingegaan op de warmtewinning in de minder diepe ondergrond (tot 500 meter), bijvoorbeeld voor warmte-koude-opslagsystemen (‘wko’s). Deze vorm van warmtewinning wordt niet gereguleerd door de Mijnbouwwet.

Reeds op deze plaats zij opgemerkt dat de gesignaleerde knelpunten niet op zichzelf staan. In haar recente advies over het wetgevingsprogramma ter uitvoering van het Klimaatakkoord heeft de Afdeling advisering van de Raad van State ten aanzien van lopende wetgevingstrajecten geconcludeerd dat samenhang, inhoudelijke afstemming en prioritering ontbreken.⁵ Om de Europese en nationale

klimaat- en energiedoelstellingen binnen bereik te houden is een slagvaardige, gecoördineerde en voortvarende aanpak nodig. In dit artikel doen wij concrete verbeteringsuggesties, om daarmee een bijdrage te (kunnen) leveren aan een slagvaardig en coherent juridisch kader voor projecten in de diepe ondergrond. Naar onze overtuiging is een solide juridisch kader onontbeerlijk voor een tijdige realisatie van de beoogde projecten en daarmee de transitie naar een CO₂-neutrale samenleving. De problematiek die lijkt te ontstaan door de aanleg van open en gesloten bodemenergiesystemen in de minder diepe ondergrond, zoals interferentie, temperatuurveranderingen van de oppervlakte en bodemverontreiniging, kan ook als een knelpunt worden aangemerkt. Wij gaan hier in dit artikel echter niet op in.

De opbouw van dit artikel is als volgt. In § 2 schetsen wij kort de relatie tussen de toekomstige Mijnbouwwet,⁶ Omgevingswet⁷ en het wetsvoorstel Warmtewet 2.⁸ Vervolgens gaan wij in op het juridisch kader voor geothermie- en opslagprojecten, waarbij we het kader in de Mijnbouwwet (§ 3), de Omgevingswet (§ 4) en de Warmtewet 2 (§ 5) bespreken. In § 6 bespreken we enkele knelpunten en in § 7 sluiten wij af met een conclusie.

2. Samenloop wettelijke kaders bij geothermieprojecten

Voor ontwikkeling en exploitatie van energieprojecten in de diepe ondergrond zijn vergunningen krachtens de Mijnbouwwet (“Mbw”) vereist. Tegelijkertijd kunnen deze mijnbouwprojecten doorgaans niet worden uitgevoerd zonder omgevingsvergunning, die ook op grond van de – toekomstige – Omgevingswet (“Ow”) vereist zal zijn. Deze projecten vinden immers plaats in de fysieke leefomgeving en vragen om een zorgvuldige inpassing en veilige uitvoering. Dat is in het bijzonder het geval voor zover deze projecten ook bovengrondse activiteiten vereisen en betreffen de impact op (waterwinning en bodembeweging in) de ondergrond. Hier komt nog eens bij dat indien de diepe ondergrond wordt gebruikt voor warmtewinning – oftewel: een geothermieproject – de krachtens de Mbw en Ow verkregen juridische posities kunnen doorwerken naar de marktordering in de warmtesector. In dat kader beoogt het wetsvoorstel voor de Warmtewet 2 (“Ww2”) dat gemeenten een kavel vaststellen, waarvoor een warmtebedrijf wordt aangewezen dat het exclusieve recht krijgt om een collectief

1 Sanne Schipper en Marjolein Dieperink zijn advocaat bij AKD. Marjolein Dieperink is daarnaast verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is afgesloten per 16 maart 2021.

2 Voor delfstoffen is de Mijnbouwwet van toepassing op opsporing en winning vanaf een diepte van 100 meter beneden de oppervlakte van de aardbodem, zo volgt uit artikel 2, tweede lid, Mbw. Ook voor het opslaan van stoffen is de Mijnbouwwet van toepassing vanaf 100 meter diepte.

3 <https://akd.eu/nl/insights/onderzoek-samenloop-mijnbouwwet-en-omgevingswet>.

4 <https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>.

5 <https://www.raadvanstate.nl/@122716/w18-20-0290-iv/>.

6 *Kamerstukken II 2020/21, 35531, 2* (Voorstel van Wet) en 7 (Nota van Wijziging).

7 Wij gaan uit van de geconsolideerde versie d.d. 30 december 2020, zoals gepubliceerd op Tekst en toelichting Omgevingswet, AMvB's en Omgevingsregeling (geconsolideerde versies) - Aan de slag met de Omgevingswet.

8 <https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>.

warmtesysteem – ook wel warmtenet – aan te leggen binnen het kavel. Bij de vaststelling van een kavel wordt acht geslagen op de leveringszekerheid, en daarmee – indirect – op de beschikbare bronnen en de eventuele publiekrechtelijke status daarvan volgens de Mbw en de Ow. Een vergunninghouder in de zin van de Mbw en Ow heeft doorgaans een goede uitgangspositie om te worden aangewezen als warmtebedrijf, althans om de leveringszekerheid te borgen. Vergunningverlening krachtens de Mbw en Ow werkt daarmee door naar de marktordening onder de Ww2.

De bevoegdheden onder de Mbw rusten bij de centrale overheid. Ter zake van de Ow en de Ww2 zijn doorgaans gemeentelijke bestuursorganen bevoegd. Uitgangspunt van de Ow is dat, in beginsel, de gemeente de leefomgeving integraal benadert en het toegestane gebruik daarvan regelt in het omgevingsplan. Ook de Ww2 heeft de gemeentelijke regierol voor de warmtetransitie als uitgangspunt. De vraag komt dan ook op in hoeverre de bevoegdheden (van decentrale overheden) op grond van de Ow en de Ww2 zijn afgestemd op de bevoegdheden (van de centrale overheid) op grond van de Mbw, en vice versa. Meer in het bijzonder speelt bijvoorbeeld de vraag of decentrale overheden het instrumentarium van de Ow naar eigen inzicht kunnen benutten, of dat zij daarbij het risico lopen dat bepaalde keuzes worden doorkruist of reeds zijn ingevuld door (plaatsgevonden) besluitvorming op grond van de Mbw.

3. Mijnbouwwet

In deze paragraaf wordt de toekomstige vergunningensystematiek voor geothermieprojecten besproken, volgens het momenteel bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel.⁹ Dit wetsvoorstel Mbw gaat uit van drie aardwarmtevergunningen: de toewijzing van een zoekgebied aardwarmte, de startvergunning en de vervolgv vergunning. Ook gaan wij kort in op het kader in de Mbw voor energieopslag.

3.1 Geothermie

In de toekomstige Mijnbouwwet betreft het eerste besluit voor een geothermieproject de toewijzing van een zoekgebied. Met dit besluit verleent de Minister van Economische Zaken en Klimaat (“EZK”) aan de geadresseerde daarvan het exclusieve recht om voor het betrokken gebied onderzoek te doen naar de ondergrond. Op grond van de toewijzing zoekgebied kan een vergunninghouder voorts SDE++-subsidie aanvragen en zijn technische organisatie en financiën verder regelen. De toewijzing van een zoekgebied maakt nog niet de uitvoering van fysieke activiteiten in de diepe ondergrond mogelijk, zoals het uitvoeren van proefboringen. Dat kan pas op basis van een zogenoemde startvergunning.

Volgens het wetsvoorstel hebben Gedeputeerde Staten van een provincie (“GS”), het college van burgemeester en wethouders van een gemeente (“B&W”) en het Dagelijks Bestuur

van een waterschap (“DB”) een direct adviesrecht bij de toewijzing van een zoekgebied.¹⁰ Het gemeentelijke adviesrecht is beperkt tot het belang van een planmatige ontwikkeling of het beheer van delfstoffen, aardwarmte, andere natuurlijke rijkdommen, waaronder grondwater met het oog op de winning van drinkwater, of mogelijkheden tot het opslaan van stoffen. Het adviesrecht van het waterschap is beperkt tot het belang van de grondwaterkwaliteit en -kwantiteit. De provincie mag zich in haar advies over alle voornoemde belangen uitlaten.

In het toetsingskader wordt geen directe verwijzing gemaakt naar (het weigeren van een toewijzing zoekgebied vanwege strijd met) algemeen verbindende voorschriften van decentrale overheden, zoals een omgevingsplan. Wel stelt het Wetsvoorstel Mbw dat een toewijzing zoekgebied geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd indien het opsporen of winnen van aardwarmte in het zoekgebied bij of krachtens wet niet is toegestaan. Hierin kan een grondslag worden gelezen om een aanwijzing zoekgebied te weigeren op grond van, bijvoorbeeld, een omgevingsplan. Onder de huidige Mbw wordt een Mbw-vergunning echter niet geweigerd als het vigerende planologische kader een dergelijk project niet toestaat en het is de vraag of dit na de wetswijzigingen wel het geval gaat zijn. Het is immers mogelijk om een omgevingsvergunning voor afwijking van het planologisch kader te verlenen. Verder regelt het toetsingskader in de Mbw dat kan worden afgezien van de toewijzing van een zoekgebied aardwarmte indien onvoldoende zicht bestaat op een warmtevraag die passend is bij de te verwachten winning van aardwarmte of indien het zoekgebied niet passend is bij de te verwachten warmtevraag. Op dit punt zou eigenlijk een link moeten worden gelegd met de Ww2, maar dit wordt vooralsnog niet gedaan.

Ten tweede onderscheidt het Wetsvoorstel Mbw de verlening van een startvergunning aardwarmte door EZK. Dit is volgens de nieuwe vergunningensystematiek de belangrijkste vergunning. Pas wanneer een startvergunning is afgegeven kunnen de feitelijke opsporing en eerste winning van aardwarmte aanvangen. Doordat de startvergunning het tijdelijk winnen van aardwarmte toestaat, kan een geothermie-installatie op basis van die vergunning onmiddellijk na de opsporingsfase worden geëxploiteerd. Dit laatste is een belangrijk verschil met het huidige vergunningstelsel in de Mbw, waarbij voor de eerste winning een winningsvergunning en instemming met het winningsplan nodig is.

Bij de verlening van de startvergunning wordt, onder meer, gekeken naar de technische specificaties van de geothermie-installatie en financiële mogelijkheden van de aanvrager. Indien de financiële mogelijkheden van de aanvrager onvoldoende zijn om alle kosten (ook van een eventuele buitengebruikstelling van de installatie) te dragen, dan kan de

⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35531, 2 (Voorstel van Wet) en 7 (Nota van Wijziging).

¹⁰ Een verandering ten opzichte van de vigerende Mbw is dat ook gemeenten en waterschappen, naast provincies, een direct adviesrecht hebben, ten opzichte van het thans geldende indirecte adviesrecht via het provinciale, directe adviesrecht.

aanvraag voor een startvergunning worden geweigerd. De beoordeling van de financiële draagkracht over de gehele levenscyclus van een project wordt daarmee in de toekomst een belangrijker toetsingsgrond bij vergunningverlening. Verder wordt gekeken naar de risico's voor de veiligheid van omwonenden of (de vrees voor) onaanvaardbare schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan. Wat betreft de koppeling met de afzet van warmte bevat het toetsingskader voor de startvergunning een aangescherpte eis, ten opzichte van het toetsingskader voor het zoekgebied aardwarmte. Het Wetsvoorstel Mbw regelt namelijk dat een vergunning kan worden geweigerd in verband met het ontbreken van overeenkomsten met betrekking tot de afzet van aardwarmte. Dit is een afzonderlijke toetsingsgrond, naast bijvoorbeeld de beoordeling van de financiële draagkracht. Het adviesrecht van decentrale overheden is identiek aan het adviesrecht in het kader van de toewijzing van het zoekgebied.

Ten derde introduceert het Wetsvoorstel Mbw de vervolgv vergunning aardwarmte. EZK is ter zake hiervan eveneens bevoegd gezag. De startvergunning staat de winning van aardwarmte slechts gedurende een eerste fase toe. In deze eerste fase wordt beoordeeld of de boringen en winning veilig kunnen plaatsvinden. Daarna zal de vergunninghouder een vervolgv vergunning moeten aanvragen met het oog op de definitieve vaststelling van het winningsgebied en de winningsactiviteiten. In de vervolgv vergunning wordt de grootte van het winningsgebied vastgelegd en bepaald onder welke voorwaarden en voor hoe lang de vergunninghouder aardwarmte mag winnen in het desbetreffende gebied. In de fase van de vervolgv vergunning zijn de weigeringsgronden beperkt ten opzichte van de weigeringsgronden voor een startvergunning. Het adviesrecht van de decentrale overheden is vergelijkbaar met dat recht ten tijde van de besluitvorming. Echter, weliswaar kan advies worden uitgebracht over het belang van een 'planmatige ontwikkeling of het beheer', de vervolgv vergunning kan niet op die grond worden geweigerd. Wel kan het advies leiden tot het verbinden van voorschriften of beperkingen aan de vergunning. Verder kan de vervolgv vergunning worden geweigerd omwille van de veiligheid, het milieubelang, het niet aansluiten van de invloedssfeer bij de (begrenzing van de) aardlaag en de financiële mogelijkheden van de aanvrager.

Opvallend is dat er in de Mbw geen expliciete koppeling wordt gemaakt met de benodigde toestemmingen op grond van de Ow of de procedures die in dat verband doorlopen moeten worden. De Mbw en Ow lijken – net als in het huidige systeem – toch voornamelijk gescheiden kaders te blijven, waarbij de Mbw het economisch recht om activiteiten uit te voeren reguleert en vooral geldt als concessie en de Ow de activiteiten die in de fysieke leefomgeving worden uitgevoerd om dat economisch recht te verwezenlijken, reguleert. Wij komen hier later op terug.

3.2 *Energieopslag*

Voor de regulering van energieprojecten in de diepe ondergrond is voorts de regulering van opslag volgens de (geldende) Mbw van belang. De Mbw bepaalt dat het, behoudens enkele uitzonderingen, verboden is om zonder vergunning stoffen op te slaan op een diepte van meer dan 100 meter beneden de oppervlakte.¹¹ Het bevoegd gezag ten aanzien van de opslagvergunning is de Minister van EZK.

De Mbw regelt een aantal weigeringsgronden voor de opslagvergunning. De vergunning wordt ten eerste geweigerd wanneer in het desbetreffende gebied een ander al een opslagvergunning of een vergunning voor het opsporen of winnen van delfstoffen heeft.¹² Verder kan een opslagvergunning slechts geheel of gedeeltelijk worden geweigerd op grond van de in artikel 27 Mbw genoemde weigeringsgronden.¹³ De opslagvergunning wordt verleend onder beperkingen. In de opslagvergunning dient te worden opgenomen voor welke stoffen, voor welk gebied en voor welk tijdvak zij geldt. Daarbij dient tevens te worden bepaald of de stoffen definitief in de ondergrond achtergelaten mogen worden, of dat zij op een bepaald tijdstip teruggehaald moeten worden.¹⁴ Ook kan de vergunning onder andere beperkingen worden verleend, voor zover die gerechtvaardigd worden door het belang van de veiligheid voor omwonenden, het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan, de landsverdediging of het planmatig gebruik of beheer van delfstoffen, aardwarmte, of andere natuurlijke rijkdommen, waaronder het grondwater.¹⁵

Alvorens de Minister van EZK beslist op een aanvraag om een opslagvergunning, dient hij GS van de provincie waarop de aanvraag betrekking heeft, in de gelegenheid te stellen om binnen een redelijke termijn advies uit te brengen over de ingediende aanvraag. Bij hun advies dienen GS te betrekken B&W van de gemeenten in het gebied waarop de aanvraag betrekking heeft, en het DB van de waterschappen in het gebied waarop de aanvraag betrekking heeft.¹⁶

De opslag van aardgas geschiedt overeenkomstig een opslagplan. De houder van een opslagvergunning dient het opslagplan binnen twaalf maanden¹⁷ nadat zijn opslagvergunning onherroepelijk is geworden in te dienen bij de Minister van EZK, wiens instemming met het plan vereist is.¹⁸ De minister dient GS, B&W en het DB van waterschappen binnen het gebied in de gelegenheid te stellen om advies

11 Artikel 25 Mbw. Onder het opslaan van stoffen wordt in de Mbw kort gezegd begrepen het brengen of houden van stoffen op een diepte van meer dan 100 meter beneden de oppervlakte, dan wel het terughalen van die stoffen. Zie voor de volledige definitie artikel 1, aanhef en onderdeel i, Mbw.

12 Artikel 26, eerste en tweede lid Mbw.

13 Voor een uitwerking van deze weigeringsgronden verwijzen wij naar ons onderzoek: AKD - Onderzoek Samenloop Mijnbouwwet en Omgevingswet.

14 Artikel 28 Mbw.

15 Artikel 29 Mbw.

16 Artikel 31a jo artikel 16 Mbw.

17 Artikel 39a Mbw.

18 Artikel 34, eerste tot en met derde lid, Mbw.

uit te brengen over een instemming met het opslagplan.¹⁹ De minister kan zijn instemming slechts geheel of gedeeltelijk weigeren op grond van in de wet opgenomen weigeringsgronden. Ten eerste kan de minister zijn instemming weigeren, indien het betrokken gebied ongeschikt is voor opslag, om reden van het belang van de veiligheid van omwonenden of het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken. Ook kan instemming worden geweigerd in het belang van het planmatig gebruik of beheer van delfstoffen, aardwarmte of andere natuurlijke rijkdommen. Ten slotte kan de weigering verband houden met verwachte nadelige gevolgen voor het milieu of voor de natuur.²⁰ Verder kan de minister aan zijn instemming beperkingen of voorschriften verbinden die verband houden met deze weigeringsgronden.²¹

4. Omgevingswet

De Omgevingswet ("Ow") zal zoals nu is voorzien in werking treden op 1 januari 2022.²² De Ow zal zesentwintig wetten en honderden ministeriële regelingen en AMvB's over ruimte, wonen, infrastructuur, milieu, natuur en water die relevant zijn voor de fysieke leefomgeving vervangen. De Mbw is daar echter geen onderdeel van en blijft als zelfstandige wet bestaan. De Ow beoogt het aantal regels te verminderen en meer ruimte te creëren voor initiatieven. Ook geldt het uitgangspunt "decentraal, tenzij", waarbij overheden meer flexibiliteit en afwegingsruimte krijgen en de besluitvorming over projecten in de leefomgeving sneller en beter verloopt.

Waar de Mbw vooral ziet op het reguleren van de economische activiteiten zoals geothermie en energieopslag, zullen vrijwel alle activiteiten in de fysieke leefomgeving worden gereguleerd door de Ow en de onderliggende regelgeving. Met andere woorden, zodra een initiatiefnemer op grond van de Mbw het economische recht heeft verkregen om opsporingsactiviteiten of winningsactiviteiten te verrichten, dan moet deze op grond van de Ow nog de benodigde toestemmingen verkrijgen om die activiteiten ook daadwerkelijk te kunnen uitvoeren. Helaas zit er tussen de vergunningprocedures in de Ow en de Mbw geen enkele koppeling.

De activiteiten die omgevingsvergunningplichtig zijn, worden aangewezen in artikel 5.1 Ow. Onder de Ow zal het per locatie en gemeente verschillen voor welke activiteiten specifiek een omgevingsvergunning is vereist. In dit artikel gaan wij kort in op de omgevingsplanactiviteit²³ en de milieubelastende activiteit,²⁴ om de gevolgen daarvan voor de aanwijzing van het bevoegd gezag en de betrokkenheid van andere gezagen goed te kunnen duiden.

4.1 Omgevingsplanactiviteiten en milieubelastende activiteiten

Het is verboden om zonder omgevingsvergunning een activiteit te verrichten waarvoor op grond van het omgevingsplan een vergunningplicht geldt.²⁵ Het is denkbaar dat de omgevingsplanwetgever activiteiten als geothermie of CO₂-afvang en opslag in het omgevingsplan geheel verbiedt of onder voorwaarden mogelijk maakt. Het is in dit verband de vraag of de gemeenteraad bij het vaststellen van het omgevingsplan rekening moet houden met zoekgebieden voor geothermie of reeds verleende Mbw-vergunningen. Op grond van de Ow lijkt dat vooralsnog niet het geval te zijn. Daarnaast is het mogelijk dat de provincie voor deze activiteiten instructieregels opneemt die in het omgevingsplan opgenomen moeten worden of hier zelfs een omgevingsplanactiviteit van provinciaal belang van maakt. Dit kan als gevolg hebben dat niet B&W,²⁶ maar GS het bevoegd gezag kan zijn.²⁷ Als de aanvraag voorts gecombineerd wordt met een aanvraag voor andere omgevingsvergunningplichtige activiteiten – zoals een of meer milieubelastende activiteiten – kan het bepalen van het bevoegd gezag nog een behoorlijke puzzel zijn.

Een milieubelastende activiteit is enkel omgevingsvergunningplichtig indien het gaat om een bij AMvB aangewezen geval. De AMvB in kwestie betreft het Besluit activiteiten leefomgeving ("Bal"). Daarin – meer specifiek in hoofdstuk 3 Bal – zijn activiteiten aangewezen als milieubelastende activiteit en is aangewezen of deze omgevingsvergunningplichtig zijn of enkel vallen onder de algemene regels uit het Bal, die in hoofdstuk 4 en 5 Bal zijn opgenomen.

Met betrekking tot het afvangen van kooldioxide voor ondergrondse opslag, zijn in artikel 3.47 en 3.48 Bal het exploiteren van een ippc-installatie voor het afvangen van CO₂-stromen voor geologische opslag en het exploiteren van een andere milieubelastende installatie voor het afvangen van CO₂-stromen aangewezen als omgevingsvergunningplichtige milieubelastende activiteit.²⁸ Dit betreft overigens alleen het afvangen van CO₂.²⁹ Het onder de grond brengen daarvan (of van een ander gas zoals waterstof) is een mijnbouwhandeling die valt onder paragraaf 3.10.1 van het Bal. In artikel 3.320 en 3.321 Bal is het aanleggen en het exploiteren van een mijnbouwwerk aangewezen als een omgevingsvergunningplichtige activiteit. Ook milieubelastende activiteiten die op dezelfde locatie worden verricht en die dat aanleggen en het exploiteren functioneel ondersteunen, vallen onder de aanwijzing. De vergunningplicht geldt niet voor het testen, onderhouden, repareren of buiten gebruikstellen van een boorgat met een verplaatsbaar

19 Artikel 34, vijfde lid, Mbw.

20 Artikel 36, eerste lid Mbw.

21 Artikel 36, tweede lid Mbw.

22 De Eerste en Tweede Kamer hebben het ontwerp-KB niet controversieel verklaard. Op 25 februari 2021 debatteert de tweede Kamer over het ontwerp-KB. De uitkomst van dit debat is bij het afsluiten van dit artikel nog niet bekend.

23 Artikel 5.1, eerste lid, sub a, Ow.

24 Artikel 5.1, tweede lid, sub b, Ow.

25 Artikel 5.1, eerste lid, sub a, Ow. Hierbij zij opgemerkt dat bij algemene maatregel van bestuur gevallen kunnen zijn aangewezen, waarin geen omgevingsvergunning geldt. Wij gaan hier in dit artikel niet vanuit.

26 Artikel 5.8 Ow.

27 Artikel 5.9 Ow.

28 § 3.2.19 Bal.

29 Het is denkbaar dat deze activiteit wordt uitgevoerd in het kader van grootschalige energieopwekking als bedoeld in artikel 3.45 Bal. Wij laten deze mogelijkheid in dit artikel buiten beschouwing.

mijnbouwwerk of het stimuleren van een voorkomen via een boorgat met een mijnbouwwerk.³⁰ Op deze activiteiten zijn overigens wel diverse algemene regels van toepassing.³¹

Voor de aanvraag van zowel omgevingsplanactiviteiten als milieubelastende activiteiten geldt dat de aanvrager op grond van artikel 7.4 Omgevingsregeling (“Or”) moet aangeven of burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van de aanvraag zijn betrokken en zo ja, wat de resultaten hiervan zijn. Deze participatieverplichting is vormvrij, maar kan een goed middel zijn om omwonenden al in een vroegtijdig stadium te betrekken bij het voornemen om mijnbouwactiviteiten te verrichten in een bepaald gebied. Op het moment dat een dergelijke aanvraag wordt ingediend, is er meestal al een Mbw-vergunning verleend, waardoor niet alle aspecten die ook voor de omgeving belangrijk zijn, zoals de locatie, aan bod (kunnen) komen.

4.2 Bevoegd gezag bij samenloop van activiteiten

Het uitgangspunt in het Bal is dat het bevoegd gezag voor – kort gezegd – de algemene regels, namelijk het doen van meldingen, stellen van maatwerkvoorschriften of het beslissen op een aanvraag om toestemming om een gelijkwaardige regel te treffen, in beginsel ligt bij B&W.³² Hier is een uitzondering gemaakt voor het aanleggen en het exploiteren van een mijnbouwwerk als bedoeld in paragraaf 3.10.1 van het Bal, waar de Minister van EZK het bevoegd gezag is voor de algemene regels.³³ Indien een activiteit omgevingsvergunningplichtig is, is het bevoegd gezag voor verlening van de omgevingsvergunning voor de activiteit milieu eveneens het bevoegd gezag voor de algemene regels.³⁴ Het bevoegd gezag om op de aanvraag voor een omgevingsvergunning voor de activiteit milieu te beslissen, wordt bepaald in het Omgevingsbesluit (“Ob”).

In artikel 4.6, eerste lid, Ob is bepaald dat GS bevoegd zijn om te beslissen op een enkel- of meervoudige aanvraag om een omgevingsvergunning als de aanvraag alleen betrekking heeft op één of meer van een aantal nader genoemde activiteiten. Daarbij is onder meer de omgevingsplanactiviteit van provinciaal belang en het exploiteren van een ippc-installatie voor het afvangen van CO₂-stromen voor geologische opslag genoemd. Voor het afvangen van CO₂-stromen in een andere milieubelastende installatie is GS niet aangewezen als bevoegd gezag, waardoor B&W in beginsel is aangewezen als bevoegd gezag. Het afvangen van CO₂-stromen in een ippc-installatie is geen magneetactiviteit, zo volgt uit artikel 4.6, tweede lid, Ob. Dit betekent dat GS bij een meervoudige aanvraag enkel beslist op de aanvraag voor de milieubelastende activiteit afvangen van CO₂-stromen in een ippc-installatie en niet op de omgevingsvergunningaanvraag voor andere activiteiten. Indien er sprake is van een omgevingsplanactiviteit

van provinciaal belang, is er op basis van artikel 4.6, tweede lid, Ob wél sprake van een magneetactiviteit. GS is dan het bevoegd gezag voor deze activiteit en de activiteiten die tegelijkertijd zijn aangevraagd.³⁵

Voor mijnbouwactiviteiten als bedoeld in artikel 3.321 Bal, is de Minister van EZK in artikel 4.10, eerste lid, onder a, Ob aangewezen als bevoegd gezag. Het aanleggen of exploiteren van een omgevingsvergunningplichtig mijnbouwwerk, is in artikel 4.10, tweede lid, onder a) aangewezen als magneetactiviteit,³⁶ tenzij het een mijnbouwwerk voor geothermie betreft. Dit betekent dat de Minister van EZK het bevoegd gezag is om te beslissen op de aanvraag om een omgevingsvergunning voor alle activiteiten die gezamenlijk worden aangevraagd met de omgevingsvergunning voor de activiteit milieu voor een mijnbouwwerk voor het opslaan van CO₂ of andere gassen zoals waterstof. Deze activiteit onttrekt de overige activiteiten als het ware van het oorspronkelijke bevoegd gezag (bijvoorbeeld B&W of GS) naar de Minister van EZK. Als de aanvraag ziet op meerdere activiteiten, waaronder een mijnbouwwerk voor geothermie, is er geen sprake van een magneetactiviteit. De Minister van EZK is dan niet het bevoegd gezag voor alle activiteiten, maar enkel voor de mijnbouwactiviteit voor geothermie.

Het voorgaande wordt interessant als de verschillende milieubelastende activiteiten met elkaar gecombineerd worden of met andere omgevingsvergunningplichtige activiteiten, zoals de omgevingsplanactiviteit. Het is niet ondenkbaar dat er een meervoudige aanvraag wordt ingediend voor een project voor het afvangen in een ippc-installatie én onder de grond brengen van CO₂. Dit zijn in essentie twee milieubelastende activiteiten, waarbij GS het bevoegd gezag is voor de eerste activiteit en de Minister van EZK het bevoegd gezag voor de tweede activiteit. Omdat het afvangen van CO₂ geen magneetactiviteit is, maar het onder de grond brengen daarvan met een mijnbouwwerk wel, is EZK voor beide activiteiten het bevoegd gezag.

In het Ob zijn meer regels gegeven voor de samenloop van diverse activiteiten, ook als bij een meervoudige aanvraag geen magneetactiviteit is aangewezen, bijvoorbeeld in artikel 4.14 en 4.16 Ob. Op basis van deze en voornoemde bepalingen kan aan de hand van een meervoudige aanvraag op basis van de verschillende activiteiten die daarvan deel uitmaken worden beoordeeld, wie het bevoegd gezag is (en blijft).

Onder de Ow is het – anders dan onder de Wabo – niet verplicht om de verschillende activiteiten die deel uitmaken van een project gelijktijdig aan te vragen. De initiatiefnemer mag zelf kiezen of hij de benodigde omgevingsvergunningen

30 Artikel 3.321, tweede lid, Bal.

31 Artikel 3.322 Bal.

32 Artikel 2.3 Bal.

33 Artikel 2.7 Bal.

34 Artikel 2.9 Bal.

35 *Stb.* 2018, nr. 290, p. 145 (NvT bij Ob).

36 Het bevoegd gezag om een omgevingsvergunning te verlenen voor een magneetactiviteit, is eveneens het bevoegd gezag om een omgevingsvergunning te verlenen voor alle activiteiten die deel uitmaken van dezelfde aanvraag en waarvoor bij of krachtens de wet een ander bestuursorgaan als bevoegd gezag is aangewezen. De magneetactiviteit trekt als het ware het bevoegd gezag naar zich toe.

gelijktijdig aanvraagt of niet.³⁷ Het is dus mogelijk om in bepaalde omstandigheden de werking van de magneetactiviteiten – indien en voor zover dat gewenst zou zijn – te omzeilen door verschillende enkelvoudige vragen in te dienen.

4.3 Advies en instemmingsrechten

Het verschuiven van het bevoegd gezag betekent niet dat het oorspronkelijke bevoegd gezag zeggenschap verliest. Op grond van artikel 4.20, eerste lid, Ob heeft B&W een adviesrecht bij een aanvraag om een omgevingsvergunning voor onder meer omgevingsplanactiviteiten en milieubelastende activiteiten. Daarbij geldt een instemmingsrecht voor zover het gaat om een omgevingsplanactiviteit die niet van provinciaal of nationaal belang is. B&W hebben echter *geen instemmingsrecht* met betrekking tot – voor zover in dit artikel relevant – het afvangen van CO₂ met een ippc-installatie en de aanleg en het exploiteren van een mijnbouwwerk. Dit volgt uit artikel 4.20, tweede lid, onder a jo. artikel 4.10, eerste lid, en onder a, Ob.

Indien er sprake is van een buitenplanse omgevingsplanactiviteit waarvoor B&W bevoegd gezag zijn, dan heeft de gemeenteraad een adviesrecht. Als B&W geen bevoegd gezag zijn, maar wel een instemmingsrecht hebben, dan is de raad adviseur voor het verzoek om instemming (artikel 4.21 Ob). Nu B&W bij de aanleg en het exploiteren van een mijnbouwwerk niet het bevoegd gezag is en geen instemmingsrecht heeft, is de rol van de raad – voor zover wij kunnen overzien – zeer beperkt.

In artikel 4.25 eerste lid, aanhef en onder c sub 1 en 2 Ob is bepaald dat GS in principe adviseur zijn voor een aanvraag om een omgevingsvergunning die betrekking heeft op het aanleggen en exploiteren van een mijnbouwwerk en een ippc-installatie voor het afvangen van CO₂. Op grond van artikel 4.25, derde lid, Ob geldt er eveneens een instemmingsrecht als de activiteit betrekking het afvangen van CO₂.

Hoewel de verschillende regels in de Ow, het Bal en het Ob een spoorboekje geven om te bepalen wie het bevoegd gezag is om een aanvraag om een omgevingsvergunning te kunnen beoordelen en welk gezag daarover mag adviseren (al dan niet met instemmingsrecht), blijft het toch een ingewikkeld zoekplaatje. Wij kunnen ons voorstellen dat het voor een initiatiefnemer niet altijd helemaal duidelijk is waar hij zijn aanvraag kan indienen of met welk bevoegd gezag hij in overleg moet treden. Voor zowel gemeenten, provincies als het Rijk ligt hier een belangrijke taak en zullen zij – om onduidelijkheden in een later stadium te voorkomen – vroegtijdig met de initiatiefnemer en met elkaar in overleg moeten treden om de behandeling van de aanvraag en de daaropvolgende besluitvorming soepel te laten verlopen.

37 Artikel 5.7 Ow. Wij gaan in dit artikel niet in op de samenhang met wateractiviteiten, maar merken hier op dat de aanvraag voor wateractiviteiten op grond van artikel 10.21 Ob altijd los wordt aangevraagd.

5. Wet collectieve warmtevoorziening

Van de Wet Collectieve Warmtevoorziening, ook wel de Warmtewet 2 (“Ww2”) genoemd, is op dit moment alleen de tekst van de consultatieversie beschikbaar.³⁸ Wel heeft de Minister van EZK in een Kamerbrief over de resultaten van die consultatieversie aangekondigd dat op een aantal punten wijzigingen doorgevoerd zullen worden in de tekst van de consultatieversie.³⁹ De tekst van de Ww2 is dus nog aan verandering onderhevig, maar de lijn van deze wet is wel duidelijk. De inwerkingtreding is momenteel nog voorzien gelijktijdig met de Ow, maar gelet op het feit dat de Ww2 nog als wetsvoorstel aan het parlement gezonden moet worden, zal de datum van 1 januari 2022 niet gehaald worden. Duidelijk is wel dat de Ww2 samen met de Ow het kader zal vormen voor de ontwikkeling van warmtenetten.

5.1 Doel van de wet en samenhang met andere wetten

Met de Ww2 wordt beoogd om een uitputtende regeling voor de regulering van collectieve warmtesystemen en warmtetransportnetten in het belang van een betrouwbare, betaalbare en CO₂-arme warmtevoorziening te geven.⁴⁰ In de Ww2 worden slechts beperkt regels gegeven over de productie van warmte. Om een rendabel warmtenet te kunnen aanleggen is echter wel van belang dat er warmtebronnen in de omgeving zijn.

Het proces om tot de aanleg van een warmtenet te besluiten, staat beschreven in hoofdstuk 2 van de Ww2. In dit besluitvormingsproces moet een aantal stappen worden doorlopen, waarbij de gemeente een belangrijke regierol heeft en er steeds wordt uitgegaan van een wijkgerichte benadering. Participatie speelt daarbij een belangrijke rol. Het besluitvormingsproces vindt niet alleen plaats op basis van de Ww2, maar ook met gebruikmaking van het instrumentarium uit de Ow. Op grond van de memorie van toelichting bij de Ww2 zoals gepubliceerd in de internetconsultatie is de samenhang met de Ow duidelijk.

In hoofdstuk 3 merkten wij op dat er geen koppeling zit tussen de Mbw en de Ow. Beide wetten kennen strikt gescheiden kaders. Ook tussen de Ww2 en de Mbw is er geen koppeling gemaakt. Dit is enerzijds logisch, aangezien de Ww2 met name ziet op de distributie en levering van warmte en niet op de productie daarvan. Aan de andere kant is dit opmerkelijk, omdat het voor het al dan niet rendabel kunnen exploiteren van een warmtenet, van belang kan zijn of men beschikt over (de vergunningen voor) een geothermiebron en een samenhang met het besluitvormingsproces in de Mbw daarvoor meer duidelijkheid zou kunnen geven.

38 <https://www.internetconsultatie.nl/warmtewet2>.

39 <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/12/14/kamerbrief-over-resultaten-internetconsultatie-wet-collectieve-warmtevoorziening>.

40 Concept-Toelichting Wet collectieve warmtevoorziening internetconsultatie, p. 75.

Ter illustratie wijzen wij hieronder op de relevantie van de vergunningverlening op grond van de Mbw bij geothermie bij drie belangrijke stappen in het besluitvormingsproces, namelijk het opstellen van de Transitievisie Warmte, de vaststelling van een warmtekavel en het aanwijzen van een warmtebedrijf.

5.2 Relevantie Mbw-vergunning voor besluitvorming op grond van de Ww2

Hoewel de Ww2 voorlopig nog niet in werking treedt, zullen gemeenten de eerste stap in het besluitvormingsproces om een warmtekavel vast te stellen en een warmtebedrijf aan te wijzen voor die tijd al nemen. De eerste stap in het besluitvormingstraject is het door B&W opstellen van een Transitievisie Warmte ("TVW"). In de eerste TVW legt de gemeente vast met welke wijken zij in het kader van de warmtetransitie voor 2030 aan de slag gaat en wat volgens haar voor die wijken het beste alternatief voor aardgas is. Een belangrijk aandachtspunt hierbij is dat de TVW uiterlijk in 2021 vastgesteld moet zijn, ter uitvoering van het Klimaatakkoord in de gebouwde omgeving.⁴¹ Omdat inwerkingtreding van zowel de Warmtewet 2 als de Ow gepland staan voor 1 januari 2022,⁴² moet de TVW dus al vooruitlopend op deze inwerkingtreding worden op- en vastgesteld. Hoewel er nog over wordt gediscussieerd, wordt de TVW waarschijnlijk een 'programma' onder de Ow.⁴³ Bij het vaststellen daarvan moet ook rekening worden gehouden met de participatieverplichtingen uit artikel 10.8 Ob en moet B&W aangeven op welke wijze burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding zijn betrokken en wat de resultaten daarvan zijn.

In deze TVW's kan B&W al in een vroegtijdig stadium aangeven welke bron het meest geschikt is voor de desbetreffende wijk. Dit roept de vraag op in hoeverre B&W voldoende zicht heeft op de mogelijke bronnen en de geschiktheid daarvan voor een mogelijk warmtenet binnen de gemeente. Het is immers ook mogelijk dat de bron die het warmtenet binnen de gemeente zal voorzien van warmte, is gelegen in een andere gemeente. Het is goed mogelijk dat niet alle mogelijk betrokken gemeenten zijn betrokken bij het de vergunningprocedure op grond van de Mbw.

Een volgende stap in het proces is het vaststellen van een warmtekavel door B&W. Een warmtekavel is:

"een aaneengesloten gebied binnen een of meerdere gemeenten waarvoor (...) een warmtebedrijf is of kan worden aangewezen."⁴⁴

Uit artikel 2.1 Ww2 volgt dat gemeenten bij de vaststelling daarvan rekening houden met de beschikbaarheid van warmtebronnen, maar ook met het feit dat het warmtekavel voldoende volume (afzetmogelijkheden) moet hebben voor het warmtebedrijf om zijn investering terug te kunnen verdienen. Ook moet afstemming worden gezocht met omliggende gemeenten, zodat gemeenten rekening houden met elkaars belangen en er mogelijk schaalvoordelen kunnen worden behaald doordat de warmtebron en het warmtekavel efficiënter kunnen worden geëxploiteerd en vormgegeven.⁴⁵ Het kavelvaststellingsbesluit moet vervolgens worden voorgelegd aan GS.⁴⁶ GS ziet toe op alle eisen voor een warmtekavel⁴⁷ en mag op al die punten een opdracht geven aan B&W en voorschriften en beperkingen verbinden aan het vaststellingsbesluit.⁴⁸

Nadat er een warmtekavel is vastgesteld, kan B&W daar een warmtebedrijf voor aanwijzen.⁴⁹ Een warmtebedrijf krijgt het exclusieve recht en de plicht om binnen een warmtekavel warmte te leveren aan verbruikers.⁵⁰ De aanwijzingsprocedure moet 'transparant, non-discriminatoir en goed onderbouwd' zijn, en zowel publieke als private bedrijven moeten hieraan kunnen deelnemen.⁵¹ Wij gaan niet uitgebreid in op deze aanwijzingsprocedure, maar merken op dat bij de aanvraag een besluit van de ACM moet zijn gevoegd waaruit blijkt dat het warmtebedrijf organisatorisch en technisch bekwaam wordt geacht om een collectief warmtesysteem te kunnen aanleggen en over voldoende financiële draagkracht beschikt. Ook moet het warmtebedrijf in ieder geval aangeven hoe het verwacht om het collectief warmtesysteem aan te leggen, te exploiteren en te verduurzamen. Hiervoor is informatie over de bron noodzakelijk, daarom zou het naar onze mening relevant zijn om de besluitvormingsprocessen op grond van de Ow, Mbw en Ww2 onderling op elkaar af te stemmen.

6. Knelpunten en oplossingsrichtingen

Gelet op de hiervoor geschetste kaders zien wij verschillende knelpunten, of beter gezegd, verbeterpunten voor de toekomstige wetgeving of punten waarop de verschillende wetten onvoldoende op elkaar zijn afgestemd. Omwille van de omvang, volstaan we hier met drie knelpunten. In het eerder vermelde onderzoek is een uitgebreidere analyse opgenomen.

41 Dit volgt uit de Kamerbrief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 17 december 2019 (*Kamerstukken II* 2019/20, 32813, 437).

42 De inwerkingtreding van beide wetten staat nu gepland voor 1 januari 2022. Voor de Warmtewet 2 wordt dit (hoogst) waarschijnlijk uitgesteld.

43 Hoewel het wat ons betreft ook mogelijk is om de TVW door de raad te laten vaststellen als Omgevingsvisie (of als onderdeel daarvan), blijkt uit steeds meer parlementaire documenten dat de TVW zal worden vormgegeven als programma. Zie onder meer: *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, nr. 483, bijlage en *Kamerstukken II* 2019/20, 32813, 534, p. 5 (Brief van de Minister van EZK over de gevolgen van COVID-19 voor het klimaat- en energiebeleid).

44 Artikel 1 Warmtewet 2.

45 Artikel 2.1 lid 1 onder c Warmtewet 2.

46 Artikel 2.1 lid 4 Warmtewet 2.

47 Artikel 2.1 leden 4 en 5 Warmtewet 2, onder verwijzing naar de eisen uit artikel 2.1 lid 1, onder a-e en lid 2 en 3 Warmtewet 2.

48 Artikel 2.1 lid 6 Warmtewet 2.

49 Artikel 2.3 lid 1 Warmtewet 2.

50 Artikel 2.2 lid 1 Warmtewet 2.

51 MvT, p. 18.

6.1 *Getrapte besluitvorming resulteert in gebrekkige investeringszekerheid*

Zowel de Mbw als de Ow reguleren (het gebruik van) de diepe ondergrond. Hoewel vergunningen op grond van beide wetten nodig zijn om een energieproject in de diepe ondergrond te kunnen uitvoeren, zijn de vergunningenkaders niet op elkaar afgestemd. Bijgevolg kan het voorkomen dat voor een project enerzijds een Mbw-vergunning wordt verleend, terwijl anderzijds de omgevingsvergunning niet wordt of kan worden verkregen. Hierdoor wordt een project geblokkeerd. Dit heeft als gevolg dat investeringen, die zijn gedaan op basis van de Mbw-vergunning verdampen. Een bijkomend nadeel is dat bij afstel van een project de energie- en klimaatdoelstellingen (nog verder) in het gedrang kunnen komen.

We maken dit duidelijk aan de hand van een voorbeeld: de eerste Mbw-vergunning die wordt aangevraagd ten behoeve van een geothermieproject is – onder huidig recht – een opsporingsvergunning of – onder de toekomstige Mbw – de toewijzing zoekgebied. De beoordeling van deze aanvraag vindt enkel plaats op grond van de beoordelings- en weigeringsgronden opgenomen in de Mbw. Aspecten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving zullen vooralsnog niet worden betrokken bij de beoordeling van de aanvraag om een Mbw-vergunning. Dergelijke aspecten komen nu niettemin vaak al aan de orde in het advies dat GS geeft aan de Minister van EZK en zullen in de toekomst ongetwijfeld ook in de adviezen van B&W worden genoemd. Op dit moment is het echter zo dat de Minister van EZK doorgaans aangeeft dat aspecten die in het kader van de omgevingsvergunning nog aan bod (kunnen) komen, niet worden betrokken bij de beoordeling in het kader van de Mbw. Dit zorgt ervoor dat de Mbw-vergunning verleend wordt, maar dat afwegingen die verder zijn benodigd om een mijnbouwproject uit te voeren op een later moment nog moeten worden gemaakt. Hoewel in het kader van het Mbw-traject al duidelijk kan worden in hoeverre in een later stadium wordt meegewerkt aan het verlenen van de omgevingsvergunning, speelt dit formeel geen rol. Naast het feit dat dit alles behalve efficiënt is voor de initiatiefnemer, omdat er verschillende procedures doorlopen moeten worden, zorgt dit ook voor onduidelijkheid voor en mogelijk onrust bij de omgeving.

Naar onze mening zou dit voorkomen kunnen worden door in een van beide besluitvormingstrajecten te gaan werken met een aanhaakverplichting of –mogelijkheid of een intentieverklaring of principebesluit van andere bevoegde gezagen, onder meer over de vraag of ook planologische medewerking kan worden verleend aan de betreffende mijnbouwactiviteit. Op deze wijze blijven de juridische kaders formeel gescheiden, maar komt er een duidelijker moment waarop de aanvaardbaarheid van een project over de volle breedte wordt beoordeeld.

6.2 *Participatie niet vanaf de start van een project verplicht op grond van de Mbw*

Zowel in de besluitvormingsprocedures op grond van de Ow als de Ww2 neemt participatie een belangrijke plaats in. Bij het indienen van een aanvraag om een omgevingsvergunning moet de initiatiefnemer aangeven of, en zo ja op welke wijze, burgers, bedrijven, maatschappelijke organisaties en bestuursorganen bij de voorbereiding van de aanvraag zijn betrokken. Ook bij de voorbereiding en vaststelling van een (programma als de TVW en een) omgevingsplan geldt er een motiveringsverplichting voor het bevoegd gezag ten aanzien van de participatie. Participatie neemt ook een zeer belangrijke plaats in bij de stappen die B&W moet doorlopen om een warmtekavel vast te stellen en uiteindelijk een warmtenet te kunnen laten aanleggen door het warmtebedrijf. Dit begint al bij de voorbereiding van de TVW.

Waar participatie als onderdeel van de besluitvorming niet is weg te denken uit de Ow en Ww2, speelt participatie geen rol bij de besluitvormingsprocessen in het kader van de Mbw. Ook het belang van de omgeving wordt hierbij nauwelijks, en slechts indirect, betrokken. Tijdens gerechtelijke procedures tegen besluiten op grond van de Mbw blijkt echter dikwijls dat de omgeving zeer kritisch is over het voornemen om een mijnbouwproject toe te staan. Wij denken dat een deel van deze bezwaren met vroegtijdige participatie weggenomen zou kunnen worden, nog daargelaten dat het lastig uitlegbaar is aan de omgeving dat participatie door de wetgever zeer belangrijk wordt gevonden, maar geen rol speelt bij de eerste vergunning die aan een project wordt verleend. Daarbij merken wij op dat participatie ook blijkens het Klimaatakkoord een belangrijke rol speelt bij de energietransitie. Het is daarom naar onze mening vreemd dat dit aspect nog steeds geen rol heeft bij procedures in het kader van de Mbw.

In het verlengde hiervan merken wij kort op dat het soms onduidelijk is wie het bevoegd gezag is om een aanvraag om een omgevingsvergunning te beoordelen en welk gezag daarover mag adviseren (al dan niet met instemmingsrecht). Wij kunnen ons voorstellen dat het voor een initiatiefnemer niet altijd helemaal duidelijk is waar hij zijn aanvraag moet indienen en daarmee met welk bevoegd gezag hij in overleg moet treden. Indien het digitaal stelsel omgevingsrecht (DSO) tijdig zal functioneren, zal dit knelpunt voor de initiatiefnemer worden opgelost. Bovendien geldt voor overheden ook de doorzendplicht. Wij zijn echter niettemin van mening dat gemeenten, provincies en het Rijk er goed aan zouden doen om al in een vroeg stadium met de initiatiefnemer en omwonenden in overleg te treden, om zo de behandeling van de aanvraag en de daaropvolgende besluitvorming soepel te laten verlopen, en het maatschappelijke draagvlak al vanaf de eerste besluitvorming te adresseren. Het zou naar onze mening goed zijn, als niet alleen de Ow en de Ww2, maar ook de Mbw hiervoor meer handvatten zou bieden.

6.3 **Gemeentelijke rol bij Mbw-vergunning te beperkt**
Het EZK is het bevoegde gezag bij de vergunningverlening op grond van de Mbw. De rol van gemeenten is daarbij beperkt. Bij geothermie zullen gemeenten een direct adviesrecht krijgen; bij opslagprojecten is dit adviesrecht indirect, via de provincie. Onder de Ow is de gemeente niet het bevoegd gezag voor de vergunningverlening voor een milieu-belastende activiteit voor mijnbouwprojecten. B&W is in beginsel wel het bevoegd gezag voor omgevingsplanactiviteiten, maar onder omstandigheden kan deze bevoegdheid bij de Minister van EZK of GS terechtkomen. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt met de gemeentelijke regierol in het Klimaatakkoord en de Ww2.

Naar onze mening kan met name de beperkte rol van de gemeente in de Mbw de regierol in het kader van de warmtetransitie belemmeren. In het wetsvoorstel betreffende de Mbw dat nu aanhangig is, geldt het uitgangspunt dat wordt getoetst of er (waarschijnlijk) voldoende vraag naar warmte is. Echter is niet verzekerd dat die vraag is gekoppeld aan de collectieve warmtevoorziening die de gemeente beoogt. Zo wordt bij de verlening van een Mbw-vergunning geen acht geslagen op het ter plaatse van het geothermieproject geldende omgevingsplan (onder de Ow) of de geldende omgevingsverordening (eveneens onder de Ow). Evenmin wordt gekeken naar de relatie tussen een geothermieproject en het gemeentelijke warmtebeleid en -strategie in de TVW (neergelegd in een programma in de zin van de Ow), of naar de partij die (voor een warmtekavel) is aangewezen als warmtebedrijf.

Daarnaast geldt dat, ingeval geothermie wordt ingezet als duurzame warmtebron voor de gebouwde omgeving, de wetgeving de regierol die gemeenten hebben bij het aardgasvrij maken van de gebouwde omgeving onvoldoende eerbiedigt. In de kern wordt dit veroorzaakt doordat dikwijls eerst een opsporingsvergunning krachtens de Mbw wordt verleend – en in de toekomst de toewijzing zoekgebied – en EZK daarvoor bevoegd gezag is. Deze opsporingsvergunning is exclusief: voor een gebied kan slechts één vergunning (in dezelfde aardlaag) gelden. Daarmee kan de houder van de Mbw-vergunning een (groot) voordeel hebben ten opzichte van zijn concurrenten bij het verkrijgen van het exploitatierecht voor een warmtenet, hetgeen weer een gemeentelijke bevoegdheid is. Het zou naar onze mening beter zijn om alle vereiste besluitvorming procedureel te integreren of te coördineren, zodat de overheid op één moment een totaalafweging maakt. Op die wijze kan beter worden geborgd dat alle vereiste overheidstoestemmingen bij de meest aangewezen partij terechtkomen.

7. Conclusie

In dit artikel hebben wij de wettelijke kaders voor duurzame energieprojecten in de diepe ondergrond geschetst. Daarbij hebben wij aangegeven waar de samenhang tussen deze kaders onvoldoende is en tot welke knelpunten dit kan

leiden. Wij zijn van mening dat de mate van samenhang te kortschiet tussen de Ow, de Mbw, de Mbw en de Ww2. De afstemming tussen de Ww2 en de Ow lijkt op dit moment voldoende doordacht en verzekerd. De stelselherziening voor geothermie in de Mbw zou wat ons betreft een mooie aanleiding zijn om de samenhang van de Mbw-vergunningen met de omgevingsvergunningen te heroverwegen en te verbeteren. Tegelijkertijd zou daarbij moeten worden geborgd dat de Mbw-vergunningverlening aansluit bij de door de gemeente bepaalde warmtetransitie, als uitgerold met toepassing van de Ww2. Dit heeft niet alleen voordelen voor initiatiefnemers, maar ook voor de betrokken overheden en de omgeving.