



# Project gaswinning Ternaard in omgevingsrechtelijk perspectief

prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf  
 prof. mr. H.D. (Hanna) Tolsma

Advies in opdracht van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

16 oktober 2021

|     |  |    |
|-----|--|----|
|     | Samenvatting   | 2  |
| 1   | Aanleiding, vraagstelling en structuur                       | 5  |
| 2   | Eén project, gefragmenteerde toestemming                     | 6  |
| 2.1 | De relevante toestemmingsbesluiten voor het project          | 6  |
| 2.2 | De relevante toetsingskaders voor het project                | 7  |
| 2.3 | Mogelijke alternatieven om het project te stoppen?           | 10 |
| 3   | Het instemmingsbesluit (art. 34 en 36 Mbw)                   | 12 |
| 3.1 | Bestuurlijke beslissingsruimte in art. 36 lid 1 Mbw          | 12 |
| 3.2 | Invloeden op de bestuurlijke beslissingsruimte               | 14 |
| 3.3 | De weigeringsgronden van art. 36 lid 1 Mbw                   | 16 |
|     | 3.3.1 Onder a: veiligheid omwonenden of voorkomen van schade | 16 |
|     | 3.3.2 Onder b: planmatig beheer                              | 19 |
|     | 3.3.3 Onder c: nadelige gevolgen voor milieu                 | 21 |
|     | 3.3.4 Onder d: nadelige gevolgen voor natuur                 | 23 |
| 3.4 | Het ontwerpinstemmingsbesluit                                | 25 |
|     | 3.4.1 Onderbouwing door de minister                          | 25 |
|     | 3.4.2 Analyse en beschouwing                                 | 27 |

## Samenvatting

De NAM heeft voor het Project gaswinning Ternaard toestemmingsbesluiten aangevraagd die – op grond van art. 141a lid 1 sub a en sub c Mijnbouwwet<sup>1</sup> – gecoördineerd worden voorbereid door de minister van EZK. Van 27 augustus tot en met 7 oktober 2021 zijn ontwerpbesluiten ter inzage gelegd. Deze ontwerpbesluiten zijn online te raadplegen op de website van het Bureau Energieprojecten van de RVO; lezing leert dat de bevoegde gezagen voornemens zijn de vereiste toestemmingen te verlenen. De Tweede Kamer heeft na kennisneming van de ontwerpbesluiten onder meer de Rijksuniversiteit Groningen benaderd voor een onafhankelijk juridisch advies over de volgende vraag.

*In hoeverre biedt de (omgevingsrechtelijke) wet- en regelgeving in brede zin het bevoegde gezag de mogelijkheid om toestemming voor het Project gaswinning Ternaard te weigeren?*

Dit advies biedt in brede zin een overzicht van de vereiste omgevingsrechtelijke toestemmingsbesluiten en de geldende toetsingskaders. Ook wordt kort gezien of er alternatieven zijn (anders dan een weigering) om het Project gaswinning Ternaard te stoppen: het wijzigen/intrekken van de winningsvergunning; een wettelijk verbod van (nieuwe) gaswinning onder de Waddenzee. Verder volgt een juridische analyse van de mogelijkheden van de minister van EZK om instemming met het winningsplan te weigeren (art. 34 en 36 Mbw).

### **Eén project, gefragmenteerde toestemming**

Voor de realisering van het Project gaswinning Ternaard zijn op grond van het omgevingsrecht diverse toestemmingsbesluiten nodig met ieder een eigen toetsingskader. Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag achten wij met name de volgende toestemmingsbesluiten relevant:

- het inpassingsplan (art. 3.28 Wro);
- de omgevingsvergunning milieu Ternaard (art. 2.1 lid 1 onder e sub 1 en 3 Wabo);
- de vergunning o.g.v. de Wet natuurbescherming (art. 2.7 Wnb);
- het instemmingsbesluit met het winningsplan o.g.v. de Mijnbouwwet (art. 34 en 36 Mbw)

Voor het winnen van delfstoffen gaat de Mijnbouwwet uit van een besluitvormingsketen met drie beslismomenten (de opsporingsvergunning, de winningsvergunning en de instemming met het winningsplan). De NAM beschikt al geruime tijd over een winningsvergunning. Deze vergunning wordt geacht rechtmatig te zijn en kan – op dit moment – niet aan de bestuursrechter worden voorgelegd. Gelet op de fase van besluitvorming is nu het meest relevante aangrijpingspunt om het Project gaswinning Ternaard toe te staan of te weigeren de vereiste instemming met het winningsplan van NAM door de minister van EZK (art. 34 en 36 Mbw) en het besluit op de aanvraag van NAM voor vergunning op grond van de Wet natuurbescherming door de minister van LNV. Over die vergunning is aan de Tweede Kamer op 5 oktober advies uitgebracht door de Waddenacademie.<sup>2</sup>

### **Het instemmingsbesluit (art. 34 en 36 Mbw)**

Uit de analyse van de bestuurlijke beslissingsruimte volgt dat art. 36 lid 1 Mbw een limitatieve opsomming bevat van weigeringsgronden. De minister is enkel bevoegd om instemming met het winningsplan te weigeren in het belang van – kort en goed – veiligheid, planmatig beheer, natuur en milieu. Instemming weigeren op andere gronden is niet toegestaan. Ook indien sprake is van een weigeringsgrond, biedt art. 36 Mbw de minister in theorie de bevoegdheid om – na afweging van de betrokken belangen – instemming met het winningsplan (geheel of gedeeltelijk) te weigeren of niet.

—

<sup>1</sup> Zie Stcrt. 2020, 67486.

<sup>2</sup> Zie: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2021D36886&did=2021D36886>.

De invulling van de weigeringsgronden vergt uitleg en interpretatie door de minister. Het instemmingsbesluit dient in overeenstemming te zijn met het (internationale) recht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Relevant in het bijzonder is het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht). Een zorgvuldige voorbereiding van een instemmingsbesluit vergt onder meer dat de minister advies inwint van deskundigen over de gevolgen van de voorgenomen gaswinning voor de veiligheid, planmatig beheer, milieu en natuur. De Mijnbouwwet wijst de volgende deskundigen aan: Staatstoezicht op de Mijnen, de Technische commissie bodembeweging en de Mijnraad. Op basis van de ingewonnen adviezen en onderzoek naar de relevante feiten en belangen dient de minister te beoordelen of een weigeringsgrond aan de orde is.

De rechtmatigheid van de beoordeling van de minister of een weigeringsgrond aan de orde is, kan indien beroep wordt ingesteld tegen het winningsbesluit, worden voorgelegd aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De bestuursrechter respecteert bij de rechtmatigheidstoets de door de wetgever aan de minister toegekende beslissingsruimte en stelt niet zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de minister. De rechter toetst of de beoordeling van de minister berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen (art. 3:2 Awb), deugdelijk is gemotiveerd (art. 3:46 Awb) en geen onevenredige gevolgen heeft voor belanghebbenden in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb).

In het ontwerpinstemmingsbesluit heeft de minister gemotiveerd een oordeel gegeven over de bevoegdheidscriteria veiligheid, planmatig beheer, milieu en natuur. De minister concludeert dat er geen bevoegdheid is om instemming met het winningsplan te weigeren. Wel ziet de minister aanleiding om beperkingen en voorschriften aan het besluit te verbinden met het oog op de algemene belangen die de wetgever met de weigeringsgronden beoogd te beschermen.

Naar ons oordeel stelt de minister zich terecht op het standpunt dat – gelet op de aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggende adviezen van de wettelijk aangewezen adviseurs – art. 36 lid 1 Mbw geen aanknopingspunt biedt om instemming met het winningsplan te weigeren.

Op basis van onze analyse maken wij de volgende opmerkingen over het beoordelingskader met betrekking tot het besluit tot instemming met het winningsplan.

In de eerste plaats constateren wij dat de minister voor de uitleg en interpretatie van alle weigeringsgronden, overeenkomstig beleid voor gaswinning onder de Waddenzee, nadrukkelijk een relatie legt met het voorzorgbeginsel ('hand-aan-de-kraan'-principe), waarbij veilige gaswinning voor mens en natuur voorop staat. Op basis van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie stellen wij vast dat daarin ook een relatie ligt tussen het beoordelingskader van art. 34 en 36 Mbw en de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming. Deze relatie tussen de toetsingskaders veronderstelt naar ons oordeel dat wanneer de minister van LNV niet rechtmatig de Wnb-vergunning kan verlenen, ook de minister van EZK instemming met het winningsplan zou moeten weigeren.

In de tweede plaats kan opgemerkt worden dat de minister de weigeringsgrond planmatig beheer en gebruik van delfstoffen voor een concreet winningsplan beperkt interpreteert. Afgezien van het gevoerde beleid inzake kleine gasvelden, biedt deze weigeringsgrond niet de mogelijkheid om in een concreet geval het doelmatig beheer en gebruik van de in Nederland beschikbare delfstoffen te beoordelen. Op basis van het huidige kabinetsbeleid biedt art. 36 onder b Mbw geen ruimte voor een uitleg die er bijvoorbeeld op neer komt dat van planmatig (doelmatig) beheer en gebruik van delfstoffen sprake is als de winning van fossiele brandstoffen achterwege wordt gelaten (vanwege de door klimaatverandering ingezette energietransitie). Ook volgt uit jurisprudentie dat de minister niet vanwege klimaatverandering instemming met een winningsbesluit kan weigeren op grond van de weigeringsgronden inzake milieu of natuur.

In de derde plaats merken wij op dat de interpretatie van de weigeringsgronden milieu (onder c) en natuur (onder d) beperkt is tot de gevolgen die samenhangen met de bodembeweging vanwege gaswinning. Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat juist een ruime interpretatie van

deze begrippen is beoogd. Wij achten deze beperkte interpretatie echter niet onbegrijpelijk gelet op de specifieke reguleringskaders ten aanzien van milieu (art. 2.14 Wabo) en natuur (art. 2.7 Wnb). De beperkte interpretatie kan gezien worden als een vorm van afstemming tussen toetsingskaders, waarbij de gecoördineerde voorbereiding van de diverse toestemmingsbesluiten een integrale beoordeling waarborgt van het Project gaswinning Ternaard.

### **Kan het Project gaswinning Ternaard gestopt worden?**

Het antwoord op de hoofdvraag waarover wij zijn gevraagd te adviseren, is in het bovenstaande al vermeld. Naar ons oordeel stelt de minister van EZK zich terecht op het standpunt dat – gelet op de aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggende adviezen van de wettelijk aangewezen adviseurs – art. 36 lid 1 Mbw geen aanknopingspunt biedt om instemming met het winningsplan voor het Project gaswinning Ternaard te weigeren.

Een nuancering op dat antwoord is dat wij geen advies hebben uitgebracht over de mogelijkheid of zelfs de verplichting van de minister van LNV om de vergunning als bedoeld in art. 2.7 lid 2 Wnb te weigeren. Daarover is de Tweede Kamer op 5 oktober geadviseerd door de Waddenacademie. Indien de minister van LNV dat advies om de vergunning te weigeren overneemt, menen wij dat het in de rede ligt dat – gelet op de weigeringsgronden – de minister van EZK instemming met het winningsplan weigert.

Binnen het geldende wettelijke kader kan weigering aan de orde komen als het beleid over gaswinning wijzigt. Kan de minister instemming weigeren door een snelle wijziging van het beleid inhoudende dat geen nieuwe gaswinning in of onder het waddengebied mag plaatsvinden (ook niet van buiten dat gebied)? Zonder compensatie aan de NAM lijkt ons dat vanuit juridisch perspectief, gelet op het rechtzekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, geen reële optie om instemming met het winningsplan Ternaard rechtmatig te kunnen weigeren.

Een alternatief voor het weigeren van instemming, is wellicht de bevoegdheid voor de minister van EZK tot het wijzigen of intrekken van de (in 1969 verleende) winningsvergunning op grond van art. 18 of art. 21 Mbw. Hoewel er meerdere relevante gronden limitatief opgesomd staan, springt in het oog de beleidsvrije bevoegdheid om te wijzigen/in te trekken voor zover de vergunning geldt voor het Natura 2000-gebied Waddenzee (art. 18 lid 1 onder g, art. 21 lid 1 onder k Mbw). Afgezien van het feit dat de gerechtvaardigde belangen van de NAM (rechtszekerheid/eigendom) de mogelijkheden om deze bevoegdheid rechtmatig uit te oefenen op korte termijn beperken, stelt de minister van EZK zich vooralsnog op het standpunt dat er met de instemming geen gas wordt gewonnen *in* het Natura 2000-gebied, maar enkel er *onder*.

Tot slot is er ook een eenvoudig antwoord op de vraag of het Project gaswinning Ternaard gestopt kan worden: uiteraard. Bij wet kan geregeld worden dat nieuwe gaswinning *onder* de Natura 2000-gebieden Waddenzee en Noordzeekustzone wordt verboden. Gelet op de belangen van NAM zal een dergelijke insteek gepaard moeten gaan met het toekennen van nadeelcompensatie/schadevergoeding.

# 1 Aanleiding, vraagstelling en structuur

De NAM heeft het voornemen om aardgas te winnen op de mijnbouwlocatie Ternaard in de gemeente Noardeast-Fryslân en het gewonnen aardgas te transporteren naar een gasbehandelingsinstallatie in Moddergat. Daardoor is het noodzakelijk een nieuwe productiefaciliteit bij Ternaard en een aardgastransportleiding te realiseren naar Moddergat, welke mijnbouwlocatie met het oog op voornoemde gaswinning tevens uitgebreid wordt. Het aardgas bevindt zich (deels) onder de Waddenzee. Dit voornemen staat bekend als het *Project gaswinning Ternaard*.

Rechtmatige realisering van het Project gaswinning Ternaard vereist diverse toestemmingsbesluiten van diverse bevoegde gezagen. In fase 1 zijn voor het project op de nieuwe gaswinningslocatie in Ternaard door de NAM besluiten aangevraagd en – op grond van art. 141a lid 1 sub a en sub c *Mijnbouwwet*<sup>3</sup> – gecoördineerd voorbereid door de minister van EZK. Van 27 augustus tot en met 7 oktober 2021 zijn ontwerpbesluiten ter inzage gelegd. Deze ontwerpbesluiten zijn te raadplegen via de website van het *Bureau Energieprojecten* van de RVO; lezing leert dat de bevoegde gezagen voornemens zijn de vereiste toestemmingen te verlenen.

De Tweede Kamer heeft na kennisneming van de ontwerpbesluiten onder meer de Rijksuniversiteit Groningen benaderd voor een onafhankelijk juridisch advies over de volgende vraag.

*In hoeverre biedt de (omgevingsrechtelijke) wet- en regelgeving in brede zin het bevoegde gezag de mogelijkheid om toestemming voor het Project gaswinning Ternaard te weigeren?*

Dit advies biedt het door de Tweede Kamer gevraagde, juridische advies.<sup>4</sup> Het bevat ten eerste een overzicht van de vereiste toestemmingsbesluiten en de daarbij behorende beoordelingsregels, waarin weigeringsgronden (kunnen) zijn gelegen voor het project, voor zover dat wordt aangeduid als *Gaswinning Ternaard - fase 1 - gaswinningslocatie*. Daarnaast worden mogelijke alternatieven beschouwd om te achterhalen of wet- en regelgeving het bevoegde gezag aangrijpingspunten biedt om het Project gaswinning Ternaard te stoppen op andere wijze dan weigering (paragraaf 2). Het advies concentreert zich vervolgens op een analyse van de bevoegdheid van de minister van EZK om op grond van de wettelijke (beoordelings)regels te beslissen over het (weigeren of instemmen) door de NAM ingediende winningsplan: het instemmingsbesluit. Vanuit een algemeen bestuursrechtelijk perspectief wordt de ‘ruimte’ voor de minister om te weigeren geanalyseerd. Aan de orde komen de relevantie van de formulering/redactie van de wettelijke bepaling, de relevantie van de door wettelijke adviseurs ingebrachte deskundigenadviezen en de relevantie van door de overheid gevoerd beleid. Vervolgens wordt gekeken naar de inhoudelijke betekenis van de weigeringsgronden in art. 36 lid 1 *Mijnbouwwet* (par 3).

Het advies is opgesteld door juristen en kent (derhalve) beperkingen. Voor zover de Tweede Kamer behoefte zou hebben aan een analyse en/of herbeoordeling van de (technische, ecologische en/of bedrijfseconomische) aspecten van de (ontwerp)besluitvorming, bezitten de adviseurs geen specifieke deskundigheid. Dit advies is derhalve enkel juridisch van aard.

<sup>3</sup> Zie Stcrt. 2020, 67486.

<sup>4</sup> Waarbij geldt dat vanwege het advies van de Waddenacademie over de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming, niet inhoudelijk op dat aspect wordt ingegaan. In dit advies ligt de nadruk op de *Mijnbouwwet* en enkele omgevingsrechtelijke toestemmingsbesluiten.

## 2 Eén project, gefragmenteerde toestemming

Het komt in het omgevingsrecht vaker voor dat voor een specifiek project vele toestemmingsbesluiten vereist zijn. Dat heeft onder meer te maken met de indeling van onze democratische rechtsstaat, waaronder het idee dat de verschillende overheidslichamen in Nederland enkel worden uitgerust met bevoegdheden waarmee een speciaal algemeen belang wordt beschermd (specialiteitsbeginsel). Om nadelen (voor initiatiefnemers) van deze verkokerde besluitvorming voor een project tegen te gaan, kent het omgevingsrecht verschillende instrumenten van coördinatie (of: integratie). De in deze casus gevolgde rijkscoördinatieprocedure is daarvan een voorbeeld.<sup>5</sup> Wij bespreken in deze paragraaf kort de benodigde toestemmingsbesluiten (par. 2.1), gaan in op de daarop van toepassing zijnde beoordelingskaders (par. 2.2) en bezien of er (voor de minister) nog alternatieve, juridische mogelijkheden (dan het weigeren van de benodigde vergunningen) zijn om het Project gaswinning Ternaard te stoppen (par. 2.3).

### 2.1 De relevante toestemmingsbesluiten voor het project<sup>6</sup>

De NAM beschikt sinds 1969 over de concessie/winningsvergunning Noord-Friesland op grond waarvan zij gas kan winnen en opsporen; deze toestemming is gericht op marktordening en geeft het alleenrecht om gas te winnen in een specifiek gebied. Tegen deze vergunning zelf kan niet meer geprocedeerd worden en daaraan kan de NAM rechtszekerheid ontlenen. De nu lopende toestemmingsprocedure voor het Project gaswinning Ternaard ziet op de gecoördineerd voor te bereiden toestemmingsbesluiten die nodig zijn om op een specifieke locatie bij Ternaard een productieboring te doen, een installatie voor de gaswinning op te richten en in werking te hebben, daadwerkelijk gas te winnen en het gas te transporteren door een pijpleiding naar de (uit te breiden) mijnbouwlocatie Moddergat. De benodigde toestemmingsbesluiten worden gecoördineerd voorbereid door de minister van EZK, daarbij is onderscheid gemaakt tussen besluiten voor *Gaswinning Ternaard - fase 1 – gaswinningslocatie* en *Gaswinning Ternaard - fase 1 – pijpleiding*. De benodigde ontwerpbesluiten lagen tot 7 oktober ter inzage.<sup>7</sup> In de gecoördineerde voorbereidingsprocedure behouden de (oorspronkelijk) bevoegde gezagen de bevoegdheid om te beslissen en kent elk van de toestemmingsbesluiten bovendien een eigen toetsingskader.

Er zijn toestemmingsbesluiten die wij minder relevant achten om in dit advies te bespreken, maar die desalniettemin noodzakelijk zijn voor het realiseren van het project. Dat betreft de volgende:

- de omgevingsvergunning milieu Moddergat (art. 2.1 lid 1 onder e Wabo);
- de omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk (art. 2.1 lid 1 onder a Wabo);
- de watervergunning o.g.v. de Waterwet gaswinningslocatie
- de omgevingsvergunning voor het maken van uitweg (art. 2.2 lid 1 onder e Wabo)
- het instemmingsbesluit met het meetplan o.g.v. de Mijnbouwwet (art. 30 lid 1 Mbw)
- de melding o.g.v. van het Besluit lozen buiten inrichtingen
- de watervergunning o.g.v. de Waterwet pijpleiding
- de vergunning o.g.v. art. 2.1.5.2 APV Dongeradeel

Met name relevant hebben wij geacht de volgende besluiten.

- het inpassingsplan (art. 3.28 Wro);
- de omgevingsvergunning milieu Ternaard (art. 2.1 lid 1 onder e sub 1 en 3 Wabo);

—

<sup>5</sup> De toepassing van afd. 3.5 Awb, zoals is voorgeschreven in art. 34 lid 7 Mbw, heeft geen toegevoegde waarde ten opzichte van de toepassing van de rijkscoördinatieprocedure.

<sup>6</sup> Een overzicht biedt ook de brief van de minister van EZK aan de Tweede Kamer van 27-9-2021, *Kamerstukken II 2021/22*, 33 529, 903.

<sup>7</sup> Te vinden op: [www.rvo.nl/onderwerpen/bureau-energieprojecten/lopende-projecten/gaswinning/gaswinning-ternaard/gaswinning-ternaard-fase-1](http://www.rvo.nl/onderwerpen/bureau-energieprojecten/lopende-projecten/gaswinning/gaswinning-ternaard/gaswinning-ternaard-fase-1).

- de vergunning o.g.v. de Wet natuurbescherming (art. 2.7 Wnb);
- het instemmingsbesluit met het winningsplan o.g.v. de Mijnbouwwet (art. 34 en 36 Mbw)

Daarbij is ook relevant dat voor het vaststellen van het inpassingsplan en de omgevingsvergunning milieu het opstellen van een milieueffectrapport door de aanvrager noodzakelijk is. Voordat kan worden beslist op de aanvraag om de vergunning o.g.v. de Wet natuurbescherming is vereist dat de aanvrager een passende beoordeling (van de effecten van het project op de instandhoudingsdoelstellingen van Natura 2000-gebieden) opstelt. Ook deze documenten zijn ter inzage gelegd. Datzelfde geldt voor diverse (wettelijk verplichte) adviezen die zijn uitgebracht. In de onderstaande paragraaf bespreken we kort de door ons relevant geachte besluiten waarbij we ingaan op het bevoegd gezag en de betreffende beoordelingskaders.

## 2.2 De relevante toetsingskaders voor het project

### Over het inpassingsplan (Wro)

Het inpassingsplan is het besluit op grond van art. 3.28 Wro van de minister van EZK en de minister van BZK om de boring naar gas, de winning van gas en de aanleg van een transportleiding van Ternaard naar Moddergat te regelen met het oog op het belang van een goede ruimtelijke ordening (art. 3.1 Wro). De ministers hebben daarbij beleidsruimte. Het inpassingsplan is een bestemmingsplan op bovengemeentelijk niveau. Het biedt met het genoemd belang in het vizier onder andere bouw- en gebruiksregels voor de gronden die liggen in het plangebied door verboden te stellen. Specifiek wordt *in casu* door het toevoegen van een dubbelbestemming aan de bestemmingen in de twee vigerende bestemmingsplannen (Bestemmingsplan Bûtengebied Dongeradeel, herziening 2015 en Bestemmingsplan Bûtengebied Dongeradeel) de planologisch-juridische grondslag gelegd voor de nieuwe aardgastransportleiding (art. 5.1 inpassingsplan 'Leiding – Gas') en ook is er voor de productielocatie bij Ternaard en voor de uitbreiding van de mijnbouwlocatie bij Moddergat een enkelbestemming opgenomen (art. 3.1 inpassingsplan 'Bedrijf – Gaswinningsinstallatie').

Bij de vaststelling van een bestemmingsplan spelen vele algemene en particuliere belangen een rol. De uitkomst van de belangenafweging die aan het vaststellen van een plan ten grondslag ligt, dient echter steeds met ruimtelijk relevante argumenten te worden beredeneerd. Het op een zorgvuldige wijze onderzoeken van de verschillende betrokken (ruimtelijk relevante) feiten en belangen en het afstemmen tussen overheden zijn belangrijke kenmerken van deze besluitvorming. Daarbij is ook voor aangewezen (categorieën van) projecten met (mogelijk) nadelige gevolgen voor het milieu een milieueffectrapportage verplicht (vgl. par. 4.1 van het ontwerp inpassingsplan). Bij de voorbereiding van een inpassingsplan moet ook worden onderzocht of het plan, afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten, significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied. Is dat mogelijk het geval, dan kan het inpassingsplan enkel worden vastgesteld als uit een passende beoordeling de zekerheid is verkregen dat het plan de natuurlijke kenmerken van het Natura 2000-gebied niet zal aantasten. Ook de ministers schrijven in de toelichting op het inpassingsplan dat de wet het niet toelaat 'om een plan vast te stellen of zonder vergunning een project uit te voeren dat – gelet op de instandhoudingsdoelstellingen van een Natura 2000-gebied – de kwaliteit van de natuurlijke habitats of habitats van soorten in dat gebied kan verslechteren of een significant verstorend effect kan hebben op de soorten waarvoor dat gebied is aangewezen (art 2.7 lid 2)'.<sup>8</sup> Er is dus sprake van afstemming tussen de vaststelling van een planologisch-juridisch regime als het inpassingsplan en de wetgeving inzake natuurbescherming. Ook meer in het algemeen geldt dat in de belangenafweging voorafgaand aan de besluitvorming ook de uitvoerbaarheid van het inpassingsplan relevant is voor de rechtmatigheid van het plan. Het inpassingsplan kan geen gebruik van gronden toestaan waarvoor geldt dat op voorhand duidelijk is dat dat gebruik nooit rechtmatig kan worden gerealiseerd.

<sup>8</sup> Ontwerpinpassingsplan p. 53.

### Over de omgevingsvergunning milieu gaswinningslocatie (Wabo)

De omgevingsvergunning milieu is vereist voor het oprichten en in werking hebben van een (vergunningplichtige) (mijnbouw)inrichting op grond van art. 2.1 lid 1 onder e sub 1 en 3 Wabo. De vergunning zal voorschriften stellen die specifiek het oprichten en in werking hebben van een concrete installatie/inrichting/mijnbouwwerk reguleren, zonder daarbij nadrukkelijk in te gaan op de wenselijkheid van de betreffende activiteit in het algemeen belang. De minister van EZK is het bevoegde gezag en hij wordt geacht de aanvraag van de NAM te beoordelen in het licht van de algemene beoordelingsgrond: het belang van de bescherming van het milieu (art. 2.14 lid 3 Wabo). Welke aspecten onder dat ruim uit te leggen belang moeten worden geschaard, is (deels) terug te vinden in art. 1.1 lid 2 Wm (bv. gevolgen voor het fysieke milieu, gezien vanuit het belang van de bescherming van mensen, dieren, planten en goederen, van water, bodem en lucht en van landschappelijke, natuurwetenschappelijke en cultuurhistorische waarden en van de beheersing van het klimaat). Relevant is dat in de jurisprudentie duidelijk is geworden dat milieuaspecten die in een andere regeling specifieke bescherming hebben gekregen (bv. bodemsanering in de Wet bodembescherming of veiligheid van het verkeer in de Wegenverkeerswet) niet kunnen leiden tot weigering (of voorschriften) van de vergunning voor een inrichting of mijnbouwwerk. Voor sommige andere aspecten die primair in een andere reguleringsregime zijn geregeld (bv. diergezondheid), wordt ook wel overwogen dat het toetsingskader nog een aanvullende functie heeft.<sup>9</sup>

Meer specifiek zijn de beoordelingsregels voor het verlenen of weigeren van de door NAM aangevraagde vergunning neergelegd in art. 2.14 lid 1 Wabo. Het eerste lid somt in dat verband onder a de aandachtscriteria op die door de minister bij de besluitvorming *dienen te worden betrokken* in het kader van een zorgvuldige besluitvorming (bv. de bestaande toestand van het milieu en de gevolgen voor het milieu van de inrichting etc.). Onder b regelt de wet dat de minister ook *rekening moet houden* met een aantal criteria waar hij slechts met opgave van gewichtige redenen en met een deugdelijke motivering van kan afwijken (bv. het nationale milieubeleidsplan en richtwaarden). Meeste zeggingskracht – omdat daar niet van afgeweken kan worden – hebben de onder c opgesomde criteria die *in acht moeten worden genomen* door de minister bij de beslissing omtrent vergunningverlening (bv. de beste beschikbare technieken en grenswaarden). De vergunningverlening voor inrichtingen ter bescherming van het milieu is van belang voor de milieubescherming, maar is in de kern een systeem van het reguleren van economische activiteiten; hoewel uiteraard ook moet worden voldaan aan de kwaliteitseisen die voor de verschillende milieucompartimenten (lucht, water, bodem) gelden. Binnen de – met name in art. 2.14 Wabo tot uitdrukking komende – randvoorwaarden, kunnen echter veel bedrijfsmatige activiteiten in beginsel worden vergund onder het stellen van voorschriften die zorgen voor een hoog beschermingsniveau.

Gelet op het toetsingskader zijn in het ontwerpbesluit overwegingen gewijd aan de volgende milieuaspecten: natuur, geluid, lucht, licht en veiligheid, geur, afvalstoffen en energie.<sup>10</sup> Dat ook in dit kader aandacht wordt besteed aan het aspect natuur betekent niet dat in deze vergunning wordt beoordeeld of de installatie ten behoeve de gaswinning leidt tot bodemdaling in het Waddenzeegebied. De vraag die wel aan de orde is, betreft de mogelijke gevolgen voor Natura 2000-gebieden door de stikstofdepositie die wordt veroorzaakt in de aanlegfase van het project. In per 1 juli 2021 in werking getreden wetgeving is echter bepaald dat de gevolgen van de stikstofdepositie op Natura 2000-gebieden die wordt veroorzaakt door het feitelijk verrichten van bouw- of sloopwerkzaamheden aan een bouwwerk met inbegrip van de daarmee samenhangende vervoersbewegingen buiten beschouwing gelaten worden voor de toepassing van de vergunningplicht op

<sup>9</sup> ABRvS 28-11-2012, StAB 2013-10 m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

<sup>10</sup> Het woord klimaat komt in de ontwerpomgevingsvergunning twee keer voor vanwege de aanduiding van het bevoegde gezag. Dat geeft aan op dat het belang van het tegengaan van klimaatverandering niet als zelfstandige afweging expliciet aan de orde is in het beoordelingskader.



grond van art. 2.7 lid 2 Wet natuurbescherming.<sup>11</sup> Die stikstofdepositie levert op grond van die wettelijke bepaling daarom geen problemen op voor het verlenen van de omgevingsvergunning.

Opmerking verdient nog dat in het ontwerpbesluit tot verlening van de omgevingsvergunning milieu voor de gaswinningslocatie in Ternaard niet wordt gerefereerd aan art. 7a Mbw, waarin een heel specifieke weigeringsgrond is opgenomen. De minister legt in de brief aan de Tweede Kamer van 27 september 2021 uit waarom die weigeringsgrond hier naar zijn oordeel niet relevant is:

*In artikel 7a van de Mijnbouwwet is opgenomen dat geen omgevingsvergunning wordt verleend voor nieuwe gaswinningsinstallaties (mijnbouwwerken) op de Waddeneilanden of in de Waddenzee. Nieuwe gaswinning onder de Waddenzee kan derhalve alleen vanuit een bestaande gaswinningslocatie in de Waddenzee of op de Waddeneilanden plaatsvinden of vanuit een nieuwe of bestaande locatie op land. Ternaard is een productielocatie op land. Voor Ternaard kan daarom niet op grond van artikel 7a een omgevingsvergunning worden geweigerd.<sup>12</sup>*

### **Over de vergunning o.g.v. de Wet natuurbescherming (Wnb)**

Art. 2.7 lid 2 Wnb regelt dat het verboden is om zonder vergunning van gedeputeerde staten een project te realiseren dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van een Natura 2000-gebied, maar afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen *kan* hebben voor een Natura 2000-gebied. Voor zo'n project maakt de aanvrager van de vergunning een *passende beoordeling* van de gevolgen voor het Natura 2000-gebied, rekening houdend met de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied (art. 2.8 lid 1 Wnb). Over de mogelijkheden om deze vergunning te weigeren, is advies uitgebracht aan de Tweede Kamer door de Waddenacademie onder de titel *Juridisch advies inzake Natura 2000 en gaswinning onder de Waddenzee (Project gaswinning Ternaard)*.<sup>13</sup>

### **Over het instemmingsbesluit met het winningsplan (Mbw)**

In de mijnbouwregelgeving stond het winnen van het delfstoffen voorop. Recent urgenter gevoelde belangen van milieu- en natuurbescherming en het tegengaan van klimaatverandering speelden van oudsher geen belangrijk rol in dat reguleringskader. Met de in 2017 in werking getreden gewijzigde Mijnbouwwet hebben de aspecten veiligheid, milieu en natuur een plaats gekregen bij de toestemmingen voor het winnen van delfstoffen.

Voor het winnen van delfstoffen gaat de Mijnbouwwet (Mbw) uit van een besluitvormingsketen met ten minste drie beslismomenten: de opsporingsvergunning, de winningsvergunning, de instemming met het winningsplan. Voor een goed begrip van de ruimte om toestemming te weigeren, is inzicht in die in de Mijnbouwwet geregelde besluitvormingsketen relevant, met name omdat het aantoont dat het instemmingsbesluit het sluitstuk is van die regulering en ziet het reguleren van de wijze waarop delfstoffen daadwerkelijk worden gewonnen.

Als eerste geldt dat het verboden is om zonder (winnings)vergunning mijnbouwactiviteiten te verrichten (art. 6 lid 1 Mbw). Voor het opsporen en winnen van delfstoffen is een vergunning nodig van de minister van EZK. Met deze toestemming verkrijgt de vergunninghouder een exclusief recht om in een bepaald gebied een bepaalde activiteit te verrichten.<sup>14</sup> Deze vergunning is gericht op het beschermen van de investeringen van de vergunninghouder (een marktorderingsvergunning). Het is andere bedrijven niet toegestaan om in het betrokken gebied winningsactiviteiten te verrichten. De vergunning heeft dan ook het karakter van een concessie.<sup>15</sup> Hoewel de Mijnbouw-

<sup>11</sup> Ontwerpomgevingsvergunning milieu gaswinningslocaties, p. 3.

<sup>12</sup> Zie de brief van de minister van EZK aan de Tweede Kamer van 27-9-2021, *Kamerstukken II 2021/22*, 33 529, 903.

<sup>13</sup> Zie: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2021D36886&did=2021D36886>.

<sup>14</sup> Zie art. 7 Mijnbouwwet waaruit volgt dat aan een ander geen soortgelijke vergunning kan worden verleend en *Kamerstukken II 1998/99*, 26 219, nr. 3, p. 14.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II 2015/16*, 34 348, nr. 3, p. 6. Zie M.M. Roggenkamp, 'Regulering van de aardgaswinning in Groningen. Nieuwe uitdagingen gekoppeld aan Napoleontische uitgangspunten', *NJB 2015/1247*, par. 2.

wet tegenwoordig regelt dat het *gewonnen* gas eigendom wordt van de houder van de winningsvergunning,<sup>16</sup> gold voor 2003 dat met verlening van een concessie door de overheid het eigendom van de – *nog niet gewonnen* – delfstof overging op de concessiehouder. De Mijnbouwwet bepaalt dat de in het verleden verleende concessies gelden als winningsvergunning, maar dat de voorwaarden waaronder de concessies zijn verleend, in stand blijven. De (oude) concessiehouder behoudt dus het eigendom van de delfstoffen;<sup>17</sup> de regering achtte het niet wenselijk om dit eigendom te ontnemen.<sup>18</sup> In de onderhavige situatie beschikt de NAM al geruime tijd over deze vergunning, die bovendien op dit moment niet voorgelegd kan worden aan de (bestuurs)rechter en geacht wordt rechtmatig te zijn.

Voor de daadwerkelijke gaswinning geldt dat instemming van de minister van EZK (art. 36 lid 1 Mbw) is vereist met een door de vergunninghouder op te stellen winningsplan. De winningsvergunning geeft immers *geen* toestemming voor de feitelijke winning van het gas. De vergunninghouder moet daartoe een winningsplan indienen dat instemming behoeft van de minister (art. 34 Mbw). Het beoordelingskader komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 3 van dit advies. In juridisch perspectief wellicht enigszins opmerkelijk is dat de Mijnbouwwet voor de beslismomenten (opsporingsvergunning, winningsvergunning, instemming met het winningsplan) grofweg hetzelfde toetsingskader kent met betrekking tot de aspecten veiligheid, milieu en natuur.<sup>19</sup> Dat lijkt toch tot gevolg te hebben dat bij het laatst vereiste besluit, het besluit tot instemming met het winningsplan, gelet op de dan al toegepaste beoordelingen in eerdere besluitvormingsprocedures niet snel geweigerd kan worden op grond van deze belangen, tenzij die nadrukkelijk aan de orde zijn bij de (duur, snelheid, manier) van winnen. Overigens zijn ook de andere relevante besluiten voor het winnen van delfstoffen: de omgevingsvergunning milieu op grond van de Wabo (art. 2 lid 1 onder e Wet algemene bepalingen omgevingsrecht) en de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming (art. 2.7 Wnb) op punten nauw verwant aan de beoordelingskaders in de Mijnbouwwet.

Uit het voorgaande volgt dat op dit moment het meest relevante aangrijppingspunt om het Project gaswinning Ternaard toe te staan of te weigeren, wordt gevormd door enerzijds het besluit tot instemming met het winningsplan van de minister van EZK en anderzijds door het besluit omtrent de vergunningverlening op grond van de Wet natuurbescherming door de minister van LNV. Over laatstgenoemd besluit is door anderen aan de Tweede Kamer geadviseerd. Wij gaan in paragraaf 3 van dit advies in op de ruimte die de minister heeft om instemming met het winningsplan van de NAM voor het Project gaswinning Ternaard te weigeren.

### 2.3 Mogelijke alternatieven om het project te stoppen?

Wij zijn gevraagd te adviseren over de vraag in hoeverre de (omgevingsrechtelijke) wet- en regelgeving in brede zin het bevoegde gezag de mogelijkheid biedt om toestemming voor het Project gaswinning Ternaard te weigeren. Alvorens daar in paragraaf 3 op in te gaan, is ook relevant de vraag of het project op andere wijze kan of moet worden gestopt dan door toestemming te weigeren. Wij noemen kort twee mogelijkheden.

De Mijnbouwwet kent in art. 18 Mbw de bevoegdheid van de minister van EZK om de (in 1969 voor Noord-Friesland) verleende winningsvergunning (gedeeltelijk) te wijzigen op limitatief opgesomde gronden (a t/m i). Vergelijkbare gronden zijn opgenomen in art. 21 Mbw dat ziet op het intrekken van de vergunning. Deze bevoegdheid is aanzienlijk uitgebreid in 2016 door het wetgevingstraject mijnbouw veiligheid en regie. Het betreft een lijst met – limitatief opgesomde – gron-

—

<sup>16</sup> Art. 3 Mbw.

<sup>17</sup> Art. 143 lid 4 Mbw, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 91 en 92.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 26 219, nr. 15, p. 26 en 27 (Tweede NNV II).

<sup>19</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 348, nr. 4, p. 2.

den op grond waarvan de minister de beleidsvrije bevoegdheid heeft om de vergunning te wijzigen. De minister kan de winningsvergunning onder meer wijzigingen voor zover de vergunning geldt voor de op grond van artikel 1.1 lid 1 Wnb aangewezen Natura 2000-gebieden Waddenzee en Noordzeekustzone.<sup>20</sup> Deze en ook andere wijzigings- en intrekkingbevoegdheden bieden aanknopingspunten om voor de toekomst winning onder de Waddenzee tegen te gaan. Wij gaan er vanuit dat een wijziging van de winningsvergunning (op welke van de gronden dan ook) waarbij wordt besloten dat *onder* het Natura 2000-gebied Waddenzee niet langer gebruik kan worden gemaakt van de winningsvergunning, een reden zal zijn om in elk geval instemming te onthouden aan elke aanvraag tot instemming met een winningsplan dat daarna wordt ingediend en ziet op het winnen in een gebied dat niet tot de winningsvergunning behoort.

Een wijziging van de winningsvergunning is er (nog) niet en lijkt ook niet op handen. De minister beslist over de wijziging (of intrekking) en beschikt daarbij over beleidsvrijheid. In de vereiste belangenafweging zal nadrukkelijk aandacht moeten zijn voor de rechtszekerheid van de vergunninghouder. Tot op heden heeft de minister zich op het standpunt gesteld en daarover beleid gehanteerd dat (schuin) boren van buiten het Natura 2000-gebied om gas te winnen *onder* het Natura 2000-gebied niet in strijd is met het uitgangspunt dat geen gas meer kan worden gewonnen *in* de Natura 2000-gebieden Waddenzee en Noordzeekustzone. Dat blijkt onder meer uit de uitleg die hij geeft aan art. 7a Mbw. De minister oordeelt dat op grond van die bepaling geen omgevingsvergunningen meer kan worden afgegeven voor de plaatsing van nieuwe inrichtingen/mijnbouwwerken voor de opsporing of winning van delfstoffen *in* het Natura 2000-gebied Waddenzee. Installaties vergunnen die boringen verrichten van buiten dat gebied blijven echter gewoon mogelijk.<sup>21</sup>

Indien – met de minister van EZK – tot de conclusie wordt gekomen dat het wettelijke kader van de Mijnbouwwet niet kan leiden tot een weigering van het instemmingsbesluit terwijl niemand deze gaswinning wil toestaan, dan zijn er natuurlijk altijd buiten het huidige wettelijke kader gelegen mogelijkheden om het project te stoppen. Bij wet kan geregeld worden dat nieuwe gaswinning *onder* de Natura 2000-gebieden Waddenzee en Noordzeekustzone wordt verboden. Nog daargelaten de daarvoor vereiste politieke meerderheid, geldt dat gelet op de belangen van NAM een dergelijke insteek, die een zekere inbreuk zou betekenen op het rechtszekerheidsbeginsel (na al die jaren van voorbereidingen en investeringen) en op fundamentele eigendomsrechten (NAM is houder van de winningsvergunning en eigenaar van het onder de Waddenzee gelegen aardgas), gepaard zou moeten gaan met nadeelcompensatie/schadevergoeding voor NAM.

<sup>20</sup> Ook kan wijziging plaatsvinden in verband met een wijziging van Barro (c), mogelijk na wijziging van de Structuurvisie Ondergrond, of in verband met veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten inzake het planmatig gebruik of beheer van delfstoffen, aardwarmte, andere natuurlijke rijkdommen, waaronder grondwater met het oog op de winning van drinkwater, of mogelijkheden tot het opslaan van stoffen (f).

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2016/17, 33 529, nr. 313.

## 3 Het instemmingsbesluit (art. 34 en 36 Mbw)

De winningsvergunning geeft de NAM als vergunninghouder een exclusief recht om binnen een bepaald gebied mijnbouwactiviteiten te verrichten. Om daadwerkelijk met de winningsactiviteiten te beginnen zijn andere toestemmingsbesluiten nodig, waaronder een besluit van de minister van EZK tot instemming met het winningsplan (art. 34 Mijnbouwwet). In een winningsplan wordt de voorgenomen wijze van winning beschreven. De instemmingseis biedt de minister een instrument om de winning en de effecten ervan te controleren.<sup>22</sup>

Het winningsplan wordt ingediend bij de minister door de houder van de winningsvergunning. Uit art. 35 Mijnbouwwet (Mbw) en het Mijnbouwbesluit volgt welke informatie in het winningsplan moet zijn opgenomen, waaronder de gevolgen van de bodembeweging door de winning en een beschrijving van de risico's voor omwonenden en gebouwen en een risicobeoordeling. Het detailniveau van de informatie is niet wettelijk voorgeschreven. De informatie moet voldoende zijn voor de minister om te beoordelen of instemming met de voorgenomen wijze van winning (geheel of gedeeltelijk) moet worden geweigerd vanwege een weigeringsgrond genoemd in art. 36 lid 1 Mbw.<sup>23</sup> Wij analyseren in deze paragraaf eerst de bestuurlijke beslissingsruimte (par. 3.1) en bespreken algemene aspecten die voor die beslissingsruimte relevant zijn in het bestuurlijke besluitvormingsrecht (par. 3.2.). Vervolgens beschrijven wij op basis van de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie de weigeringsgronden (par. 3.3) en geven een beschouwing van de beoordeling van de minister in het ontwerpinstemmingsbesluit (par. 3.4).

### 3.1 Bestuurlijke beslissingsruimte in art. 36 lid 1 Mbw

#### Bevoegdheid om te weigeren

In deze paragraaf analyseren wij de bestuurlijke beslissingsruimte van de minister van EZK om instemming met een winningsplan te weigeren op grond van art. 36 lid 1 Mbw. Die bepaling luidt als volgt:

Onze Minister kan zijn instemming met het opgestelde winningsplan slechts geheel of gedeeltelijk weigeren:

- a. indien het in het winningsplan aangeduide gebied door Onze Minister niet geschikt wordt geacht voor de in het winningsplan vermelde activiteit om reden van het belang van de veiligheid voor omwonenden of het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan,
- b. in het belang van het planmatig gebruik of beheer van delfstoffen, aardwarmte, andere natuurlijke rijkdommen, waaronder grondwater met het oog op de winning van drinkwater, of mogelijkheden tot het opslaan van stoffen,
- c. indien nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan, of
- d. indien nadelige gevolgen voor de natuur worden veroorzaakt.

In dit dossier is gelet op het door de minister gepubliceerde ontwerpinstemmingsbesluit ook relevant dat op grond van art. 36 lid 2 Mbw de instemming door de minister onder beperkingen kan worden verleend en dat hij daaraan voorschriften kan verbinden, indien deze gerechtvaardigd worden door de in het eerste lid opgesomde gronden.

In de eerste plaats wijst analyse van de bepaling uit dat art. 36 Mbw de minister de *bevoegdheid* geeft om de instemming met het opgestelde instemmingsplan *geheel of gedeeltelijk te weigeren* indien aan één van de bevoegdheidscriteria opgenomen in het eerste lid onder a tot en met d, is

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 3, p. 13.

<sup>23</sup> Vgl. r.o. 11.1-11.2 ABRvS 26-8-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048.

voldaan. Instemming kan kort gezegd slechts geweigerd worden in het belang van veiligheid, planmatig beheer, milieu en natuur. Uit de formulering van art. 36 lid 1 Mbw kan worden afgeleid dat deze bevoegdheidscriteria (weigeringsgronden) limitatief zijn opgesomd. Dit betekent dat de minister geen andere criteria ten grondslag mag leggen aan de weigering om in te stemmen met een winningsplan. Het limitatieve karakter van het toetsingskader van art. 36 Mbw brengt met zich mee dat bij de toetsing van de besluitvorming over het winningsplan – buiten de in de bepaling genoemde gronden – geen andere criteria (zoals eerlijke verdeling lusten en lasten of maatschappelijke onrust) betrokken kunnen worden.<sup>24</sup> De in art. 36 Mbw opgesomde weigeringsgronden vergen echter wel uitleg en interpretatie; in paragraaf 3.3 bieden wij aan de hand van de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie inzicht in die uitleg en interpretatie die als eerste door de minister moet worden gegeven aan de in het artikel gebruikte termen. Reeds hier kan echter worden opgemerkt dat door de Afdeling bestuursrechtspraak is uitgesproken dat het belang van leveringszekerheid meegenomen kan worden in de afwegingen over (het verbinden van voorschriften of het opleggen van beperkingen aan) het instemmingsbesluit; dat belang wordt niet expliciet benoemd, maar is impliciet inherent aan de vergunningverlening voor de winning van gas op grond van de Mijnbouwwet.<sup>25</sup> De bestuursrechter kan de door de minister gegeven interpretatie – indien beroep wordt ingesteld – in een concreet geval beoordelen op rechtmatigheid.

In de tweede plaats blijkt uit lezing van de bepaling dat sprake is van beleidsruimte voor de minister. Van beleidsruimte bij de uitoefening van een bevoegdheid is sprake omdat de minister, indien is voldaan aan een van de weigeringsgronden (a tot en met d), ingevolge art. 36 Mbw – althans in theorie – de ruimte heeft om in een concreet geval, na afweging van de betrokken belangen, te bepalen of hij instemming met het winningsplan (geheel of gedeeltelijk) weigert of niet. Dus zelfs als in een concreet geval zou blijken dat door de gaswinning nadelige gevolgen voor milieu ontstaan, beschikt de minister – nogmaals: in theorie – over keuzeruimte om na afweging van betrokken belangen toch instemming met het winningsplan te verlenen. Ook hier geldt dat de bestuursrechter het uiteindelijke besluit van de minister – als beroep wordt ingesteld – toetst op rechtmatigheid.<sup>26</sup> Bij die toetsing speelt – naast andere relevante beginselen van behoorlijk bestuur – het evenredigheidsbeginsel een rol.

Tot slot constateren wij dat uit de formulering van art. 36 lid 1 Mbw volgt dat, indien in een concreet geval wordt vastgesteld (door de minister in zijn besluitvorming en vervolgens – indien beroep is ingesteld – door de bestuursrechter) dat geen van de weigeringsgronden aan de orde is, de minister gehouden is om in te stemmen met het winningsplan. Er bestaat dan geen bevoegdheid of mogelijkheid om de gevraagde instemming te weigeren.<sup>27</sup> Het tweede lid biedt in dat geval wel de mogelijkheid om de instemming onder beperkingen te verlenen of daarbij voorschriften te stellen in het licht van de in het eerste lid opgesomde (weigerings)gronden.

### Geheel of gedeeltelijk

In de Memorie van Toelichting op de wijziging van art. 36 Mbw in 2016 (Onderdeel O) wordt uiteen gezet op welke manieren de beoordeling van een winningsplan wordt aangescherpt.<sup>28</sup>

*‘Waar een winningsvergunning vaak voor langere tijd wordt verleend, wordt een winningsplan in de praktijk periodiek herzien. Het is van belang de mogelijkheid te hebben bij deze periodieke herziening de meest recente inzichten bij de beoordeling van het winningsplan te kunnen betrekken. Om deze reden wordt een aantal wijzigingen voorgesteld in artikel 36. In lijn met de voorgestelde wijzigingen bij het verlenen van opsporing en winningsvergunningen en opslagvergunningen wordt in de eerste plaats ook voor het winningsplan de mogelijkheid voorgesteld om een instemming geheel of gedeeltelijk te weigeren. Hierdoor nemen de mogelijkheden van de Minister toe om*

<sup>24</sup> ABRvS 26-5-2021, ECLI:NL:RVS:2021:1118 (r.o. 10 en 13), AB 2021/223 m.nt. H.E. Bröring.

<sup>25</sup> ABRvS 18-11-2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, AB 2016/82 m.nt. H.E. Bröring & J.G. Brouwer.

<sup>26</sup> Vgl. Rb. Noord Nederland 15-9-2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:3934, r.o. 5.1.3.

<sup>27</sup> Art. 36 lid 2 Mbw regelt dat de minister zijn instemming dan kan verlenen onder beperkingen of daaraan voorschriften kan verbinden, indien deze gerechtvaardigd worden door een grond als genoemd in het eerste lid.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 3, p. 40.

*te sturen op de inhoud van het winningsplan. Artikel 36 kent verder een limitatieve opsomming van weigeringsgronden. De nieuwe opsomming is met dit onderdeel uitgebreider. Uitgangspunt hierbij is dat de vraag of en in welk gebied winning plaatsvindt, wordt vastgesteld bij de winningsvergunning. Belangen van ruimtelijke ordening of benutting van de ondergrond zijn bij de beoordeling van een winningsplan niet aan de orde. Die belangen zijn met het verlenen van de winningsvergunning en de omgevingsvergunning afgewogen. Mochten relevante wijzigingen op het gebied van ruimtelijke ordening of benutting van de ondergrond nodig zijn, dan biedt voorliggend wetsvoorstel de mogelijkheid deze mee te nemen bij het wijzigen of in het uiterste geval intrekken van de winningsvergunning (artikel 18 en 21 van de Mijnbouwwet). Wel is bij de beoordeling van een winningsplan de veiligheid voor omwonenden en het voorkomen van ernstige schade aan gebouwen of infrastructurele werken van belang. Dit zal bij offshore mijnbouw in het continentale plat niet aan de orde zijn. In het wetsvoorstel ter implementatie van richtlijn nr. 2013/30/EU worden verschillende wijzigingen op artikel 36 voorgesteld. De achtergrond van deze wijzigingen komt overeen met de in dit wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen, namelijk om meer regie te kunnen voeren op de inhoud van het winningsplan en om dit winningsplan steeds aan de nieuwste inzichten te kunnen toetsen'.*

In de toelichting wordt duidelijk dat de zinsnede 'geheel of gedeeltelijk' tot doel heeft de mogelijkheden van de minister om invloed uit te oefenen op de inhoud van het winningsplan te vergroten.

### **Het Project gaswinning Ternaard**

De opmerking van de minister dat hij geen ruimte ziet om instemming met het winningsplan van de NAM te weigeren moet in het licht van het bovenstaande als volgt worden begrepen. De minister komt in het ontwerpinstemmingsbesluit op basis van de onderzochte feiten, de geïnventariseerde belangen en de ingewonnen adviezen van (wettelijke) adviseurs, tot de conclusie dat geen van de in art. 36 lid 1 Mbw genoemde weigeringsgronden aan de orde is. In dat geval biedt art. 36 lid 1 Mbw geen ruimte voor de minister om de instemming met het winningsplan te weigeren. Op grond van het tweede lid is de instemming onder beperkingen en het stellen van voorschriften verleend. Gaswinning wordt toegestaan van 2023 tot uiterlijk 2037, dat de bodemdalingssnelheid bepalend is voor de productie omdat het zogenoemde 'meegroeivermogen' van het Wad niet mag worden overschreden en dat de gaswinning in de eerste periode (7 van de 14 jaren) plaatsvindt volgens het zogenoemde scenario 'Midden' (circa 4,81 miljard kuub).<sup>29</sup>

### **3.2 Invloeden op de bestuurlijke beslissingsruimte**

In deze paragraaf staan wij kort stil bij enkele algemene aspecten van het bestuurlijke besluitvormingsrecht die relevant zijn voor de bestuurlijke beslissingsruimte van de minister bij het uitoefenen van zijn bevoegdheid op grond van art. 36 Mbw.

Een instemmingsbesluit van de minister moet voldoen aan het (internationale) recht en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De basis wordt gevormd door art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarin is bepaald dat de minister bij de voorbereiding van zijn besluit de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart (zorgvuldigheidsbeginsel / onderzoeksplicht bestuur). Nadere invulling van dit zorgvuldigheidsbeginsel vindt in het recht op verschillende wijzen plaats. Onder meer door inspraak en participatie van belanghebbenden en anderen mogelijk te maken,<sup>30</sup> door het opstellen van een milieueffectrapport (of een passende beoordeling) voor te schrijven, door betrokken overheidsinstanties de gelegenheid te geven advies<sup>31</sup> uit te brengen over de voorgenomen besluitvorming en door voor te schrijven dat wettelijke adviseurs om advies moet worden gevraagd alvorens rechtmatig kan worden beslist.

<sup>29</sup> Scenario laag betekent circa 1 miljard kuub gas en scenario hoog circa 7,57 miljard kuub.

<sup>30</sup> Voor het Project gaswinning Ternaard is door betrokken partijen deelgenomen aan de Pilot Omgevingsproces Ternaard (zie <https://www.noardeast-fryslan.nl/omgevingsproces-ternaard>).

<sup>31</sup> De in dit verband door de Provincie Fryslân, het Wetterskip Fryslân en de Gemeente Noard-East Fryslân uitgebrachte adviezen herinneren de minister er alle aan dat zij in beginsel tegen nieuwe gaswinningsprojecten zijn.

In de Mijnbouwwet zijn wettelijke adviseurs aangewezen die de minister in het kader van de voorbereiding van het instemmingsbesluit moeten adviseren over de gevolgen van de voorgenomen wijze van gaswinning voor de veiligheid, planmatig beheer, milieu en natuur. Dat betreft de volgende deskundigen:

- het Staatstoezicht op de Mijnen (art. 127 Mbw); incl. het advies van TNO
- de Technische commissie bodembeweging (art. 35 lid 2 Mbw)
- de Mijnraad (art. 105 lid 3 Mbw)

Mede op basis van de aldus ingewonnen adviezen en het onderzoek naar de relevante feiten en belangen dient de minister te beoordelen of weigering van de instemming met het winningsplan op grond van de in art. 36 Mbw opgesomde gronden aan de orde is. In dat verband geldt dat de minister het bevoegde gezag is en eindverantwoordelijkheid draagt. Hij mag derhalve niet klakkeloos een advies volgen in zijn besluitvorming maar is gehouden te controleren of het advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen (art. 3:9 Awb). Daarbij geldt voor vaste adviesrelaties, zoals hier aan de orde, dat de minister mag uitgaan van de expertise van de wettelijk voorgeschreven adviseurs. Is een advies zorgvuldig tot stand gekomen, dan is een bestuursorgaan in beginsel vrij dat advies aan zijn besluit ten grondslag te leggen en daar ter motivering van zijn besluit naar te verwijzen (art. 3:49 Awb).<sup>32</sup> Adviezen die elkaar tegenspreken of anderszins tegenstrijdig zijn kunnen het noodzakelijk maken dat nader onderzoek wordt verricht of dat (nieuwe) vragen worden gesteld aan een wettelijk adviseur. Wijkt de minister af van een deskundigenadvies, dan moeten de redenen voor die afwijking ook in de motivering worden opgenomen (art. 3:50 Awb).

Relevant voor de uitoefening van bestuursbevoegdheden is in veel gevallen ook of het bevoegde gezag (een vaste gedragslijn hanteert of eigen) beleid heeft vastgesteld. Zo kunnen er relevante beleidsdocumenten zijn waarin de minister weergeeft op welke wijze hij (of: de overheid) de in art. 36 lid 1 Mbw opgesomde weigeringsgronden zal interpreteren. Is dat het geval, dan geldt als uitgangspunt dat de minister handelt overeenkomstig dat – niet onredelijke<sup>33</sup> – beleid (art. 4:84 Awb). Uitzondering op die verplichting wordt aangenomen als het toepassen van het beleid of de beleidsregels voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.<sup>34</sup> Voor gaswinning (onder de Waddenzee) staat vast dat er veel beleid wordt gevoerd. Gedacht moet worden aan uitgangspunten als:

- dat gas alleen gewonnen wordt als dat veilig kan voor mensen en omgeving;
- dat de gaswinning uit het Groningenveld snel afgebouwd moet worden vanwege de veiligheid;
- dat gaswinning uit kleine velden de voorkeur geniet boven de import van gas;
- dat geen nieuwe opsporingsvergunningen worden verleend voor gaswinningsprojecten op land. dat gaswinbedrijven goede afspraken maken met de regio over communicatie en bijdragen

De minister kent echter niet een document met beleidsregels waarin is neergelegd op welke wijze hij exact de weigeringsgronden interpreteert en uitlegt en hoe hij ze zal toepassen bij verzoeken om in te stemmen met een winningsplan.

Tot slot in deze paragraaf nog de volgende opmerking. De vraag of de minister ruimte heeft om instemming met een winningsplan te weigeren is doorgaans sterk verbonden met de vraag of een door de overheid genomen besluit (om te weigeren) in rechte in stand kan blijven. De reikwijdte en de indringendheid van de toetsing van het besluit door de bestuursrechter is daarom ook relevant. Wordt beroep ingesteld tegen de instemming met een winningsplan, dan kan de bevoegde rechter, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, niet een eigen oordeel over het al dan niet instemmen met het winningsplan in de plaats stellen van het oordeel van de minister. De klassieke gedachte is dat de bestuursrechter dan te zeer in bestuurlijk/politiek vaarwater komt.

<sup>32</sup> Een advies moet concludent en kenbaar zijn, *Parl. Gesch. Awb I*, p. 219-220 en 273-275.

<sup>33</sup> ABRvS 31-3-2021, ECLI:NL:RVS:2021:668, *JB* 2021/86.

<sup>34</sup> ABRvS 26-10-2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447. Vgl. Conclusie staatsraden a-g ABRvS 7-7-2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

De rechter biedt rechtsbescherming tegen de bevoegdheidsuitoefening door de minister. Taak van de rechter is om bij de toetsing te beoordelen of het besluit van de minister – en de daaraan ten grondslag liggende afweging – in overeenstemming is met het in art. 36 Mbw gestelde kader, berust op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen (art. 3:2 Awb), deugdelijk is gemotiveerd (art. 3:46 Awb) en geen onevenredige gevolgen heeft voor belanghebbenden in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb).<sup>35</sup>

Dit betekent evenwel niet dat de overheid daarmee over een rechtsvrije ruimte beschikt bij de besluitvorming. In de jurisprudentie vindt een ontwikkeling plaats waarbij de indringendheid van de toetsing door bestuursrechters toeneemt, onder andere door hoge eisen te stellen aan de zorgvuldige voorbereiding en de belangenafweging. In het algemeen geldt daarbij dat naarmate de aard van de bevoegdheid ingrijpender is, bijvoorbeeld omdat daar grondrechten in geding zijn, en het gewicht van de betrokken algemene en particuliere belangen groter, de toetsing door de rechter indringender wordt. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak ten aanzien van de instemmingsbesluiten met betrekking tot het Groningen Gasveld overwogen dat de grote gevolgen van de gaswinning voor de veiligheid van mensen en schade aan gebouwen maken dat de grondrechten op leven, privacy en het ongestoord genot van eigendom daarbij aan de orde zijn en dat dit meebrengt dat hoge eisen moeten worden gesteld aan de motivering van een instemmingsbesluit.<sup>36</sup>

### 3.3 De weigeringsgronden van art. 36 lid 1 Mbw

In het onderstaande geven wij weer welke interpretatie in de parlementaire geschiedenis is toegekend aan de in art. 36 lid 1 Mbw opgesomde weigeringsgronden.

#### 3.3.1 Onder a: veiligheid omwonenden of voorkomen van schade

Art. 36 lid 1 onder a Mbw geeft aan dat de minister instemming met het winningsplan slechts geheel of gedeeltelijk kan weigeren indien het in het winningsplan aangeduide gebied door Onze Minister niet geschikt wordt geacht voor de in het winningsplan vermelde activiteit om reden van het belang van de veiligheid voor omwonenden of het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan.

De houder van een winningsvergunning moet bij het indienen van zijn winningsplan een risicobeoordeling overleggen waarin alle veiligheidsrisico's van de winning in kaart worden gebracht. De vergunninghouder dient derhalve inzicht te geven in de mogelijke gevolgen in verband met bodembeweging voor de veiligheid van omwonenden en het voorkomen van schade aan gebouwen en infrastructuur. Staatstoezicht op de Mijnen (SodM) beoordeelt de door het mijnbouwbedrijf gemaakte risicobeoordeling en betreft dat als zelfstandig onderdeel binnen haar advies aan de minister over het winningsplan.

Uit de parlementaire geschiedenis kan het volgende worden ontleend ten aanzien van de betekenis van deze weigeringsgrond. De in 2015/16 ingezette wijziging van het toetsingskader wordt hier als startpunt weergegeven.<sup>37</sup>

*'Dit wetsvoorstel scherpt de beoordeling van een winningsplan op vier punten aan. Ten eerst moet het mijnbouwbedrijf bij het winningsplan of een wijziging daarvan een risicobeoordeling maken van de voorgenomen wijze van winning. Bij deze risicobeoordeling moeten alle veiligheidsrisico's van de winning van delfstoffen of aardwarmte expliciet in kaart worden gebracht. In de risicobeoordeling moet het mijnbouwbedrijf ingaan op mogelijke gevolgen voor omwonenden en het milieu*

<sup>35</sup> ABRvS 3-7-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, r.o. 8.1, *MenR* 2019/84, m.nt. J. Kevelam & M.A.A. Soppe; ABRvS, 26-08-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048, r.o. 9.

<sup>36</sup> ABRvS 3-7-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, r.o. 8.1, *MenR* 2019/84, m.nt. J. Kevelam & M.A.A. Soppe.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34 348, nr. 3, p. 13-14 (MvT).



*en op welke wijze deze effecten kunnen worden beperkt. SodM beoordeelt de door het mijnbouwbedrijf gemaakte risicobeoordeling en rapporteert dit oordeel als een zelfstandig onderdeel binnen haar advies over het winningsplan. Op deze wijze wordt verzekerd dat veiligheid altijd expliciet een overweging is bij het besluit omtrent instemming met een winningsplan.*

*Ten tweede zijn, net als bij het verlenen van opsporings- of winningsvergunningen, de toetsingsgronden voor een winningsplan aangevuld. Ingevolge het wetsvoorstel zijn deze toetsingsgronden de belangen van veiligheid voor omwonenden, het voorkomen van ernstige schade aan gebouwen en infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan. De risicobeoordeling die een mijnbouwbedrijf indient, zal hierbij een belangrijke rol spelen. Daarnaast wordt getoetst op het planmatig gebruik van delfstoffen, aardwarmte, grondwater met het oog op de winning van drinkwater en mogelijkheden tot het opslaan van stoffen.*

*Ten derde wordt in het kustgebied aan de zeezijde de begrenzing verschoven van het gebied waarvoor een risicobeoordeling wordt gemaakt in verband met bodembeweging. De begrenzing voor het aanleveren van gegevens over bodembeweging is drie mijl uit de kust (zie de bijlage bij de Mijnbouwwet). Deze begrenzing verschuift naar twaalf internationale zeemijlen als bedoeld in de Wet grenzen Nederlandse territoriale zee. Hiermee wordt ook in het kustgebied voorzien in een explicitering van het veiligheidsbelang.*

*Ten vierde betekent de uitbreiding van de toetsingsgronden dat de bestaande mogelijkheden tot wijziging en intrekking van een instemming met een winningsplan worden aangevuld met toetsingsgronden inzake het veiligheidsbelang voor omwonenden en infrastructuur en het planmatig beheer of gebruik van delfstoffen. Dit is in vergelijking met de wijzigings,- en intrekkingsgronden bij de winningsvergunning een beperking tot veranderde omstandigheden of gewijzigde inzichten inzake het veiligheidsbelang en het planmatig beheer of gebruik. Dit geldt voor alle winningsplannen. Het wetsvoorstel gaat dus uit van onmiddellijke werking. Wel is in artikel 167a voor reeds verleende instemmingen met winningsplannen, zoals het Groningenveld, voorzien in een bijzondere procedure. Wijziging of intrekking van een winningsvergunning vindt niet plaats dan nadat eerst besluitvorming heeft plaatsgevonden over de instemming met het winningsplan. [...]*

*Met de uitbreiding van de vereisten voor een winningsplan, en met name de gevraagde risicobeoordeling en de uitbreiding van de weigerings,- wijzigings,- en intrekkingsgronden, krijgt de Minister voldoende ruimte om voorafgaand aan, maar ook bij wijzigingen tijdens de winning van delfstoffen of aardwarmte, in te kunnen grijpen. Het advies van SodM met betrekking tot de risicobeoordeling speelt daarbij een belangrijke rol. [...]*

Uit bovenstaand citaat, dat overigens voor meerdere van de weigeringsgronden een toelichting biedt, blijkt dat de minister moet beoordelen of het gebied waarop het winningsplan ziet, niet geschikt wordt geacht voor de in het winningsplan vermelde activiteit om reden van het belang van de veiligheid voor omwonenden of het voorkomen van schade aan gebouwen of infrastructurele werken of de functionaliteit daarvan. Daarbij krijgt de minister assistentie door de inlichtingplicht van de vergunninghouder die om instemming vraagt voor zijn winningsplan. De vergunninghouder dient een risicobeoordeling te maken en te overleggen. De minister dient vervolgens te beoordelen of die rapportage met de nodige zorgvuldigheid tot stand is gekomen en tot welke consequenties de daarin neergelegde informatie moet leiden. Maar alvorens dat te doen moet ook de SodM daarover adviseren.

Naar aanleiding van een amendement in de Tweede Kamer is de bepaling gewijzigd. De Raad van State heeft daar als wetgevingsadviseur op wetsniveau over geadviseerd en gaat daarbij in op de bijzonderheid in de Mijnbouwwet dat de toetsingskaders voor opsporings-, winningsvergunningen winningsplan grofweg hetzelfde inhouden.

*‘De Raad van State concludeerde eerder dat het amendement zal bewerkingen dat op ten minste drie beoordelingsmomenten grofweg hetzelfde toetsingskader gehanteerd zal worden in de zin dat in elk van de drie fasen – opsporings- en winningsvergunning; winningsplan; Wabo-vergunning – getoetst zal worden aan de belangen van voorkoming van schade en negatieve gevolgen voor milieu en natuur. De indieners zijn van mening dat dit gerechtvaardigd is vanuit de impact van mijnbouwactiviteiten, om die zelfde reden zijn indieners van mening dat deze toetsing zo vroeg mogelijk in het proces dient plaats te vinden. Ter relativering van de ingrijpendheid van deze wijziging merkt de Raad van State op, dat de vergunninghouder thans reeds alle maatregelen moet nemen*

*die redelijkerwijs van hem gevergd kunnen worden ter voorkoming van onder meer nadelige gevolgen voor natuur, milieu, schade en veiligheid (artikel 33 Mbw).*<sup>38</sup>

De Tweede Kamer heeft tevens bij amendement de weigeringsgrond versoepeld door het woord ‘ernstige’ te schrappen in de zinsnede ‘ernstige schade aan gebouwen en infrastructurele werken’.

*‘Dit amendement regelt dat het woord «ernstige» wordt geschrapt in de zinsnede «ernstige schade aan gebouwen en infrastructurele werken». De indieners zijn van mening dat een mijnbouwbedrijf ten allen tijde moet voorkomen dat schade optreedt aan gebouwen en infrastructurele werken en niet slechts «ernstige» schade. Een mijnbouwbedrijf moet in de risicobeoordeling daarom verantwoord worden welk risico op schade aan gebouwen en infrastructurele werken optreedt, zoals scheuren in de muur van een woning naar aanleiding van bodemdaling. De Minister moet bovendien op basis van het risico op schade het recht hebben om in specifieke omstandigheden de opsporings- en winningsvergunning, winningsplan of opslagvergunning af te wijzen. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat in een gebied met belangrijke waterkeringen of met een grote kans op schade aan woningen een vergunning of winningsplan wordt afgewezen. Het begrip «ernstige schade» is volgens de indieners daarom te beperkend.*<sup>39</sup>

Over de toepassing van deze grond om instemming met een winningsplan te weigeren heeft zich ook jurisprudentie gevormd, waarin opvalt dat een ruime interpretatie wordt gegeven van de weigeringsgronden.

*‘De Afdeling stelt vast dat in de Mijnbouwwet het belang van veiligheid niet beperkt is tot de kans op overlijden. De aard en schaal van de gevolgen van de gaswinning uit het Groningenveld maken dat in dit geval het belang van veiligheid ruim moet worden uitgelegd en dat ook de stress, gezondheidsklachten en vermindering van woongenot als gevolg van het grote gevoel van onveiligheid dat in Groningen na jaren van aardbevingen leeft bij de afweging van het veiligheidsbelang moeten worden betrokken. Dat heeft de minister ook gedaan. Artikel 36 van de Mijnbouwwet geeft niet aan op welke wijze de minister het veiligheidsbelang moet afwegen. De minister heeft ervoor gekozen het meest verstrekkende veiligheidsrisico, de kans op overlijden, aan de hand van een concrete norm op aanvaardbaarheid te beoordelen en de andere onderdelen van het veiligheidsbelang af te wegen via de beslissing van het kabinet om op zo kort mogelijke termijn tot een volledige beëindiging van de gaswinning te komen. Gelet op de ruimte die de minister toekomt bij de afweging op grond van artikel 36 van de Mijnbouwwet, heeft de minister naar het oordeel van de Afdeling voor deze wijze van afweging van het veiligheidsbelang mogen kiezen. De minister was niet gehouden om, zoals door appellanten is bepleit, het gewicht van ook die andere onderdelen van het veiligheidsbelang afzonderlijk door middel van bijvoorbeeld onderzoek te concretiseren. De keuze van de minister voor deze wijze van afweging brengt echter wel met zich dat de minister gehouden is om te motiveren op welke wijze de beëindiging van de gaswinning op zo kort mogelijke termijn plaats zal vinden en waarom het moment van beëindiging niet sneller kan worden bereikt. De inhoudelijke beoordeling van die motivering komt bij de bespreking van het onderwerp leveringszekerheid aan de orde. Daarnaast moet uiteraard ook de door de minister gemaakte beoordeling van de aanvaardbaarheid van de kans op overlijden deugdelijk zijn gemotiveerd. Dit komt bij de bespreking van het onderwerp veiligheid aan de orde.’<sup>40</sup>*

Deze jurisprudentie is ten dele specifiek voor de in Groningen ontstane situatie, maar toont aan dat de minister het belang van veiligheid ruim kan interpreteren, en dat onder omstandigheden ook zal moeten.

<sup>38</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 41 (Amendement).

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 64 (Amendement).

<sup>40</sup> ABRvS 3-7-2019, ECLI:NL:RVS:2019:22170, r.o. 4.2.

### 3.3.2 Onder b: planmatig beheer

Art. 36 lid 1 onder b Mbw geeft aan dat de minister instemming met het winningsplan slechts geheel of gedeeltelijk kan weigeren in het belang van het planmatig gebruik of beheer van delfstoffen, aardwarmte, andere natuurlijke rijkdommen, waaronder grondwater met het oog op de winning van drinkwater, of mogelijkheden tot het opslaan van stoffen.

Planmatig beheer gaat over de vraag dat de gaswinning (in het concrete geval) op een efficiënte wijze moet plaatsvinden. De vergunninghouder moet in het winningsplan aangeven op welke wijze en in welk tempo hij delfstoffen gaat winnen. De minister dient te beoordelen of de wijze en tempo van winnen in lijn zijn met een juist planmatig beheer van delfstoffen, waarbij ook de zorgvuldigheid van de winning (in verband met bodembewegingen) een rol speelt. Uit de parlementaire geschiedenis komt over deze weigeringsgrond het volgende beeld naar voren. Aangegeven wordt dat onder planmatig beheer of gebruik moet worden verstaan niet alleen de te winnen hoeveelheid, het tempo en de mate van de onttrekking van de delfstoffen, maar ook de bescherming van de delfstoffen in de ondergrond.<sup>41</sup>

*‘Op grond van het Mijnbouwbesluit zal de vergunninghouder worden verplicht een winningsplan op te stellen. In dat plan zal hij moeten aangeven op welke wijze en in welk tempo hij het delfstofvoorkomen wil ontginnen. Dit winningsplan is van belang om te kunnen bezien of de hoeveelheid te winnen delfstoffen, de wijze en het tempo van winning in lijn zijn met een juist planmatig beheer van de delfstof.’<sup>42</sup>*

Het Kabinet verwoordde eerder in beleid dat de ondergrond – gelet op alle verschillende gebruiksmogelijkheden – zo optimaal mogelijk zou moeten worden gebruikt. Daarbij speelt met name een rol of bijvoorbeeld gaswinning in een bepaald gebied zal kunnen worden gecombineerd met andere gebruiksdoeleinden van die ondergrond.

*‘Verder wil het kabinet mede op basis van de Structuurvisie Ondergrond een afweging kunnen maken van de verschillende mogelijkheden van de diepe ondergrond met het oogmerk om de ondergrond in het licht van alle gewenste mogelijkheden zo optimaal mogelijk te benutten. In het wetsvoorstel is dit verwoord als het planmatig beheer en gebruik van de ondergrond. Zo kan de vraag zijn of er bijvoorbeeld gas mag worden gewonnen in een gebied waar veel vraag is naar aardwarmte, of waar ook grote hoeveelheden bruikbaar grondwater aanwezig is. Vaak zijn verschillende functies in de ondergrond goed te combineren, maar soms zal hier een afweging moeten worden gemaakt. In de Structuurvisie Ondergrond is hiervoor in een afwegingskader voorzien waarmee invulling kan worden gegeven aan het planmatig beheer en gebruik van de ondergrond.’<sup>43</sup>*

Ook uit de jurisprudentie blijkt op welke wijze deze weigeringsgrond moet worden geïnterpreteerd. Zo wordt in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 december 2020 het volgende overwogen ten aanzien van deze weigeringsgrond.<sup>44</sup>

*‘Loon op Zand en andere, de waterschappen, De Efteling B.V. en [appellant sub 5] betogen dat de minister in de motivering van het besluit aandacht had moeten besteden aan klimaatproblematiek en het bestaan van duurzame energiebronnen. Loon op Zand en andere, de waterschappen en De Efteling B.V. wijzen daarbij op de zogenoemde Urgenda-jurisprudentie. De Efteling B.V. betoogt verder dat niet valt uit te sluiten dat de gaswinning invloed heeft op geothermische projecten in de omgeving, zoals een project waarvoor aan Hydreco een opsporingsvergunning is verleend. De waterschappen betogen dat de minister zijn oordeel dat de gaswinning past in een planmatig beheer van delfstoffen heeft gebaseerd op de volgens het winningsplan maximaal te verwachten hoeveelheid te winnen gas, terwijl had moeten worden uitgegaan van de volgens het winningsplan minimaal te verwachten hoeveelheid te winnen gas. [appellant sub 5] voert aan dat het verlenen van*

<sup>41</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 15.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 16.

<sup>43</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 3, p. 8.

<sup>44</sup> ABRvS 2-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2875, MenR 2021/37 m.nt. Arentz, JM 2021/38 m.nt. De Vries.

*instemming met het winningsplan niet past in de energietransitie en haaks staat op de opmerking van de minister in zijn brief aan de Tweede Kamer van 30 mei 2018 (Kamerstukken II 2017/18, 33529, nr. 469), dat de gaswinning uit kleine velden in de afbouwfase is beland.*

[...]

*16.3. De minister heeft er in het verweerschrift op gewezen dat de zogenoemde Urgenda-jurisprudentie van de burgerlijke rechter een algemene opdracht inhoudt om de emissie van broeikasgassen te beperken. Die opdracht staat niet in de weg aan gaswinning. De minister heeft uiteengezet dat wordt gewerkt aan een transitie naar duurzame energie, maar dat zo lang het nodig is om tegemoet te komen aan de Nederlandse aardgasvraag, gas uit kleine velden wordt gewonnen waar en voor zover dat veilig kan. Dit is ook wat er in de door [appellant sub 5] genoemde Kamerbrief van 30 mei 2018 wordt bedoeld met de mededeling dat de gaswinning uit kleine velden in een fase van (gestage) afbouw is beland. Aardgas speelt de komende decennia nog een essentiële rol in de Nederlandse energievoorziening, die op dit moment nog voor meer dan 90% afhankelijk is van fossiele brandstoffen. Van die brandstoffen is aardgas de brandstof met de minste uitstoot van koolstofdioxide en dus het minst belastend voor het klimaat. Gaswinning uit kleine velden in eigen land heeft, wanneer dit veilig en verantwoord kan, de voorkeur boven importeren, omdat het klimaatvoordelen heeft, beter is voor de economie en beter voor de leveringszekerheid.*

*16.4. De Afdeling merkt allereerst op dat, anders dan de waterschappen menen, de minister zijn beoordeling over het planmatig beheer niet heeft gebaseerd op de volgens het winningsplan maximaal te verwachten hoeveelheid te winnen gas. De minister heeft dit gedaan op de overweging dat het gas verantwoord kan worden gewonnen, terwijl ter plaatse geen andere gebruiksvormen van de ondergrond zijn voorzien die door de gaswinning onmogelijk worden gemaakt.*

*Zoals de Afdeling in onder meer haar uitspraak van 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:938, heeft overwogen, is het een gegeven dat het gebruik van aardgas als brandstof en grondstof een belangrijke rol speelt in Nederland en daarbuiten, en dat dit niet binnen afzienbare termijn zal veranderen. Nederland is voor aardgas gedeeltelijk afhankelijk van import van in andere landen gewonnen gas. Er is geen grond voor het oordeel dat de minister het in strijd met een planmatig beheer en gebruik van delfstoffen zou moeten achten om ook in Nederland aardgas te winnen.'*

Met name de laatste – tamelijk algemene – overweging van de hoogste bestuursrechter kan ook in dit dossier relevant zijn. In vergelijkbare zin heeft de Afdeling bestuursrechtspraak consistent uitgesproken dat klimaatverandering en de in dat verband vastgestelde noodzaak om de winning van aardgas snel te beëindigen, als zodanig een rol speelt maar de minister niet noopt tot de conclusie dat winning in Nederland in strijd zou zijn met een planmatig beheer en gebruik.<sup>45</sup>

*'6. Voor zover de Waddenvereniging in algemene zin betoogt dat het tegengaan van klimaatverandering ertoe noopt dat de winning van aardgas zo snel mogelijk wordt beëindigd, overweegt de Afdeling als volgt.*

*Zoals de Afdeling heeft overwogen in onder meer haar uitspraak van 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:938, is het een gegeven dat het gebruik van aardgas als brandstof en grondstof een belangrijke rol speelt in Nederland en daarbuiten, en dat dit niet binnen afzienbare termijn zal veranderen. Nederland is voor aardgas gedeeltelijk afhankelijk van import van in andere landen gewonnen gas. Zoals de minister in het verweerschrift heeft uiteengezet, is zijn beleid erop gericht dat gaswinning uit de kleine gasvelden in Nederland, waar dat veilig kan, wordt voortgezet. Gaswinning uit die velden heeft om verschillende redenen de voorkeur boven import van gas, onder meer omdat het beter is voor het klimaat. Er is geen grond voor het oordeel dat de minister het vanwege klimaatverandering in strijd met een planmatig beheer en gebruik van delfstoffen zou moeten achten om ook in Nederland aardgas te winnen.'*

Uit het voorgaande blijkt onder meer dat het beleid van de Nederlandse overheid ten aanzien van de gaswinning relevant is voor de interpretatie van de weigeringsgrond planmatig (lees ook: doelmatigheid) beheer en gebruik van delfstoffen. De rechter acht dat beleid, dat tegen de achtergrond van de door klimaatverandering ingegeven energietransitie nog leidt tot gaswinning uit kleine gasvelden,<sup>46</sup> voorsnog niet onredelijk.

<sup>45</sup> ABRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3091.

<sup>46</sup> Zie o.a. de brief van de minister aan de Tweede Kamer van 30 mei 2018, Kamerstukken II 2017/18, 33 529, nr. 469.

De zorgvuldigheid van de winning in verband met bodembeweging is ook een aspect dat in het kader van planmatig beheer een rol speelt. Voor winning van delfstoffen in het waddengebied geeft de minister toepassing aan het ‘hand aan de kraan-principe’. Voor dit dossier kan relevant zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak in eerdere jurisprudentie het beroep dat instemming geweigerd moet worden vanwege mogelijke effecten (en de snelheid) van bodemdaling en de gevolgen voor de Waddenzee heeft verworpen.<sup>47</sup>

### 3.3.3 Onder c: nadelige gevolgen voor milieu

Art. 36 lid 1 onder c Mbw geeft aan dat de minister instemming met het winningsplan slechts geheel of gedeeltelijk kan weigeren indien nadelige gevolgen voor milieu ontstaan. Deze weigeringsgrond is in 2016 bij amendement toegevoegd aan het wetsvoorstel tot wijziging van de Mijnbouwwet.

Relevant voor de interpretatie van deze weigeringsgrond is onder meer dat voor gaswinning doorgaans ook een omgevingsvergunning milieu vereist is op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht; in dat reguleringskader heeft het milieubelang (ook) bescherming gevonden. De Afdeling advisering van de Raad van State wees bij de invoering van de weigeringsgrond op het feit dat in verschillende fases van de besluitvorming over het winnen van delfstoffen grofweg hetzelfde toetsingskaders wordt gehanteerd.

*‘De Raad van State concludeerde eerder dat het amendement zal bewerkstellingen dat op ten minste drie beoordelingsmomenten grofweg hetzelfde toetsingskader gehanteerd zal worden in de zin dat in elk van de drie fasen – opsporings- en winningsvergunning; winningsplan; Wabo-vergunning – getoetst zal worden aan de belangen van voorkoming van schade en negatieve gevolgen voor milieu en natuur. De indieners zijn van mening dat dit gerechtvaardigd is vanuit de impact van mijnbouwactiviteiten, om die zelfde reden zijn indieners van mening dat deze toetsing zo vroeg mogelijk in het proces dient plaats te vinden. Ter relativering van de ingrijpendheid van deze wijziging merkt de Raad van State op, dat de vergunninghouder thans reeds alle maatregelen moet nemen die redelijkerwijs van hem gevergd kunnen worden ter voorkoming van onder meer nadelige gevolgen voor natuur, milieu, schade en veiligheid (artikel 33 Mbw).’<sup>48</sup>*

De indieners van het amendement achten het gerechtvaardigd dat vanwege de impact van Mijnbouwactiviteiten de toetsing aan milieu in een zo vroeg mogelijk stadium plaatsvindt.<sup>49</sup> Wat onder de Mijnbouwwet precies onder milieugevolgen moet worden verstaan is niet exact omschreven. Volgens de indieners van het amendement moeten in het kader van milieu alle relevante aspecten worden gewogen: landschappelijke waarden, waterkwaliteit, bodemkwaliteit, luchtkwaliteit, geluid en stank.<sup>50</sup> Uitgangspunt is dat geen verslechtering van de leefomgevingskwaliteit plaatsvindt.

*‘De Minister verklaart soms in Kamerdebatten dat het hem eigenlijk juridisch gezien niet vrij staat om een vergunning te weigeren, vanwege belemmeringen in de mijnbouwwet- en regelgeving. In de mijnbouwwet bestaan op dit moment maar een beperkt aantal weigerings- en intrekingsgronden. In de praktijk is alleen de bescherming van natuur geregeld voor zover dit is vastgelegd in de te beschermen waarden van Natura 2000-gebieden. Andere belangrijke maatschappelijke waarden zoals milieuwaarden die te maken hebben met landschappelijke waarden, zoals bijvoorbeeld openheid, en de noodzaak voor behoud van een goede grondwater- en drinkwaterkwaliteit zijn geen weigeringsgrond bij de toetsing van mijnbouwexploratie en winningsvergunningen. De weigeringsgronden staan in de artikelen 7, 8 en 9 van de Mijnbouwwet.’*

<sup>47</sup> ABRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3083, JM 2021/50 m.nt. H.S. de Vries

<sup>48</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 41 (Amendement)

<sup>49</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 348, nr. 41 (Amendement)

<sup>50</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34 041, nr. 36 (Amendement). De genoemde milieugevolgen zijn lokaal van aard. Klimaatverandering wordt bijvoorbeeld niet genoemd.

*De indieners willen met dit amendement regelen dat het belang van milieu en natuurbescherming, veiligheid en volksgezondheid, waterwinning en de mogelijkheid van schade door bodembeweging bij de beoordeling van de vergunningaanvraag als weigeringsgrond dienen. Bij milieu moeten dan alle relevante aspecten worden gewogen: landschappelijke waarden, waterkwaliteit, bodemkwaliteit, luchtkwaliteit, geluid en stank. Uitgangspunt moet zijn dat de leefomgevingskwaliteit niet mag verslechteren.*<sup>51</sup>

Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak blijkt dat de minister bij besluitvorming over de instemming met een winningsplan de milieugevolgen beoordeelt van de gaswinning in de diepe ondergrond (bodembewegingen). De jurisprudentie wijst uit dat de Afdeling in ieder geval ook niet eenzelfde milieubeoordeling verlangt voor het instemmen met een winningsplan als voor het verlenen van de omgevingsvergunning milieu. De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt hierbij uit te gaan van gescheiden toetsingskaders op grond van het bestuursrechtelijke specialiteitsbeginsel. Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit tot instemming met een winningsplan neemt zij bijvoorbeeld geen beroepsgronden mee die naar voren kunnen worden gebracht in het kader van de omgevingsvergunning milieu.<sup>52</sup> Dit kan worden gezien als een beperkte uitleg van de weigeringsgrond.

*'6.5. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, bijvoorbeeld in de uitspraak van 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, komt de minister bij de afweging op grond van artikel 36 van de Mijnbouwwet ruimte toe. Zijn besluit dient wel te berusten op voldoende kennis over de relevante feiten en belangen.*

*De minister heeft naar het oordeel van de Afdeling in de enkele vraag van het college om een analyse over laagfrequent geluid te maken, geen aanleiding hoeven zien om nader onderzoek naar geluidshinder te doen. De Wabo bevat een meer specifieke regeling voor de beoordeling van geluidshinder veroorzaakt door de mijnbouwwerken en in dit geval zijn ook omgevingsvergunningen milieu verleend. De gestelde klachten over laagfrequent geluid zijn verder zo vaag, dat daarin geen grond kan worden gevonden voor het oordeel dat de minister in redelijkheid instemming met het winningsplan had moeten weigeren of daaraan voorschriften had moeten verbinden.*<sup>53</sup>

Hoewel deze lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak wel lijkt te zijn ingezet, blijkt tevens dat de interpretatie van deze weigeringsgrond niet erg eenvoudig is. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Afdeling bestuursrechtspraak op 16 maart 2021 daarover het volgende.

*'De minister merkt daarbij nog op - onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis en wetssystematiek - dat met "de nadelige gevolgen voor het milieu" in artikel 36, eerste lid, onder c, van de Mijnbouwwet alleen de nadelige milieugevolgen in samenhang met bodembewegingen, zoals veiligheidsrisico's, worden bedoeld.*

*Het betoog van de minister en Vermilion over het toetsingskader van een besluit tot instemming met een winningsplan en de invulling en reikwijdte van de term "nadelige gevolgen voor het milieu" in artikel 36, eerste lid, onder c, vergt nader onderzoek waar deze voorlopige voorzieningprocedure zich niet voor leent. Deze aspecten kunnen in de bodemprocedure aan de orde komen. De voorzieningenrechter gaat er in deze voorlopige voorzieningprocedure vanuit dat, gelet op de wettekst, het gaat om de nadelige effecten voor het milieu in brede zin, als gevolg van het winnen van gas en de daarmee onlosmakelijk verbonden activiteiten, zoals de aanleg en wijziging van boorgaten en putten. Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat, zoals de Afdeling in haar uitspraak van 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048 (r.o. 11.4), heeft overwogen, voor een beoordeling van een winningsplan aan de hand van de in artikel 36 van de Mijnbouwwet opgenomen gronden, het niet noodzakelijk is dat iedere reguliere handeling aan een installatie of een put tot in detail wordt beschreven. Dit betekent dat in een winningsplan evenmin de milieugevolgen van een dergelijke handeling aan een installatie of een put in detail behoeven te worden beoordeeld. De gronden van de stichting moeten in dit licht worden gezien.*<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34 041, nr. 36 (Amendement).

<sup>52</sup> ABRvS 12-2-2020, ECLI:NL:RVS:2020:428, *MenR* 2020/46, m.nt. Arentz, *JM* 2020/49 m.nt. De Vries.

<sup>53</sup> Zie De Vries in zijn annotatie bij ABRvS 12-2-2020, ECLI:NL:RVS:2020:428, *JM* 2020/49.

<sup>54</sup> ABRvS 16-3-2021, ECLI:NL:RVS:2021:547, r.o. 5.2 (voorlopige voorziening).

Daarnaast is voor het instemmingsbesluit van de minister – op grond van de huidige jurisprudentie<sup>55</sup> – niet vereist dat een milieueffectrapport wordt opgesteld alvorens kan worden ingestemd met een winningsplan. Omdat de omgevingsvergunning milieu voor een mijnbouwrichting wel een mer-plichtig besluit is en bij die besluitvorming over het verlenen van de omgevingsvergunning milieu zowel de bovengrondse als de ondergrondse milieugevolgen van de gaswinning aan de orde zijn, kunnen beroepsgronden over een milieueffectrapportageplicht (alleen) in de procedure over de omgevingsvergunning worden aangevoerd.

*‘Voor zover Midden-Delfland en Westland betogen dat de in het winningsplan voorziene verlenging van de duur van de gaswinning, in combinatie met de voorziene hydraulische stimulatie, als een nieuw of gewijzigd project in de zin van de mer-richtlijn moet worden beschouwd, waarvoor een milieueffectrapport moet worden gemaakt, wijst de Afdeling erop dat die gestelde combinatie zich uitsluitend voordoet bij het voorkomen Maasdijk. In dat voorkomen zal blijkens het winningsplan tevens een nieuwe put worden geboord, waarvoor een omgevingsvergunning nodig is. Midden-Delfland en Westland kunnen (of konden) hun betoog naar voren brengen in de procedure over de omgevingsvergunning voor het boren van de nieuwe put.’<sup>56</sup>*

Conclusie is dat de in art. 36 lid 1 Mbw gebruikte terminologie (‘nadelige gevolgen voor het milieu’) weliswaar in de spreektaal zeer ruim kan worden uitgelegd, maar dat in de juridische praktijk van het instemmingsbesluit de interpretatie van die weigeringsgrond door de minister, in verband met de afstemming tussen instemmingsbesluit en omgevingsvergunning milieu (en geacordeerd door de Afdeling bestuursrechtspraak), er toe leidt dat niet alle milieubelangen die in enige mate in verband staan met gaswinning, een rol hebben in de belangenafweging. Met name wordt gekeken naar de nadelige milieugevolgen in samenhang met bodembewegingen.

### 3.3.4 Onder d: nadelige gevolgen voor natuur

Art. 36 lid 1 onder d Mbw geeft aan dat de minister instemming met het winningsplan slechts geheel of gedeeltelijk kan weigeren indien nadelige gevolgen voor de natuur ontstaan.

Voorafgaand aan de bespreking van deze weigeringsgrond is relevant vast te stellen dat het Nederlandse recht, ter implementatie van onder meer de EU Habitatrictlijn, een streng, specifiek wettelijk kader kent voor de bescherming van de Waddenzee als Natura 2000-gebied. De vergunning op grond van de Wet natuurbescherming is in dit advies nadrukkelijk niet aan de orde. Voor het Project gaswinning Ternaard is een – van de minister van LNV als bevoegd gezag afkomstig – positief ontwerpbesluit gepubliceerd door de coördinerende minister van EZK. Over die vergunning op grond van art. 2.7 Wet natuurbescherming is aan de Tweede Kamer advies uitgebracht door de Waddenacademie onder de titel *Juridisch advies inzake Natura 2000 en gaswinning onder de Waddenzee (Project gaswinning Ternaard)*.<sup>57</sup> Twee opmerkingen willen wij hier wel maken. Ten eerste geldt dat de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming wordt verleend door de minister van LNV en het instemmingsbesluit door de minister van EZK. Er zijn veel maatschappelijke, maar ook juridische redenen waarom het onwenselijk is als de ministers ten aanzien van *dezelfde* beschermenswaardige natuurbelangen tot een verschillend oordeel zouden komen. Een dergelijke uitkomst moet er toe leiden dat een van beide een onrechtmatig besluit heeft genomen. Ten tweede verdient opmerking dat het wel denkbaar is dat natuurbelangen die niet worden beschermd door de vergunning op grond van Wet natuurbescherming, bescherming kunnen vinden in het kader van het instemmingsbesluit. Te denken is aan de verantwoordelijk-

<sup>55</sup> ABRvS 2-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2875. Zie voor kritiek op deze lijn de annotatie bij ABRvS 3-7-2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217, *MenR* 2019/84 m.nt. J. Kevelam en M.A.A. Soppe.

<sup>56</sup> ABRvS 31-3-2021, ECLI:NL:RVS:2021:660, r.o. 6.1. Zie ook ABRvS 2-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2875, waarin wordt overwogen dat er geen aanleiding is om, in afwijking van eerdere, vaste jurisprudentie, te oordelen dat de mer-richtlijn niet op juiste wijze is geïmplementeerd in het Besluit milieueffectrapportage. In een beroep tegen een instemmingsbesluit komt appellanten geen rechtstreeks beroep op de richtlijn toe, omdat die plicht is geïmplementeerd voor de omgevingsvergunning milieu.

<sup>57</sup> Zie hier: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2021D36886&did=2021D36886>.

heden van Nederland als het gaat om het beschermen van de Waddenzee als Werelderfgoed. Uiteraard is daarvoor relevant op welke wijze de weigeringsgrond onder d in art. 36 lid 1 Mbw moet worden geïnterpreteerd en uitgelegd ingevolge de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie.

Ten aanzien van die weigeringsgrond doemt een vergelijkbare redenering op als bij de interpretatie van de weigeringsgrond onder c (milieu). Het lijkt voor de hand te liggen dat de minister niet verplicht is om bij de besluitvorming over een winningsplan eenzelfde beoordeling te verrichten als op grond van de Wet natuurbescherming vereist is. Zo neemt de Afdeling bestuursrechtspraak bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit tot instemming met een winningsplan geen beroepsgronden mee die naar voren kunnen worden gebracht in het kader van de omgevingsvergunning milieu en lijkt hetzelfde aan de orde voor de beroepsgronden die kunnen worden aangevoerd in het kader van vergunning op grond van de Wet natuurbescherming.

*‘5.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraken van 26 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2048, en 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2875, is de vraag of een vergunning krachtens de Wet natuurbescherming is vereist en, zo ja, of die vergunning kan worden verleend, gezien de in artikel 36 van de Mijnbouwwet opgenomen beoordelingsgronden niet van belang bij een besluit over instemming met een winningsplan. De minister is (dus) ook niet verplicht om zijn beoordeling op grond van artikel 36 op dezelfde wijze uit te voeren als de beoordeling bij die vergunning. Meer in het algemeen geldt dat artikel 36 niet een bepaalde wijze van beoordeling voorschrijft aan de minister.’<sup>58</sup>*

Dat geldt bijvoorbeeld ook voor argumenten die zien op de mogelijke stikstofemissie van bovengrondse gaswinningsinstallaties. In vrij algemene bewoording overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak dat het instemmingsbesluit ziet op de gevolgen van gaswinning in de diepe ondergrond.

*‘7. De Waddenvereniging voert aan dat de minister heeft miskend dat de winning uit het voorkomen Vierhuizen-Oost gepaard gaat met stikstofemissie, met grote effecten op de natuur.  
7.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de hiervoor genoemde uitspraken van 26 augustus 2020 en 2 december 2020, gaat het bij de besluitvorming over een winningsplan om een beoordeling van de gevolgen van de gaswinning in de diepe ondergrond. Een beoordeling van eventuele gevolgen voor de natuur van stikstofemissie door de bovengrondse gaswinningsinstallaties en -activiteiten vindt plaats op grond van de Wet natuurbescherming, eventueel in combinatie met de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Of voor de gaswinning nog vergunningen krachtens die wetten zijn vereist en, zo ja, of die vergunningen kunnen worden verleend, staat in deze procedure niet ter beoordeling.’<sup>59</sup>*

Uit deze rechtspraak blijkt duidelijk dat de vraag of een vergunning op grond van de Wet natuurbescherming is vereist niet aan de orde kan komen bij de toetsing van een instemmingsbesluit met een winningsplan. Het limitatieve toetsingskader van art. 36 lid 1 Mbw biedt geen ruimte voor die toets. Ook geldt niet als voorwaarde voor instemming met een winningsplan dat door de winning al een dergelijke vergunning is verleend. Het recht en de jurisprudentie kennen ten aanzien van het instemmingsbesluit niet een dergelijke (uitvoerbaarheids)toets. Deze interpretatie van de weigeringsgrond benadrukt dat voor zover natuurbelangen bescherming vinden in de Wet natuurbescherming, die bescherming ook in dat reguleringskader tot uitdrukking moeten komen. De weigeringsgrond in art. 36 lid 1 Mbw kan als aanvullend worden gezien voor die natuurbelangen die geen bescherming hebben gevonden in dat regime.

<sup>58</sup> ABRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3091, JM 2021/96, m.nt. H.S. de Vries.

<sup>59</sup> ABRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3083, JM 2021/51 m.nt. H.S. de Vries.



### 3.4 Het ontwerpinstemmingsbesluit

In het ontwerpinstemmingsbesluit Winningsplan Ternaard is de voorlopige eindbeoordeling van de minister dat art. 36 lid 1 Mbw geen gronden biedt om de instemming met het winningsplan (gedeeltelijk) te weigeren. Wel ziet de minister aanleiding om met het oog op de in art. 36 lid 1 Mbw genoemde gronden een aantal beperkingen en voorschriften te verbinden aan het instemmingsbesluit (art. 36 lid 2 Mbw). In deze paragraaf vatten wij kort samen hoe de minister dit oordeel motiveert en bieden een korte analyse.

#### 3.4.1 Onderbouwing door de minister

##### Planmatig beheer

De doelmatigheid van de winning geeft naar het oordeel van de minister geen aanleiding om instemming te weigeren. De minister verleent instemming voor het produceren van gas voor een periode van 15 jaar (conform het winningsplan ‘scenario midden’), vanaf 2023, waarbij de gasproductie plaatsvindt overeenkomstig het winningsplan met een productieput.

De NAM schetst in het winningsplan drie productiescenario’s (hoog, midden, laag). In ieder productiescenario neemt de NAM als uitgangspunt dat gaswinning plaatsvindt met één productieput. De verwachte totale gasproductie is afhankelijk van welk productiescenario van toepassing zal zijn. Dit is afhankelijk van onzekerheden. Bij de productie uit het Ternaard Gasveld wordt toepassing gegeven aan het ‘hand aan de kraan’-principe. Dit betekent dat jaarlijks een gebruiksruimte toets plaatsvindt. Indien daaruit blijkt dat overschrijding van de vastgestelde gebruiksruimte plaatsvindt (of dreigt), zal het productievolume bijgesteld moeten worden.

Bij de beoordeling van het planmatig beheer gaat de minister gemotiveerd in op de verschillende adviezen. De Provincie Fryslân en de Gemeente Noard-East Fryslân wijzen er op dat pas na een eerste boring de NAM meer inzicht zal hebben in de meest doelmatige winningsstrategie. Het ontbreken van productiegegevens over het gasveld Ternaard is naar het oordeel van de minister geen belemmering om instemming te verlenen nu de ontwikkelscenario’s zijn gebaseerd op historische gegevens uit winning in omliggende velden. De minister constateert dat het winningspercentage (30%) relatief laag is, maar ook dat vormt geen belemmering voor instemming. De minister gaat niet mee in het advies van SodM om een maximaal aantal putten op te nemen in het instemmingsbesluit. Indien de NAM in de toekomst meer putten in gebruik wil nemen, zal op basis van de feiten en omstandigheden bepaald moeten worden of een gewijzigd winningsplan en instemming noodzakelijk is. De minister stelt vast dat de gaswinning geen belemmering vormt voor andere gebruiksmogelijkheden van de ondergrond.

##### Bodemdaling Waddenzee

Uit oogpunt van bodemdaling ziet de minister geen aanleiding om instemming met het winningsplan (gedeeltelijk) te weigeren. Wel ziet de minister aanleiding om de instemming te beperken en daaraan voorschriften te verbinden (art. 36 lid 2 Mbw). Het betreft een beperking van het jaarlijkse productievolume gedurende de eerste zeven jaar, in overeenstemming met het productiescenario midden in het winningsplan (art. 2 ontwerpinstemmingsbesluit), en een meet- en regelprotocol (art. 3 en 4 van het ontwerpinstemmingsbesluit).

Bij gaswinning onder de Waddenzee vindt het ‘hand aan de kraan’ principe toepassing. Dit komt er op neer dat de gaswinning onder een kombergingsgebied niet mag leiden tot verdieping van de Waddenzee en daarmee tot een afname van het oppervlak aan droogvallende zandplaten (verdrinking). De minister kan de gaswinning stopzetten of beperken indien de gemiddelde bodemdalingssnelheid, in combinatie met de relatieve zeespiegelstijging, het meegroeivermogen overschrijdt of dreigt te overschrijden.

Bij de beoordeling gaat de minister gemotiveerd in op de verschillende adviezen. Zowel de Provincie Fryslân als de gemeente Noardeast-Fryslân adviseren om nader onderzoek naar de effectiviteit van het ‘hand aan de kraan’ principe af te wachten en de uitkomsten bij besluitvorming te

betrekken. De minister is van oordeel dat het ‘hand aan de kraan’ principe in de praktijk effectief is gebleken, dat dit beeld is bevestigd door de Auditcommissie Gaswinning onder de Waddenzee en onderschreven door het Adviescollege Hand aan de Kraan Waddenzee. Ook wijst de minister er op dat het ‘hand aan de kraan’ principe meermaals de rechterlijke toets heeft doorstaan.

De minister constateert op basis van gegevens dat de belasting van het gewogen gemiddelde van de verschillende Ternaard bodemdaling scenario’s ruim binnen de gebruiksruimte van het Pinkegat valt. De minister houdt evenwel rekening met het advies van SodM waarin de betekenis van het gewogen gemiddelde wordt gerelativeerd. In verband met het zogenoemde ‘breuken open risico’ en ‘risico afgesloten blok 3’ verbindt de minister de bovengenoemde beperking en voorschriften aan het instemmingsbesluit.

De minister neemt het advies van SodM met betrekking tot het waarborgen van de werking van het ‘hand aan de kraan’-systeem door middel van de reservoirdruk niet over. De minister ziet hier – mede gelet op het advies van de Mijnraad – onvoldoende aanleiding toe.

De minister acht het aannemelijk dat de bodemdaling op land minder dan 2 cm is indien de NAM volgens scenario midden gas produceert.

### **Bodemtrilling**

De minister ziet vanuit oogpunt van bodemtrilling geen aanleiding om instemming (gedeeltelijk) te weigeren of beperkingen of voorschriften aan het instemmingsbesluit te verbinden.

De verschillende overheden (provincie Fryslân, het Wetterskip Fryslân en de gemeente Noardeast-Fryslân) refereren aan het Afsprakenkader Ontzorging Gasveld Ternaard. Onderdeel van deze afspraken met NAM is de afspraak dat de NAM de gaswinning uit het Ternaardveld beëindigt bij ‘een aardbeving met een magnitude groter dan 3.0 op de schaal van Richter’.

De minister ziet – mede gelet op de adviezen van van SodM, Tcbb en de Mijnraad – geen aanleiding om deze afspraak als voorschrift in het instemmingsbesluit op te nemen. Art. 36 lid 3 Mijnbouwbesluit biedt de minister de bevoegdheid om in te grijpen indien een dergelijke beving, met een magnitude groter dan 3.0 op de schaal van Richter, zich voordoet.

### **Schade**

De minister ziet geen in de bescherming van het belang van de veiligheid voor omwonenden, gebouwen en infrastructuur geen grond is gelegen om instemming met het winningsplan (gedeeltelijk) te weigeren. Wel ziet de minister – mede gelet op het advies van Tcbb – voldoende reden om aan de instemming het voorschrift te verbinden dat de NAM lokaal versnellingsmeters bijplaatst ter uitbreiding van het seismisch monitoringsnetwerk van de KNMI (art. 5 ontwerpinstemmingsbesluit). Dit voorschrift is noodzakelijk om het (schadelijke) effect van een mogelijke aardbeving voldoende nauwkeurig in kaart te kunnen brengen.

### **Nadelige gevolgen milieu en natuur**

De minister ziet in de weigeringsgrond natuur- en milieugevolgen die samenhangen met de bodembeweging vanwege gaswinning, geen aanleiding om instemming met het winningsplan (gedeeltelijk) te weigeren. Wel is de minister van oordeel dat er voldoende reden is om aan de instemming de zorgplicht te verbinden dat een zodanige hoeveelheid zand zal worden gesuppleerd, dat de zandonttrekking vanwege de door gaswinning optredende bodemdaling, worden opgevangen door het natuurlijke sedimentatieproces (artikel 6 ontwerpinstemmingsbesluit).

Bij de beoordeling van de milieu en natuurgevolgen beziet de minister in het kader van art. 36 lid 1 onder c en d Mbw enkel de gevolgen die samenhangen met de bodembeweging vanwege gaswinning. Gelet op de toepassing van het ‘Hand aan de kraan’-principe verwacht de minister dat nadelige gevolgen voor de natuur door bodemdaling als gevolg van gaswinning zullen uitblijven. De minister is van oordeel dat met de toepassing van het ‘hand aan de kraan’-principe ook invulling gegeven wordt aan de verantwoordelijkheden die Nederland heeft voor het behoud en beheer van het natuurlijk waddensysteem als natuurlijk werelderfgoed.

In de MER zijn bij de effectbeoordeling voor aardbevingen tijdens de winning geen milieu- of natuurgevolgen voorzien. Het risico op falen van een waterkering vanwege bodemtrilling is bijlakens de MER erg klein is.

### 3.4.2 Analyse en beschouwing

In het ontwerpinstemmingsbesluit heeft de minister gemotiveerd een oordeel gegeven over de bevoegdheidscriteria opgesomd in art. 36 lid 1 Mbw. De minister concludeert dat er geen bevoegdheid is om het instemmingsbesluit te weigeren. Wel ziet de minister aanleiding om beperkingen en voorschriften aan het besluit te verbinden met het oog op de algemene belangen die de wetgever met de weigeringsgronden beoogt te beschermen.

Naar ons oordeel stelt de minister zich terecht op het standpunt dat – gelet op de aan het ontwerpbesluit ten grondslag liggende adviezen van de wettelijk aangewezen adviseurs – art. 36 lid 1 Mbw geen aanknopingspunt biedt om instemming met het winningsplan te weigeren. Wij veroorloven ons hieronder enkele opmerkingen over het beoordelingskader voor het instemmingsbesluit in verband met de ontwerpbeslissing van de minister.

#### Veiligheid

Van een aantal weigeringsgronden zou gesteld kunnen worden dat die bij eerste lezing anders zouden kunnen worden uitgelegd dan de minister nu – met goedkeuring van de hoogste bestuursrechter – doet. Dat geldt niet voor de weigeringsgrond inzake veiligheid (onder a). Die weigeringsgrond wordt ruim geïnterpreteerd en ook de bestuursrechter vindt veel houvast in deze weigeringsgrond. Ook wordt bij de toepassing van die weigeringsgrond (of althans: alle weigeringsgronden) over de band van het beleid voor gaswinning onder de Waddenzee, nadrukkelijk een relatie gelegd met het voorzorgbeginsel ('hand-aan-de-kraan'-principe) en de daaruit voortvloeiende gebruiksruimte voor gaswinning gelet op bodemdaling en zeespiegelstijging. In de interpretatie van die weigeringsgrond(en) ligt dus ook een relatie met het beoordelingskader voor de verlening van de vergunning op grond van de Wet natuurbescherming. Daarmee wordt derhalve afstemming bewerkstelligd tussen beide reguleringskaders. In het ontwerpinstemmingsbesluit is deze beoordeling inzake de veiligheid cruciaal, zodat de onmogelijkheid om Nbw-vergunning te verlenen uiterst relevant is voor de ruimte voor de minister om instemming met het winningsplan te weigeren.

#### Planmatig beheer en gebruik delfstoffen

Een opvatting is dat de weigeringsgrond die ziet op het planmatig (doelmatig) beheer en gebruik van delfstoffen tot op heden beperkt is opgevat. De beoordeling betreft ten eerste concurrerend gebruik van de ondergrond. Ook relevant is of de gaswinning in het concrete veld doelmatig plaatsvindt. Maar wat betekent dat? In het advies van TNO aan het SodM stelt het daarover dat het gemiddelde winningspercentage, het percentage van het oorspronkelijke aanwezige gas dat geproduceerd wordt, voor het Project gaswinning Ternaard – in het productiescenario hoog – laag is (een magere 30% ten opzichte van rond de 80% bij analoge zogeheten Rotliegend reservoirs). Maar gelet op de randvoorwaarden voor gaswinning onder de Waddenzee (o.a. de op basis van het 'hand-aan-de-kraan'-principe vastgestelde gebruiksruimte<sup>60</sup>) stelt TNO vervolgens dat binnen deze gestelde randvoorwaarden het optimaal benutten van de vastgestelde gebruiksruimte als doelmatig gebruik kan worden aangemerkt. Voor zover wij kunnen overzien, lijkt dat een beperkte interpretatie van de weigeringsgrond 'planmatige gebruik en beheer van delfstoffen', omdat het ziet op het gebruik en het beheer van de delfstoffen waarop het concrete, individuele winningsplan ziet. Afgezien van het gevoerde beleid inzake kleine gasvelden, is dat in overeenstemming met het door de overheid consistent gevoerde beleid. De beoordeling bij het instemmingsbesluit ziet met andere woorden niet direct op algehele afweging betreffende het doelmatig gebruik en beheer van de in Nederland beschikbare delfstoffen. Mocht bij een lezer de principiële gedachte hebben postgevat dat alleen sprake kan zijn van planmatig (doelmatig) gebruik en beheer van delfstoffen als de winning van fossiele brandstoffen achterwege wordt gelaten (vanwege

<sup>60</sup> Zie Rijksprojectbesluit Gaswinning onder de Waddenzee vanaf de locaties Moddergat, Lauwersoog en Vierhuizen. Ministerie van Economische Zaken, publicatienummer 06ET15, 's-Gravenhage, april 2006.

de door klimaatverandering ingezette energietransitie), dan geldt dat deze gedachte op dit moment niet vanwege de weigeringsgrond onder b aan de orde kan komen. Een duidelijke beleidswijziging kan daarin wellicht verandering brengen (zie over een plotselinge beleidswijziging evenwel hieronder).

### Nadelige gevolgen milieu en natuur

Opvallend is de beperkte interpretatie van de weigeringsgronden onder c (milieu) en d (natuur). Wij achten die interpretatie niet onbegrijpelijk gelet op de bestaande reguleringskaders ten aanzien van de bescherming van het milieu (art. 2.14 Wabo) en de natuur (art. 2.7 Wnb) en gelet op de wijze waarop de weigeringsgrond onder a (veiligheid) een ruime uitleg krijgt. Men kan zich echter afvragen of op deze wijze (voldoende) recht wordt gedaan aan de bedoeling van de door de Tweede Kamer gewenste wijziging van art. 36 lid 1 Mbw in 2016. Als reactie op de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak, hebben ten minste twee auteurs daarvoor aandacht gevraagd.<sup>61</sup> In zijn annotatie stelt Arentz:

*‘Ondanks deze duidelijke wens van de Kamer om de milieu- en natuur toets zo vroeg mogelijk in het proces en desnoods meerdere keren uit te laten voeren, lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak in bovenstaande uitspraak (gelet op r.o. 6.3 en 6.5) toch een soort voorrangregeling te creëren, waarbij de toetsing aan milieubelangen plaats moet vinden in de “meer specifieke” daarop betrekking hebbende regeling. Aan het bespreken van de beroepsgronden over natuur komt de Afdeling niet toe vanwege de goede procesorde (r.o. 7), maar verwacht mag worden dat de Afdeling daar dezelfde lijn zal kiezen als bij de toetsing aan het belang van de bescherming van het milieu.’*

De Vries komt tot een vergelijkbare overweging:

*‘Deze weigeringsgrond is per amendement in de Mijnbouwwet gekomen. Dat betekent ook dat er weinig uit de toelichting valt af te leiden, want die is er niet. Wat moet er nu onder ‘milieu’ in het kader van de gaswinning worden verstaan? De minister interpreteert deze weigeringsgrond beperkt: alleen de gevolgen die de gaswinning zelf op het milieu zou kunnen hebben, zijn hier van belang. Andere milieuaspecten komen namelijk aan de orde in de omgevingsvergunning die voor de installatie moet worden afgegeven. Die milieuaspecten spelen zich in de regel bovengronds af. De minister kijkt dan ook bij de instemming met een winningsplan met name naar de hydrologische gevolgen die een bodemdaling ten gevolge van gaswinning kan hebben. Bodemdaling kan namelijk tot verhoging van de grondwaterstand leiden. [...] De Afdeling bestuursrechtspraak heeft tijdens de mondelinge behandeling lang bij deze interpretatie van het begrip milieu bij de gaswinning stilgestaan. In dit beroep komt het naar voren omdat door appellanten werd geklaagd over laagfrequent geluidoverlast dat volgens appellanten wordt veroorzaakt door transport van het gas in de gasleidingen van TAQA. De gasleiding maakt onderdeel uit van de bovengrondse installatie en valt volgens de minister onder de omgevingsvergunning. [...] Maar de Afdeling overweegt na deze overwegingen – wellicht ten overvloede? – nog het volgende. Ten eerste merkt de Afdeling op dat er geen klachten bij de minister zijn binnengekomen over geluidhinder en dat er een omgevingsvergunning is verleend waarin geluidgrenswaarden zijn opgenomen. De Afdeling merkt vervolgens op dat de gestelde klachten verder zo vaag zijn dat daarin geen grond kan worden gevonden voor het oordeel dat de minister in redelijkheid instemming met het winningsplan had moeten weigeren of daaraan voorschriften had moeten verbinden. Wie had gehoopt dat de Afdeling duidelijkheid zou geven over de interpretatie van het begrip ‘milieu’, moet zijn teleurstelling bedwingen. Ongetwijfeld zal er in een volgende uitspraak hierover meer duidelijkheid worden verschaft. Ik ga ervan uit dat de minister vooralsnog zijn afwegingskader op dit onderdeel niet zal verruimen.’*

Een reactie op deze beperkte beoordeling van de nadelige gevolgen voor milieu en natuur bij het instemmingsbesluit zou kunnen zijn dat er sprake is van afstemming tussen beoordelingskaders en dat die afstemming er niet noodzakelijkerwijs toe leidt dat bepaalde belangen onvoldoende meegewogen (kunnen) worden bij de beslissing over het toestaan van een project als het Project

<sup>61</sup> ABRvS 2-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:2875, *MenR* 2021/37, m.nt. Arentz, *JM* 2021/38 m.nt. De Vries.

gaswinning Ternaard. De voorgeschreven gecoördineerde voorbereiding van de verschillende vereiste toestemmingsbesluiten leidt er mogelijk zelfs toe dat een meer integrale beoordeling kan plaatsvinden.

Tot slot nog de gedachte dat de weigeringsgronden inzake milieu en natuur gebruikt kunnen worden om klimaatverandering tegen te gaan. Het uitgangspunt dat het winnen en gebruiken van fossiele brandstoffen zo spoedig mogelijk zou moeten worden beëindigd en dat dat *a fortiori* en in het bijzonder geldt als gas gewonnen wordt onder een kwetsbaar, beschermd natuurgebied als de Waddenzee, zou voor velen aanleiding kunnen zijn instemming met het winningsplan voor het Project gaswinning Ternaard te willen weigeren. Op basis van de rechtspraak constateren wij echter dat een dergelijke redenering geen kans van slagen heeft. De minister baseert zijn besluitvorming op het – tot op heden door de rechter niet onredelijk geachte – beleid inzake gaswinning uit kleine velden. Dit beleid komt erop neer dat gaswinning uit de kleine gasvelden in Nederland, waar dat veilig kan, wordt voortgezet. Om verschillende redenen heeft gaswinning uit kleine velden de voorkeur boven import van gas uit andere landen, onder meer omdat het beter is voor het klimaat. De jurisprudentie toont aan dat de minister niet vanwege klimaatverandering instemming met een winningsplan kan weigeren; niet vanwege de weigeringsgrond ‘planmatig beheer en gebruik van delfstoffen’<sup>62</sup> en niet vanwege de weigeringsgronden inzake milieu of natuur.<sup>63</sup>

### **Weigeren op grond van een snelle beleidswijziging?**

De minister beschikt over beoordelingsruimte bij de invulling van de weigeringsgronden van art. 36 lid 1 Mbw. Daarbij speelt het beleid over gaswinning in (en: onder) het waddengebied ook een rol. Gewijzigde inzichten en politieke verhoudingen kunnen aanleiding geven om beleid te wijzigen. Is het vanuit een juridisch perspectief een optie om middels een beleidswijziging te bewerkstelligen dat instemming geweigerd kan worden? Gewijzigd beleid zou kunnen inhouden dat geen gaswinning in of onder het waddengebied mag plaatsvinden (dus ook niet vanaf een locatie buiten het gebied). Vanuit juridisch perspectief lijkt ons dat echter geen reële, rechtmatige optie om instemming met het winningsplan voor het Project gaswinning Ternaard rechtmatig te kunnen weigeren.

Van belang is dat de NAM reeds beschikt over een winningsvergunning en ook de aanvraag op 15 juni 2019 heeft ingediend bij de minister. Daarmee is de wettelijk voorgeschreven besluitvormingsprocedure ook gestart. De minister heeft aangegeven niet voor maart 2022 definitief te beslissen over de instemming met het winningsplan Ternaard. Kan de minister – als hij dat al wil – nog tijdens de besluitvormingsprocedure de regels wijzigen? De hoofdregel binnen het bestuursrecht is dat een bestuursorgaan beslist op de aanvraag op basis van de wetgeving, beleid zoals dat luidt op het moment van het nemen van het primaire besluit (beoordeling *ex nunc* in maart 2022). Bij beleidswijziging gedurende de besluitvorming kunnen het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel met zich brengen dat in uitzondering op die hoofdregel geoordeeld moet worden op basis van het ‘oude beleid’.<sup>64</sup> Op het moment van het indienen van de aanvraag door de NAM leidt toepassing van het beleid – naar het oordeel van de minister – tot instemming met het winningsplan. Weigering van de instemming op grond van toepassing van nieuw – tijdens de besluitvormingsprocedure – tot stand gekomen beleid staat op gespannen voet met de rechtszekerheid. Van belang hierbij is dat de NAM, uitgaande van het ‘oude beleid’, al forse investeringen heeft gedaan. Dit is ook relevant in verband met een mogelijk beroep van de NAM op het vertrouwensbeginsel. Consequentie van toepassing van gewijzigd beleid kan zijn dat de minister moet voorzien in nadeelcompensatie/schadevergoeding.<sup>65</sup>

—

<sup>62</sup> ABRvS 23-12-2020, ECLI:NL:RVS:2020:3091, r.o. 6; ABRvS 1-4-2020, ECLI:NL:RVS:2020:938, r.o. 12.

<sup>63</sup> Wij merken wel op dat aan het belang van het tegengaan van klimaatverandering (ook) in de beoordelingsregels omtrent het verlenen of weigeren van een omgevingsvergunning milieu niet vaak een doorslaggevende rol kan worden gegeven.

<sup>64</sup> Vgl. ABRvS 1-7-2020, ECLI:NL:RVS:2020:1533; ABRvS 3-10-2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6214.

<sup>65</sup> ABRvS 29-5-2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694 (Amsterdamse dakopbouw).

### **Beperkingen en voorschriften**

Tot slot maken wij een opmerking over de bevoegdheid van de minister om op grond van art. 36 lid 2 Mbw instemming te verlenen onder beperkingen of aan de instemming voorschriften kan verbinden. Daar is gebruik van gemaakt. Het voorzorgsbeginsel, het ‘hand-aan-de-kraan’-principe, de beoordeling van de gebruiksruijme nopen gedurende de looptijd van het winningsplan waarmee nu in ontwerp wordt ingestemd (2023-2037) tot momenten waarop de gaswinning mogelijk moet worden aangepast met het oog op de veiligheid. Wij wijzen er op dat rechtsbescherming tegen de overheid bij de onafhankelijke bestuursrechter voor de decentrale overheden, voor natuurbeschermingsorganisaties, voor omwonenden en voor alle overige belanghebbenden in hoge mate afhankelijk is van de aanwezigheid van een appellabel besluit van de minister. Ervaringen met de gaswinning uit het Groningenveld leren dat – met het oog op de gewenste rechtsbescherming en de door de rechter uit te oefenen controle op het overheidshandelen – de noodzaak om te werken met korte(re) looptijden van winningsplannen relevanter wordt naarmate de veiligheid meer in het geding is.<sup>66</sup> Ook het bieden van rechtsbeschermingsmomenten kan worden beschouwd als onderdeel van een goede, transparante communicatie met de regio en omwonenden. Duidelijk is overigens dat de belangen van de NAM in het Project gaswinning Ternaard op dit moment aanzienlijk anders zijn dan in de Groningse situatie. Bijvoorbeeld omdat in Ternaard aanzienlijke investeringen nodig zijn om de (nog ietwat onzekere) gaswinning op te starten en ongetwijfeld behoefte aan rechtszekerheid bestaat bij de NAM over de mogelijkheden om die investeringen terug te verdienen. Deze belangen spelen uiteraard ook mee in de belangenafweging om voorschriften te stellen en/of beperkingen op te leggen. Zonder te pretenderen dat wij als juristen op dit (bedrijfseconomische) punt deskundigheid bezitten, valt ons op dat instemmen met een winningsplan voor de komende 15 jaar, het zoeken van rechtsbescherming gedurende die periode overlaat aan initiatieven van de rechtszoekenden. Bovendien lijkt 15 jaren ook in het huidige tijdsgewricht van energietransitie, lang. Het instemmen met een (vooralsnog) kortere winningsperiode biedt daarentegen kansen om vertrouwen van de maatschappij in het goede, veilige verloop van de gaswinning binnen de randvoorwaarden terug te winnen of te bevestigen.

<sup>66</sup> Zie de annotatie van H.E. Bröring & J.G. Brouwer (nr. 2) onder ABRvS 18-11-2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, AB 2016/82.