

MEMO



AAN Tweede Kamer der Staten-Generaal
Dienst Analyse en Onderzoek

DATUM 12 december 2019

ONS KENMERK OO/GV

KOPIE AAN

ONDERWERP Tweede Kamer/Gaswinning

1. Inleiding

De Tweede Kamer verzocht mij om een aantal vragen te beantwoorden inzake de juridische positie van de Staat in verband met het zogeheten Interim Akkoord Afbouw Gaswinning Groningenveld van 9 september 2019 (nader: IA). Dit akkoord bouwt voort op het "Akkoord op hoofdlijnen" van 25 juni 2018 (nader: AoH). In het AoH zijn onder meer afspraken gemaakt over de afbouw van de gaswinning uit het Groningenveld conform een daarbij opgenomen basispad en over de ondergrondse gasopslag Norg. Het IA wijzigt in het bijzonder het eerder overeengekomen basispad, in die zin dat de afbouw sneller zal plaatsvinden dan in het AoH was opgenomen.

Partijen bij beide overeenkomsten zijn de Staat aan de ene kant en Shell Nederland B.V. (nader: Shell) en ExxonMobil Holding Company Holland LLC (nader: Exxon) als aandeelhouders van de Nederlandse Aardolie Maatschappij B.V. (nader: NAM) aan de andere kant.

De vragen van de Tweede Kamer zien in het bijzonder op de betekenis van een aantal artikelen uit het IA die betrekking hebben op een vergoeding die de Staat aan Shell en Exxon zal betalen (nader: de Vergoeding).

Ik kan de bedoeling die partijen met deze artikelen gehad hebben, alleen uit het IA zelf afleiden. Ik kan niet putten uit (eventuele) voorbereidende stukken als concept-artikelen, toelichtende memoranda en dergelijke. Ik beschik daar niet over en moet mij dus beperken tot de IA zelf en kan de (mogelijke) betekenis verder hooguit mede aan openbare stukken ontleen.

Ik ga kort in op de uitleg van overeenkomsten (par. 4) en schets vervolgens kort de context van de vraagstelling van de Tweede Kamer, vergezeld van een tijdslijn 2018 en 2019 (par. 5). Ik werk onderdelen van de tijdslijn vervolgens uit (par. 6), waarna ik de relevante artikelen van het IA citeer (par. 7) en analyseer (par. 8). Ik start evenwel met een samenvatting van de belangrijkste conclusies ten aanzien van het karakter van de Vergoeding (par. 2) en de bespreking van uw vragen (par. 3).

2. Samenvatting van de belangrijkste conclusies inzake de Vergoeding

In het IA zijn afspraken gemaakt over de versnelde afbouw van de gaswinning uit het Groningenveld conform een daarbij opgenomen basispad en over de ondergrondse gasopslag

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Rekening Derdengelden: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponneerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 2 van 20

Norg. Daarvoor hebben partijen een regeling van "een" Vergoeding in het IA opgenomen.

De regeling ten aanzien van de Vergoeding is bindend voor partijen en is onderhevig aan de mogelijkheid van arbitrage op basis van de regelen des rechts. Desalniettemin laten de bepalingen vrij veel ruimte voor interpretatie. Duidelijk is wel dat het gaat om de twee onderwerpen die partijen hebben genoemd: de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans in het gehele pakket van eerdere afspraken. De term "het herstel van de balans" biedt echter reeds ruimte voor discussie.

Onduidelijk is verder de grondslag voor de Vergoeding. Daarom is onduidelijk of partijen een volledige schadeloosstelling of (gedeeltelijke) compensatie hebben beoogd. Vervolgens is onduidelijk of voor "Norg" eenzelfde benadering moet gelden als voor de afbouw. Duidelijk is evenmin of binnen die afbouw dezelfde benadering moet worden gekozen voor de wijziging ten opzichte van het eerder aan het AoH ten grondslag gelegde basispad boven de 12 miljard Nm³ en de wijziging door de versnelde afbouw daaronder, en/of welke betekenis daarbij toekomt aan dringende advisering van het Staatstoezicht op de Mijnen en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 3 juli 2019. Evenmin is duidelijk welke rol moet worden toegekend aan de diverse waarde-elementen die in het IA worden genoemd.

Partijen zijn betaling van een voorschot van EUR 90 miljoen overeengekomen. Dat is een voorschot op de uiteindelijke Vergoeding voor de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans van het gehele pakket van afspraken. De hoogte van het voorschot van EUR 90 miljoen biedt geen inzicht in de hoogte van de uiteindelijke Vergoeding. Daarvoor moeten partijen nader onderzoek doen.

De Minister diende naar mijn mening het IA aan te gaan omdat sprake is van een structurele en materiele afwijking van het basispad. Het eerder gesloten AoH verplicht in dat geval tot nadere afspraken. Indien er overigens geen sprake zou zijn geweest van dat eerdere AoH, dan zou een vorm van schadevergoeding wegens niet-nakoming van eerdere overeenkomsten en de daarin voorziene doorlopende gaswinning nog bepaald niet ondenkbeeldig zijn geweest. Het AoH en het IA leiden tot beëindiging van de gaswinning voordat het Groningenveld feitelijk uitgeput is.

3. De vragen van de Tweede Kamer

3.1 Welke privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke grondslag ligt er aan de vergoeding van 90 miljoen aan Shell en Exxon? Is hier sprake van onrechtmatige daad, wanprestatie of een andere grondslag waardoor de Staat gehouden is deze compensatie te verlenen?

Er is sprake van een voorschot van 90 miljoen euro netto, vooruitlopend op de vaststelling van de Vergoeding. De grondslag voor de Vergoeding is gelegen in het IA van 9 september 2019 en de daarin geregelde versnelde inzet van "Norg" en de afwijking van het basispad dat was opgenomen in het AoH van 25 juni 2018. De gehoudenheid vloeit derhalve voort uit dat akkoord en moet worden gezien als

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 3 van 20

gehoudenheid in verband met de wijziging van het eerdere AoH. Het gaat om een wijziging van een eerdere overeenkomst, welke mogelijkheid van wijziging overigens ook is voorzien in het AoH zelf. Dat verplichtte partijen tot (kort samengevat) nader overleg bij een structurele en materiële afwijking van het basispad. Daarvan is sprake. De grondslag van (het voorschot op de) Vergoeding is derhalve privaatrechtelijk en wel contractueel. Het IA verplicht de NAM (via de partijen Shell en Exxon) tot de gewijzigde inzet van Norg die nodig is voor versnelde afbouw van de gaswinning in het Groningenveld en legt in zoverre een nieuwe verplichting op aan de NAM. Het is echter nog onduidelijk, wat de hoogte van de uiteindelijk door partijen nog overeen te komen definitieve Vergoeding is en hoe die hoogte beredeneerd moet gaan worden.

3.2 Is hier sprake van wijziging van een bestaande overeenkomst met Shell en ExxonMobil, of is er een volkomen nieuwe overeenkomst gesloten? Had het parlement van tevoren geïnformeerd moeten worden over een dergelijke ingrijpende rechtshandeling? Was deze compensatie aan de orde geweest indien de Minister niet een overeenkomst was aangegaan of had gewijzigd?

Het IA is – zoals opgemerkt – een wijziging van de eerdere overeenkomst "AoH" van 25 juni 2018. Het IA sorteert op zijn beurt voor op een nog te verrichten aanpassing van het AoH en geeft daarvoor een aanzet. Het IA gaat uit van een snellere vermindering van de gaswinning dan bij het eerdere AoH was voorzien. De Minister diende deze overeenkomst aan te gaan, omdat de snellere vermindering van de overeenkomst kwalificeert als een structurele en materiële afwijking van het basispad en de daarbij horende volumes van gaswinning zoals dat ten grondslag lag aan het AoH. Artikel 1.5 van het AoH verplicht partijen om te goeder trouw te overleggen en zich naar beste vermogen in te spannen om de balans van het gehele pakket van maatregelen uit het AoH opnieuw te bezien wanneer structureel en materieel van dat basispad wordt afgeweken. Op het AoH is, blijkens artikel 7.2 AoH, Nederlands recht van toepassing en blijkens artikel 7.4 AoH worden geschillen door arbitrage berecht op basis van Nederlands recht. De afspraken uit het AoH zijn derhalve bindend. Zou de Minister geen nieuwe overeenkomst hebben gesloten, dan zou dat kunnen leiden tot het oordeel dat partijen zich niet naar beste vermogen hebben ingezet als bedoeld in artikel 1.5 AoH. Dat zou een schending van die overeenkomst zijn geweest, welke schending tot schadeplichtigheid van de Staat zou hebben kunnen leiden.

De Minister diende naar mijn mening het IA aan te gaan omdat sprake is van een structurele en materiele afwijking van het basispad. Het eerder gesloten AoH verplicht in dat geval tot nadere afspraken. Indien er overigens geen sprake zou zijn geweest van dat eerdere AoH, dan zou een vorm van schadevergoeding wegens niet-nakoming van eerdere overeenkomsten en de daarin voorziene voortgaande gaswinning nog bepaald niet ondenkbeeldig zijn geweest. Het AoH en het IA leiden tot beëindiging van de gaswinning voordat het Groningenveld feitelijk uitgeput is.

Ook indien de Minister geen overeenkomst was aangegaan, derhalve niet het AoH en ook niet de IA, kan een recht op compensatie derhalve bepaald niet worden uitgesloten. Dat lijkt mij in ieder geval te gelden indien en voor zover de veiligheid naar objectieve maatstaven niet noopt tot het versnelde bouwtraject naar een winningsniveau onder de 12 miljard Nm³. Het valt naar mijn mening bepaald niet uit te sluiten

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 4 van 20

dat die bestuurlijke keuze ook in dat geval had kunnen leiden tot een gehoudenheid tot schadevergoeding. Grondslag is dan het niet-nakomen van eerdere overeenkomsten, waarin geen afbouwtraject is opgenomen. Aan een dergelijke aansprakelijkheid hoeft dan niet af te doen, dat een winningsbesluit dat strekt tot een lagere winning dan 12 miljard Nm³ bij de Afdeling in stand blijft. Ook als zo'n besluit in stand blijft en zogeheten formele rechtskracht verkrijgt, kan desondanks sprake zijn van aansprakelijkheid wegens niet-nakoming van een overeenkomst. De aansprakelijkheid ziet dan op de niet-nakoming van de overeenkomst, door een besluit te nemen met een andere inhoud dan de inhoud die wél met de overeenkomst spoot.¹

Artikel 68 van de Grondwet bepaalt dat Ministers en Staatssecretarissen de passieve verplichting hebben om de Tweede en Eerste Kamer de verlangde inlichtingen te verschaffen voor zover dat niet in strijd met het belang van de Staat is. Naast deze passieve inlichtingenplicht, geldt een ongeschreven plicht om uit eigen beweging informatie te verschaffen. In een notitie uit 2002 heeft de regering het standpunt ingenomen dat deze plicht samenhangt met de vertrouwensregel die zonder informatieverschaffing niet kan functioneren.² In de literatuur wordt opgemerkt dat het de voorkeur verdient om de actieve informatieverplichting te baseren op de algemene grondwetsbepaling inzake de ministeriële verantwoordelijkheid van artikel 42 van de Grondwet.³ In elk geval is de vraag of het parlement door de Minister geïnformeerd had moeten worden voorafgaand aan het overeenkomen van het IA, in hoge mate politiek van aard.

3.3 Is er sprake van buitengewone omstandigheden die ervoor zorgen dat compensatie niet aan de orde is, bijvoorbeeld de schade die zou ontstaan bij onverminderd doorwinnen? Zou het accepteren van het risico op niet noodzakelijke schade bovendien in strijd zijn met de goede zeden, hetgeen maatschappelijk betamelijk is of anderszins onredelijk?

De compensatie is gerelateerd aan de wens om versneld tot afbouw van de gaswinning tot 12 miljard Nm³ en vervolgens versneld tot 0 te komen, met behoud van leveringszekerheid. Die leveringszekerheid is door de versnelde ombouw van Norg en de invoering van een winningsplicht voor de NAM geborgd, maar daarmee dus voor de NAM ook bindend. De tekst van het IA ziet het volumeverlies ten opzichte van het basispad als één van de waarde-elementen die bij de vaststelling van de hoogte van de uiteindelijke Vergoeding betrokken moeten worden (artikel 3.1 (b) IA). Het artikel maakt geen onderscheid in volumeverlies onder en boven de 12 miljard Nm³. Het is daarom niet vast te stellen of partijen (desondanks) toch beoogd hebben om een deel van het volumeverlies (en/of een deel van andere waarde-elementen) buiten beschouwing te laten omdat sprake zou kunnen zijn van andere omstandigheden die aan een bepaalde winning in de weg zouden staan.

Wellicht valt te beargumenteren dat de NAM in het licht van de dringende advisering van het SodM op

¹ Zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3057, AB 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen (Etam/Zoetermeer).

² Kamerstukken II 2001-2002, 28362, nr. 2.

³ Bovend'Eert, *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut, commentaar bij artikel 42.*

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 5 van 20

enig moment niet meer redelijkerwijs zou hebben mogen rekenen op een winning van meer dan 12 miljard Nm³. Enige zekerheid terzake van de juridische (on)mogelijkheid van een hoger winningsniveau zal waarschijnlijk niet meer verkregen worden, omdat het vaststellingsbesluit van de operationele strategie van 10 september 2019 op een winningsniveau van rond de 12 miljard Nm³ uitkomt. Wel is een vaste regel dat een overheidstoestemming niet vrijwaart tegen civielrechtelijke aansprakelijkheid (HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278). Zou de NAM een besluit hebben verkregen dat toch een hogere winning dan 12 miljard Nm³ zou toestaan (en dat besluit dan ook de strenge toets van de Afdeling bestuursrechtspraak zou hebben doorstaan), dan zou nog wel de vraag zijn of de NAM niet zelf als vergunninghouder zijn aansprakelijkheid zou moeten beperken door dat besluit niet ten volle te benutten.

In algemene zin kan naar mijn mening echter niet worden gesproken van buitengewone omstandigheden die ervoor zorgen dat compensatie niet aan de orde is. De omstandigheid dat schade ontstaat door bodembeweging in geval van onverminderd doorwinnen, lijkt mij niet een buitengewone omstandigheid. Het accepteren van het risico op niet noodzakelijke schade lijkt mij – hoezeer ik ook beseft dat die constatering cynisch zal overkomen – ook niet in strijd met de goede zeden, of strijd met hetgeen maatschappelijk betamelijk is of anderszins onredelijk. De wet voorziet immers in regelingen ten behoeve van schadevergoeding. Het enkele feit dat veel valt aan te merken op de uitvoering van die regelingen, maakt niet dat daarom voorbij moet worden gegaan aan de zakelijke afspraken die de Staat met Shell en Exxon hebben gemaakt in het AoH en het daaropvolgende IA.

3.4 Hoe oordeelt de (parlementair) advocaat over het recht op compensatie, in het licht van het feit dat de Raad van State meerdere keren het gaswinningsbesluit van de minister vernietigde omdat de veiligheid van Groningers onvoldoende was meegewogen / geborgd?

Partijen zijn in het IA een Vergoeding overeengekomen in verband met de wijziging van het basispad ten opzichte van het AoH en voor de gewijzigde inzet van Norg. De gewijzigde inzet van Norg valt buiten het bereik van de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Een vergoeding voor die gewijzigde inzet kan dus niet ter discussie worden gesteld met de jurisprudentie van de Afdeling. Dat kan wellicht wel voor de wijziging van het basispad. Voorop staat echter ook daar, dat partijen "een Vergoeding" zijn overeengekomen. Hoe die bepaald moet worden, is mij evenwel nog niet duidelijk.

Ten aanzien van het basispad kan ik mij voorstellen dat mede aandacht moet worden geschonken aan datgene wat Shell en Exxon nog redelijkerwijs hebben mogen verwachten na de laatste Afdelingsuitspraak van 3 juli 2019. Die uitspraak betrof het instemmingsbesluit van 14 november 2018 over het winningsplan voor het gasjaar 2018-2019. De Afdeling vernietigde dat besluit vanwege gebreken in de motivering. Deze motivering had echter geen betrekking op het feit dat het winningsniveau van 19,4 miljard Nm³ voor een gemiddeld jaar voor het gasjaar 2018-2019 te hoog is vastgesteld. Het winningsniveau houdt stand, omdat de Minister voor het gasjaar 2018-2019 heeft mogen aansluiten bij het voor de leveringszekerheid in dat jaar noodzakelijke winningsniveau. De motivering dat de Minister de gaswinning in Groningen zo snel als redelijkerwijs mogelijk afbouwt, houdt echter geen stand. Voor wat betreft de beperking van de gasvraag bij de industriële grootverbruikers, de export van gas en de beperking van de vraag uit de glastuinbouw had de Minister volgens de Afdeling onvoldoende inzichtelijk

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 6 van 20

gemaakt waarom de hoeveelheid gas die de komende jaren nodig is om aan de leveringszekerheid te kunnen voldoen, redelijkerwijs niet sneller kan worden afgebouwd. Bij een volgend besluit zal de Minister daarom opnieuw moeten beoordelen hoe snel de gaswinning naar 0 kan worden gebracht, aldus de Afdeling. Aan dit oordeel van de Afdeling ligt uitdrukkelijk niet ten grondslag dat de Minister voor een volgend besluit niet anders kan besluiten, dan (bijvoorbeeld) een niveau van 12 miljard Nm³ toe te staan. Aan het oordeel ligt wel ten grondslag, dat het Kabinet voorafgaand aan het besluit al had besloten om de gaswinning zo snel mogelijk naar 0 te brengen, maar de Minister zelf na het nemen van het instemmingsbesluit zijn standpunten over de mogelijkheden van een zo snel mogelijke afbouw heeft afgezwakt. Mede daarom voldoet de motivering van de Minister voor de periode na het gasjaar 2018-2019 niet. De Minister had onvoldoende duidelijk gemaakt waarom de gaswinning in Groningen niet sneller kan worden afgebouwd met extra aandacht en inspanningen ten opzichte van de industriële grootverbruikers, glastuinbouw en gasexport.

Het lijkt mij relevant, maar speculatief, welk lot het ongewijzigd volgen van het basispad uit het AoH in een volgende procedure bij de Afdeling zou hebben gehad. Indien dat basispad mede gebaseerd was op de door de Afdeling niet voldoende geachte motiveringen omtrent de vraag van industriële grootverbruikers, glastuinbouw en gasexport, dan is het de vraag in hoeverre Shell en Exxon dan nog op voortzetting van dat basispad hadden mogen vertrouwen. Dat kan bij de bepaling van de uiteindelijke Vergoeding mogelijk een rol spelen. Het IA biedt daarvoor geen aanknopingspunten, maar verzet zich daar evenmin tegen.

3.5 Is er überhaupt recht op schadevergoeding als de Raad van State, het Staatstoezicht op de Mijnen en de Minister oordelen dat de gaswinning verminderd moet worden omwille van de veiligheid van Groningers? Op welke titel zouden Shell en ExxonMobil recht hebben toch gas te winnen als de veiligheid van Groningers niet kan worden geborgd?

Er bestaat een recht op (een nog te bepalen) Vergoeding op grond van het AoH en het IA, omdat partijen daarin afspraken hebben gemaakt over een pad van afbouw (AoH) en dat pad vervolgens hebben versneld (IA). De afbouw van de winning van het door SodM geadviseerde niveau van 12 miljard Nm³ naar 0 is naar mijn indruk eerder een politieke keuze dan een keuze die noodzakelijkerwijs uit advisering van het SodM voortvloeide. De afbouw naar 0 komt ook in de Afdelingsuitspraak van 3 juli 2019 prangend naar voren, maar niet omdat de Afdeling die afbouw vanuit veiligheidsoverweging noodzakelijk acht, maar omdat de Afdeling constateert dat de Minister zo spoedig mogelijke afbouw naar 0 als zijn doelstelling had geformuleerd.

Met de door partijen gekozen afbouw hebben partijen eerdere afspraken gewijzigd. Ik ontleen aan artikel 21 van de oude Overeenkomst van Samenwerking uit 1963 tussen NAM, Shell, Exxon en EBN dat deze slechts eindigt zodra de aardgasvoorkomens binnen het gebied der Groningse concessie geheel zijn uitgeput. Deze overeenkomst bevat geen regeling voor aanspraken op winning van een bepaald of zo hoog mogelijk volume per jaar, maar wel op een voortduren van de winning tot aan uitputting. De oude overeenkomst voorziet niet in een regeling voor het geval winning rechtens niet meer of nog slechts beperkt mogelijk is. Tegelijkertijd lijkt het niet aannemelijk, dat partijen in 1963 hebben beoogd om ook

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 7 van 20

winning in strijd met gerechtelijke uitspraken mogelijk te maken. Indien derhalve op enig moment de bestuursrechter zou oordelen dat een bepaald niveau van winning te hoog zou zijn, dan zie ik geen recht van partijen op een daarmee strijdig hoger niveau van winning en dus ook niet op een vervangende Vergoeding.

3.6 Waar is het bedrag van EUR 90 miljoen op gebaseerd, en hoe wordt beoordeeld dat dit bedrag "voorlopig" is?

Het bedrag is een voorschot op de uiteindelijke Vergoeding voor de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans van het gehele pakket van afspraken zoals neergelegd in het AoH, zoals beschreven in artikel 3.1 van het IA. De uiteindelijke Vergoeding dient nog te worden vastgesteld. Uit de hoogte van het voorschot van 90 miljoen euro kan ik geen inzicht ontlenuen over de uiteindelijke hoogte van de Vergoeding. Blijkens artikel 2.5 van het IA onderkennen partijen dat nog nader onderzoek nodig is naar de elementen die als basis voor de Vergoeding dienen. Blijkbaar hadden partijen ten tijde van de ondertekening van het IA nog geen definitief beeld van de onderbouwing van de Vergoeding en dus te minder van de hoogte daarvan. Mochten zij dat wel hebben gehad, dan blijkt dat niet uit het IA.

3.7 Indien deze compensatie wordt aangevochten bij een rechter, hoe groot is de kans dat de rechter oordeelt dat deze compensatie 1) niet, 2) niet nu, 3) deels, nodig is?

Ik acht de kans op aanvechten bij de rechter zeer gering. Formeel is het antwoord dat partijen over de materie van het AoH en het IA arbitrage hebben afgesproken. Worden zij het niet eens, dan staat voor hen dus niet de gang naar de rechter open. Dan zal dus bij wege van arbitrage bepaald dienen te worden welke vergoeding partijen over en weer mochten verwachten op basis van het IA en wat die vergoeding dan dient te zijn. Gegeven het feit dat partijen het over belangrijke punten nog eens moeten worden, lijkt dat een lastige weg. Ik zie verder niet goed in hoeverre anderen met succes een gerechtelijke procedure tegen de door partijen onderling bepaalde compensatie zouden kunnen starten. Hun betoog zou slechts kunnen zijn dat het opvolgen van afspraken uit het AoH en het IA inzake compensatie jegens hen onrechtmatig zou zijn. Dat zie ik zo niet.

3.8 Ziet de (parlementair) advocaat anderszins gronden om af te kunnen zien van deze vorm van compensatie?

Nee, maar er is ruimte voor discussie over de hoogte van de uiteindelijke compensatie. De mogelijkheid van compensatie vindt zijn basis reeds in het AoH van 25 juni 2018, omdat daarin is afgesproken dat partijen in overleg treden wanneer de gaswinning structureel en materieel uitkomt onder het basispad dat aan het AoH ten grondslag is gelegd. Dat is het geval met de IA en daarom geeft de IA een contractuele basis voor compensatie. Tegelijkertijd schuift de IA de bepaling van de hoogte naar achteren, onder meer om partijen de gelegenheid te geven zich te buigen over de waarde-elementen die bij de bepaling van de hoogte van de Vergoeding meegenomen moeten worden. Het IA biedt weinig houvast voor de mate waarin die elementen moeten worden meegenomen en maakt bijvoorbeeld niet duidelijk of een volledige vergoeding of een gedeeltelijke vergoeding van waarde-elementen beoogd is.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 8 van 20

3.9 In hoeverre heeft de Staat of hebben bewoners recht op compensatie nu jarenlang onder technische leiding van Shell en ExxonMobil gas is gewonnen waardoor schade en gevaar is ontstaan?

Voor gedupeerden bestaan op dit moment twee mogelijkheden om hun schade vergoed te krijgen. Allereerst kunnen zij een dagvaardingsprocedure starten bij de civiele rechter. De grondslag van deze procedure is bijvoorbeeld de onrechtmatige daad als neergelegd in artikel 6:162 van het BW. Gedupeerden kunnen dan een partij of meerdere partijen aansprakelijk stellen en schadevergoeding vorderen voor de door hen geleden schade. De civiele rechter is bevoegd om over alle soorten schade te oordelen. Voor fysieke schade kan een beroep worden gedaan op het bewijsvermoeden als neergelegd in artikel 6:177a van het BW. Wanneer een procedure bij de civiele rechter wordt gestart, kan geen verzoek meer worden ingediend bij de hieronder te bespreken Tijdelijke Commissie Mijnbouwschade Groningen (TCMG).

Daarnaast kunnen gedupeerden een schadevergoedingsverzoek indienen bij de sinds 2018 operationeel zijnde TCMG, welke is opgericht bij het Besluit mijnbouwschade Groningen. Met de oprichting van de TCMG kunnen ook gedupeerden van de gasopslag in Norg te Drenthe een verzoek tot schadevergoeding indienen. Het indienen van een schadevergoedingsverzoek gaat digitaal via de website van de TCMG. De TCMG beslist vervolgens in naam van de Minister op de schadevergoedingsverzoeken. Inhoudelijk beslist de TCMG naar het civielrechtelijk aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en past zij het wettelijk bewijsvermoeden toe. Alleen voor fysieke schade als gevolg van de gaswinning of opslag en voor materiële gevolgschade hiervan kan de TCMG een vergoeding toekennen. De beslissing van de TCMG is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waartegen bezwaar en beroep openstaan. In de loop van 2020 zal het niet meer mogelijk zijn om een verzoek in te dienen bij de TCMG, maar zal het Instituut Mijnbouwschade Groningen (nader: IMG) in werking zijn getreden op grond van de Wet Instituut Mijnbouwschade en de TCMG hebben vervangen. Het IMG zal, net als de civiele rechter, bevoegd zijn om over alle soorten schade te oordelen en het wettelijk bewijsvermoeden toe te passen. Een besluit van het IMG is een besluit in de zin van de Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaan.

De Staat heeft via afspraken met de NAM sinds 1963 gasbaten en dus gelden in verband met de gaswinning ontvangen. De Staat heeft de gaswinning langs publiek- en privaatrechtelijke weg bevorderd. Daarnaast valt de Staat (mogelijk) onrechtmatig handelen jegens bewoners in verband met de gaswinning te verwijten, zo blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 19 juli 2019.

Beide punten lijken mij lastig te verenigen met gestelde aanspraken op de NAM in verband met eigen onrechtmatig handelen van de Staat zelf, gezien de opening die het arrest van de Hoge Raad van 19 juli 2019 daarvoor biedt.

4. De uitleg van overeenkomsten

Het IA is een commercieel contract tussen professionele partijen dat zij hebben gesloten in (gedeeltelijke) aanvulling en ter (gedeeltelijke) vervanging van het eerdere AoH. Daarom dient als uitgangspunt groot

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 9 van 20

gewicht te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende betekenis van de bewoordingen uit het IA, gelezen in het licht van de overige voor de uitleg relevante bepalingen van de beide overeenkomsten.

Er komt bij de uitleg van een commerciële overeenkomst groot gewicht toe aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen. Desalniettemin kunnen de overige omstandigheden van het geval meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht. Beslissend hierbij is mede in het licht van het arrest HR 5 april 2013, NJ 2013, 2014 (Lundiform/Mexx) en de daaropvolgende rechtspraak de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Mij ontbreken inzichten in onderliggende stukken die nader zicht zouden kunnen bieden op de zin die partijen mochten toekennen en wat zij – mede gezien onderhandelingen – van elkaar mochten verwachten. Als gezegd, beperk ik mijn analyse derhalve tot de tekst van de overeenkomsten en openbare stukken.

5. De context van de vraagstelling en tijdslijn 2018-2019

De materie van de afbouw van de gaswinning uit het Groningenveld is complex. De gaswinning kende reeds lang een samenloop van publiek- en privaatrechtelijke regulering. Juist in verband met de afbouw zijn zowel publiek- als privaatrechtelijke aspecten recent gewijzigd, met voor het privaatrecht het AoH en het IA en voor het publiekrecht een specifieke regeling in de Mijnbouwwet (nader: Mbw) voor het Groningenveld. Het AoH en het IA wijzigen de Overeenkomst van Samenwerking uit 1963 die destijds is gesloten tussen NAM, Shell, Exxon en EBN.

De wijzigingen komen voort uit voortschrijdend inzicht omtrent (in het bijzonder) de (snelheid van) afbouw, de (snelheid van de) realisatie van alternatieven en de kanteling van minimalisering van de winning naar behoud van een minimumniveau van productie gedurende een aantal jaren om de leveringszekerheid op orde te houden. Bij dat laatste lijkt de eerdere “automatische” veronderstelling dat de leveringszekerheid toch wel gegarandeerd is door (over)productie gewijzigd te zijn in een productieplicht ten behoeve van de leveringszekerheid, waardoor de NAM er niet (meer) voor kan kiezen om tot een vlotter afbouwtraject of eerdere staking van de productie te komen.

Meer concreet vallen twee zaken op: advisering van het Staatstoezicht op de Mijnen (nader: SodM) dat de gaswinning – kort samengevat – om dringende veiligheidseisen niet boven de 12 miljard Nm³ per jaar zou moeten uitkomen voor een periode tot en met 2022 en los daarvan de keuze om de gaswinning ook onder die hoeveelheid zo snel mogelijk tot nul te brengen.

Ik constateer dat op een tijdslijn 2018-2019 in ieder geval een aantal tijdstippen relevant zijn en wijs op onderstaande tijdsbalk. Het valt op dat het IA kort na belangrijke jurisprudentie tot stand is gekomen en bovendien op een moment dat uit doorrekeningen (alsnog) bleek dat het door SodM geadviseerde niveau van 12 miljard Nm³ al spoedig haalbaar was. Ik werk die lijn in het onderstaande uit.

DATUM 12 december 2019
 ONS KENMERK OO/GV
 PAGINA 10 van 20

Advies SodM 12 Nm ³	Basispad Minister	AoH	GTS 15,9 Nm ³	Versneld door aard- beving 3,4 Wester Witwerd	GTS 11,8 Nm ³ Voorlopig doorreke- nen incl. Norg.	ABRvS	Hoge Raad	GTS 11,8 Nm ³ Incl. Norg.	Interim Akkoord
1-2-18	29-3-18	25-6-18	31-1-19	22-5-19	11-6-19	3-7-19	19-7-19	25-7-19	9-9-19

6. Uitwerking van de tijdslijn 2018-2019

Ik werk een aantal onderdelen van de tijdslijn thans uit, en voeg daaraan nog enige andere ontwikkelingen uit de jaren 2018-2019 toe. De tijdslijn toont dat het AoH en het IA geenszins op zichzelf staan, maar in nauw verband moeten worden gezien met advisering door het SodM en lopende publiekrechtelijke ontwikkelingen. In het bijzonder het IA kan naar mijn mening niet goed begrepen worden zonder die ontwikkelingen. Ik noem daarbij ook de kort voor sluiting van het IA gewezen uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 3 juli 2019 en het arrest van de Hoge Raad van 19 juli 2019.

Naar aanleiding van de aardbeving bij Zeerijp op 8 januari 2018 met een kracht van 3,4 op de Schaal van Richter bracht het SodM op 1 februari 2018 het advies uit om de totale productie uit het Groningse gasveld voor de periode 2018-2022 te beperken tot maximaal 12 miljard Nm³ per jaar, de clusters bij Loppersum per direct te sluiten, de fluctuaties in de productie uit het Bierum-cluster te beperken tot in beginsel 20% en de regionale fluctuaties te beperken tot circa 50% om zo de kans op nieuwe aardbevingen te verkleinen. De groundbewegingen bij de Zeerijpse aardbeving waren heviger dan bij de aardbeving in Huizinge in 2012, waardoor het maatschappelijk debat over de Groningse gaswinning werd geïntensiveerd. Bij de verlaging tot maximaal 12 miljard Nm³ per jaar merkt het SodM op dat de gaswinning in de toekomst waarschijnlijk nog verder zal moeten worden afgebouwd omdat de seismiciteit in de Groningse bodem weer toe zal gaan nemen. De lange termijn ontwikkelingen op dit punt noemt het SodM echter omgeven door onzekerheden, maar het SodM verwacht dat het maatschappelijk effect van de gaswinning zwaarder zal gaan wegen bij toekomstige besluiten over de gaswinning.⁴

De advisering van het SodM is gebaseerd op de norm voor de veiligheid van personen, zoals weergegeven in de brief van de Minister van 3 november 2015.⁵ De veiligheidsnorm voor de risico's ten gevolge van geïnduceerde aardbevingen is vastgesteld conform een eerder advies van de Commissie Meijdam. Die norm schrijft de maximaal aanvaardbare kans voor dat iemand bij een aardbeving komt te overlijden door instorting van een gebouw, of afbrokkeling van onderdelen daarvan, zoals de schoorsteen. De commissie Meijdam heeft hiervoor de norm 10-5 per jaar geadviseerd. Zeer kort

⁴ Staatstoezicht op de Mijnen, Advies Groningen-gasveld n.a.v. aardbeving Zeerijp van 8 januari 2018, februari 2018, p. 4-5 en 52.

⁵ Kamerstukken II 2015-16, 33529, nr. 205.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 11 van 20

samengevat, wordt die norm volgens het SodM overschreden bij een winning van meer dan 12 miljard Nm³.

Op 29 maart 2018 kondigde de Minister van Economische Zaken en Klimaat (nader: de Minister) aan dat de Groningse gaswinning op een zo kort mogelijke termijn volledig zal worden beëindigd.⁶ Met het doel om de gaswinning volledig te beëindigen, gaat men verder dan waar het advies van het SodM toe noopt. De Minister erkent dat het een lastige afweging was tussen de veiligheid en de leveringszekerheid. De Minister verwacht dat onder meer de bouw van een extra stikstofinstallatie en de ombouw van industriële grootverbruikers ervoor zal zorgen dat het winningsniveau op zijn laatst vanaf oktober 2022 onder de 12 miljard Nm³ per jaar uitkomt. De uitfasering van het Groningse gas wordt voorzien per 2030, inclusief eventuele koude jaren. De Minister concludeert dat het winningsplan 2016 van de NAM, waar voor 15 november 2018 een nieuwe instemmingsbesluit over moet worden genomen, onvoldoende aanknopingspunten biedt om met dit winningsplan in te kunnen stemmen nu dit niet aanstuurt op een voortdurende afname van de gaswinning. De NAM kreeg daarom de opdracht een gewijzigd winningsplan 2016 op te stellen. De Minister spreekt tot slot van een keerpunt in het veiligheidsperspectief in de regio Groningen.⁷

Ik constateer dat de Minister met deze aankondiging tot een snellere totale afbouw van de gaswinning (naar 0) wilde komen, dan noodzakelijkerwijs voortvloeide uit het advies van het SodM, waarin een beperking van de winning tot 12 miljard Nm³ per jaar dringend werd geadviseerd.

In het AoH van 25 juni 2018 maken de Staat, Shell en Exxon afspraken over de afbouw van de Groningse gaswinning voor de gasjaren vanaf het jaar 2019/2020. De volledige beëindiging van de gaswinning uit het Groningenveld is voorzien per 2028-2035. Het AoH is gebaseerd op een basispad voor de gaswinning met een jaarlijkse afname. Indien structureel en materieel van het basispad wordt afgeweken en/of geen rechtmatige gaswinning uit het Groningenveld mogelijk is, zullen partijen op grond van artikel 1.5 aanhef en onder b en d AoH te goeder trouw overleg plegen en het gehele pakket van afspraken opnieuw bezien. Artikel 3.3 AoH benadrukt dat voor de NAM geen rol is weggelegd bij de vaststelling van het winningsniveau en de voorwaarden waaronder de gaswinning plaatsvindt. Shell en Exxon dienen erop toe te zien dat de NAM onder meer in staat zal zijn haar bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Onder de *opschortende voorwaarden* dat de overeenkomsten zoals bedoeld in artikel 6.3 AoH worden ondertekend, doen NAM, Shell en Exxon afstand van eventuele vorderingen op de Staat in verband met de gasreserves in het Groningenveld die niet gewonnen kunnen worden.⁸ Artikel 3.2 van het AoH geeft verder een regeling voor het geval het winningsniveau onder de 12 miljard Nm³ per jaar uitkomt. Partijen dienen dan – kort samengevat – nader in overleg te treden en een evaluatie te doen.

Ik constateer dat partijen op 25 juni 2018 op twee punten afwijken van de advisering van SodM: zij komen pas in het gasjaar 21/22 onder de 12 miljard Nm³ die het SodM dringend adviseerde voor de periode van

⁶ Kamerstukken II 2017-2018, 33529, nr. 457.

⁷ Kamerstukken II 2017-2018, 33529, nr. 457.

⁸ Ik heb niet kunnen nagaan of de in de vorige alinea gecursiveerde opschortende voorwaarden zijn vervuld, maar neem aan van wel.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 12 van 20

2018-2022 en dus min of meer met onmiddellijke ingang, maar gaan er vervolgens, in mijn optiek zonder dat daarvoor een dwingende aanleiding uit de advisering van de SodM kan worden afgeleid, van uit dat de gaswinning lager kan worden dan 12 miljard Nm³. Als opgemerkt, dienen partijen dan met elkaar in overleg te treden.

De wet van 17 oktober 2018, die deels op 19 december 2018, deels op 1 januari 2019 en deels op 1 oktober 2019 in werking trad, heeft betrekking op de minimalisering van de gaswinning van het Groningenveld. Het voegt hoofdstuk 4A toe aan de Mbw, met daarin specifieke regels ten aanzien van het Groningse gasveld. Om de gaswinning in Groningen zo spoedig en veilig mogelijk af te bouwen, geldt een winningsplicht voor het Groningenveld. De winning van het Groningse gas kan enkel plaatsvinden op basis van een operationele strategie. De eerdere verplichting tot het indienen van een winningsplan komt daarmee voor het Groningenveld te vervallen. De houder van de winningsvergunning voor het Groningenveld dient in plaats daarvan met inachtneming van de raming en gelet op het belang van het minimalisieren van de inzet van het Groningenveld en de verwachte bodembeweging een operationele strategie op te stellen, waarbij de optimale inzet van gasopslag Norg en risicoanalyses ten aanzien van de verwachte bodembewegingen en de dientengevolge risico's voor omwonenden, gebouwen of infrastructurele werken ter onderbouwing worden verstrekt.⁹ De Minister stelt de operationele strategie vervolgens vast, waarbij het veiligheidsbelang en het maatschappelijk belang dat verbonden is aan het niet kunnen voorzien van eindafnemers van de benodigde hoeveelheid laagcalorisch gas wordt betrokken.¹⁰ Hierbij wordt in het bijzonder aandacht geschonken aan onder meer de borging van de leveringszekerheid en maatschappelijke ontwrichting als gevolg van bodembeweging en als gevolg van het afsluiten van verschillende categorieën eindafnemers. De Minister kan de operationele strategie wijzigen indien dat gerechtvaardigd wordt door het veiligheidsbelang of het maatschappelijk belang dat verbonden is aan het niet kunnen voorzien van eindafnemers in hun behoefte aan laagcalorisch gas. Bij deze voornoemde bevoegdheden en overwegingen van de Minister motiveert hij op navolgbare wijze hoe daarbij belang is toegekend aan de veiligheidsrisico's die de Groningse gaswinning met zich brengt.

Op 22 mei 2019 vond een aardbeving met een kracht van 3,4 op de Schaal van Richter plaats bij Westerwijtwerd, waarna de Minister aangaf door te blijven zoeken naar mogelijkheden om het winningsniveau in Groningen nog sneller te laten dalen.¹¹ Op 17 juni 2019 informeerde de Minister de Tweede Kamer dat de gaswinning wellicht nog sneller kan worden afgebouwd.¹² De Tweede Kamer sprak zich over een snellere afbouw reeds positief uit door het aannemen van de motie van Kamerlid Yeşilgöz-Zegerius.¹³ Aan de hand van de bijgestelde raming van Gasunie Transport Services B.V. (nader: GTS) werd voor het gasjaar 2019-2020 de maximale productie vastgesteld op 11,8 miljard Nm³ per jaar, waarmee het door het SodM geadviseerde winningsniveau dus al veel eerder wordt bereikt. Daarmee wordt tegelijkertijd tegemoetgekomen aan de wens van de Tweede Kamer blijkens de eerdergenoemde

⁹ Artikel 52c Mbw.

¹⁰ Artikel 52d Mbw.

¹¹ Kamerstukken II 2018-2019, 33529, nr. 660.

¹² Kamerstukken II 2018-2019, 33529, nr. 666.

¹³ Kamerstukken II 2018-2019, 33529, nr. 626.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 13 van 20

motie van Kamerlid Yeşilgöz-Zegerius. Per 2022 kan de productie uit het Groningse gasveld nihil zijn.¹⁴

Op 28 mei 2019 wees het SodM na de aardbeving Westervliet wederom op de voor het SodM belangrijke 12 miljard Nm³: "Ik heb u vorig jaar op 1 februari geadviseerd de gasproductie uit het Groningengasveld zo snel mogelijk naar 12 miljard 4 Nm³ te brengen. GTS adviseert u vanuit het oogpunt van leveringszekerheid de gaswinning voor gasjaar 2019/2020 op 15,9 miljard Nm³ te brengen (uitgaande van een gemiddeld temperatuurverloop). GTS benoemt in haar brief van 31 januari 2019 eveneens een aantal opties om de afbouw verder te versnellen. Vanuit het oogpunt van veiligheid in Groningen adviseer ik u in het gasjaar 2019/2020 niet meer dan 12 miljard Nm³ uit het Groningengasveld te winnen (uitgaande van een gemiddeld temperatuurverloop)."

Op 17 juni 2019 heeft de Minister een ontwerpbesluit genomen tot vaststelling van de operationele strategie voor het Groninger gasveld, waarop op 10 september 2019 een definitieve versie volgde. De operationele strategie is de speciale besluitvormingsprocedure voor het Groningenveld. Op grond van het nieuwe artikel 52c Mbw zendt de Minister de raming van de gasnetwerkbeheerder aan de houder van de winningsvergunning door, waarna de houder op verzoek van de Minister, met inachtneming van de raming en het belang van het minimaliseren van de inzet van het Groningenveld en het minimaliseren van de verwachte bodembeweging, een operationele strategie vaststelt. Het derde en vierde lid bepaalt wat de operationele strategie in ieder geval dient te bevatten en met welke gegevens zij onderbouwd dient te worden. Na toezending van het voorstel voor de operationele strategie is het de Minister die op grond van artikel 52d Mbw een vaststellingsbesluit neemt.

Bij het vaststellingsbesluit dient de Minister op grond van artikel 52d, tweede lid, Mbw onder andere het veiligheidsbelang en het maatschappelijk belang dat verbonden is aan het niet kunnen voorzien van eindafnemers van de benodigde hoeveelheid laagcalorisch gas te betrekken bij zijn afweging. Dit besluit wordt met toepassing van afdeling 3.4 Awb voorbereid en eenieder kan zijn zienswijzen inbrengen. Tegen het uiteindelijke vaststellingsbesluit staat beroep bij de Afdeling open.¹⁵ De winning door de houder van de winningsvergunning dient vervolgens op grond van artikel 52f Mbw overeenkomstig de vastgestelde operationele strategie te geschieden.

In de operationele strategie worden de te winnen volumes van de verschillende clusters van het Groningse gasveld bepaald. Het te winnen volume is het resultaat van een afweging tussen hoofdzakelijk de leveringszekerheid zoals die vastgesteld is op basis van de raming als bedoeld in artikel 10a, eerste lid, onderdeel q van de Gaswet en anderzijds het veiligheidsbelang van omwonenden.

Voor het winningsniveau is aangesloten bij de benodigde Groningencapaciteit van 11,8 Nm³ zoals door GTS berekend in haar adviezen van 11 juni 2019 en 25 juli 2019. Dat ligt derhalve onder het meermaals door het SodM genoemde niveau van 12 miljard Nm³.

¹⁴ Kamerstukken II 2018-2019, 33529, nr. 678.

¹⁵ Tegen het vaststellingsbesluit van 10 september 2019 zijn twaalf beroepschriften ingediend bij de Afdeling, zaaknummer 201907399/1.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 14 van 20

Bij uitspraak van 3 juli 2019 oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over het winningsplan voor het gasjaar 2018-2019. De Afdeling vernietigt dat plan vanwege gebreken in de motivering.¹⁶ Deze gebreken hebben echter geen betrekking op het feit dat het winningsniveau van 19,4 miljard Nm³ voor het gasjaar 2018-2019 te hoog is vastgesteld. Het winningsniveau voor dat jaar houdt stand, omdat de Minister voor dat gasjaar 2018-2019 heeft mogen aansluiten bij het voor de leveringszekerheid in dat jaar noodzakelijke winningsniveau. De motivering dat de Minister de gaswinning in Groningen zo snel als redelijkerwijs mogelijk afbouwt, houdt echter geen stand. Voor wat betreft de beperking van de gasvraag bij de industriële grootverbruikers, de export van gas en de glastuinbouw heeft de Minister onvoldoende inzichtelijk gemaakt waarom de hoeveelheid gas die de komende jaren nodig is om aan de leveringszekerheid te kunnen voldoen, redelijkerwijs niet sneller kan worden afgebouwd. Bij een volgend besluit zal de Minister daarom opnieuw moeten beoordelen hoe snel de gaswinning naar 0 kan worden gebracht.

De Afdeling spreekt zich niet uit over een bepaald maximum en evenmin over de noodzaak van verdere afbouw tot onder de 12 miljard Nm³ per jaar. De Afdeling constateert dat de Minister de gaswinning zo spoedig mogelijk naar 0 wenst brengen en herinnert hem eraan, dat hij dan ook dienovereenkomstig dient te motiveren. Behoudens andersluidende uitspraak van de Afdeling op de ingediende beroepen tegen het winningsbesluit van 10 september 2019, komt het mij voorshands voor dat de Minister die motivering in dat besluit gegeven heeft.

Bij arrest van 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 oordeelt de Hoge Raad – zeer kort samengevat en te midden van vele andere oordelen – dat de Staat mogelijkerwijs naast de exploitanten mede aansprakelijk kan zijn voor aardbevingsschade, omdat de Staat maatregelen had moeten treffen om het ontstaan van schade als gevolg van de gaswinning te voorkomen. Die kwestie heeft volgens de Hoge Raad deels een feitelijk karakter en de beoordeling daarvan zal na een debat daarover tussen partijen, met inbegrip van eventuele bewijsverrichtingen, door de feitenrechter moeten worden gegeven. De Hoge Raad sluit (mede)aansprakelijkheid van de Staat niet uit.

Het IA, tenslotte, dateert van 9 september 2019. Ik bespreek de kernartikelen hieronder.

7. Het IA van 9 september 2019

Zoals te doen gebruikelijk, bevat het IA overwegingen en daadwerkelijke afspraken. De overwegingen bieden het kader voor de afspraken en geven aldus zicht op de bedoelingen van partijen.

Overweging (iii) luidt:

De Minister heeft in de Kamerbrief van 17 juni 2019 en het bijbehorende ontwerp-Vaststellingsbesluit aangegeven, mede naar aanleiding van het advies van Staatstoezicht op de

¹⁶ Zie ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2217; zie r.o. 57.2, 58.2, 59.2 en 60.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 15 van 20

Mijnen, alles in het werk te stellen om in het gasjaar 2019/2020 (lopende van 1 oktober 2019 tot 1 oktober 2020) (het "2019/2020 Gasjaar") de gaswinning uit het Groningenveld te beperken tot 12 miljard Nm³ (in een qua temperatuur gemiddeld jaar).

Overweging (iv) luidt:

Op 15 juli 2019 hebben Partijen schriftelijk verklaard dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 1.5 sub (b) AoH (de "Verklaring"). In de Verklaring hebben Partijen geconstateerd dat de gaswinning in het 2019/2020 Gasjaar en de gasjaren daarna, structureel en materieel zal uitkomen onder het Basispad. Om die reden zijn Partijen met elkaar in overleg getreden om binnen 3 maanden tot een onderling akkoord te komen.

Overweging (vi) luidt:

In opdracht van de Staat is de afgelopen periode uitvoerig onderzoek gedaan naar verschillende additionele maatregelen om de beëindiging van de gaswinning uit het Groningenveld te bespoedigen en om voor het 2019/2020 Gasjaar tot een winningsniveau uit het Groningenveld van 12 miljard Nm³ te komen met inachtneming van de leveringszekerheid. Voorts is vastgesteld dat indien op een andere wijze gebruik wordt gemaakt van Norg, dit winningsniveau in het 2019/2020 Gasjaar kan worden gerealiseerd en de beëindiging van de gaswinning uit het Groningenveld kan worden bespoedigd. Partijen dienen gelet hierop op korte termijn afspraken te maken waardoor een aantal maatregelen getroffen kan worden ten aanzien van Norg (de "Interim Maatregelen").

De afspraken behelzen vervolgens maatregelen om op een andere wijze gebruik te maken van de gasopslag Norg, een tijdschema en afspraken om nadere afspraken te maken in een Addendum op het AoH. Daaruit valt de benaming "Interim Akkoord" wellicht te verklaren; het gaat om een stuk dat vooruitloopt op een aanpassing van het AoH. Dat doet overigens niet af aan de binding van het IA. Dat is gewoon een overeenkomst, die bindend is voor partijen en die onderhevig is aan de mogelijkheid van arbitrage op basis van de regelen des rechts.

Een belangrijke plaats in het IA wordt ingenomen door een aantal financiële bepalingen. Ik citeer deze.

Artikel 2.4:

Voor de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans van het gehele pakket van afspraken zoals neergelegd in het AoH en beschreven in artikel 3.1, zal de Staat een vergoeding betalen (de "Vergoeding").

Artikel 2.5:

Partijen erkennen dat nog nader onderzoek nodig is naar de elementen als bedoeld in 3.1 b) om

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 16 van 20

de Vergoeding vast te kunnen stellen. Vooruitlopend hierop zal de Staat als voorschot op de Vergoeding voor het 2019/2020 Gasjaar netto EUR 90 miljoen voor NAM (het "Voorschot") voldoen na ondertekening van dit Interim Akkoord. Partijen zullen nadere afspraken maken over de wijze waarop dit bedrag gebruteerd wordt en wel zodanig dat uiteindelijk voor NAM het overeengekomen bedrag van EUR 90 miljoen netto resteert. Dit Voorschot zal worden betaald, nadat Partijen ervoor hebben zorggedragen dat de werkwijze zoals bedoeld in artikel 2.3 is geïmplementeerd, doch uiterlijk 20 december 2019. Het Voorschot zal in mindering worden gebracht op de Vergoeding op het moment dat in het Addendum overeenstemming is bereikt over de Vergoeding, dan wel dat deze in rechte is komen vast te staan.

Artikel 3.1:

3.1 Partijen leggen hierbij de volgende uitgangspunten vast voor het Addendum:

a) De afspraken uit het AoH vormen het uitgangspunt voor het Addendum. Echter, met inachtneming van artikel 1.5 van het AoH zullen de bepalingen van het AoH waar nodig geactualiseerd of aangepast worden middels het Addendum.

b) Om de Vergoeding voor de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans van het gehele pakket aan afspraken zoals neergelegd in het AoH vast te stellen, zullen onder meer maar niet uitsluitend de volgende waarde-elementen worden betrokken: het volumeverlies ten opzichte van het Basispad, de gevolgen van het capaciteitsafbouwplan voor het Groningenveld inclusief de rol en positie van Norg, Alkmaar en Grijskerk, de ontwikkelingen van de kosten, waaronder de aardbevingskosten en operationele kosten, de uitwerking van NAM op afstand, het eerder sluiten van het Groningenveld, een evaluatie van de door Shell en ExxonMobil verstrekte garanties en de solvabiliteitsratio van NAM alsmede het Voorschot. Partijen erkennen dat het niet mogelijk zal zijn voor 31 maart 2020 volledige duidelijkheid te krijgen over alle relevante waarde-elementen. Desalniettemin streven Partijen ernaar vóór 31 maart 2020 de Vergoeding vast te stellen.

c) Het is de intentie van Partijen om Norg ook na het 2019/2020 Gasjaar in te zetten op de wijze zoals uiteengezet in artikel 2. Partijen zullen hierover afspraken maken.

Artikel 3.2:

3.2 Een eerste concept van het Addendum zal door of namens de Staat worden opgesteld.

8. Analyse van de financiële afspraken van het IA

8.1 De financiële afspraken zijn bindend

De financiële afspraken van het IA vormen onderdeel van de overeenkomst IA. Dit is een wijziging van de eerdere overeenkomst AoH. Deze wijziging is bindend voor partijen en is onderhevig aan de mogelijkheid

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 17 van 20

tot arbitrage op basis van de regelen des rechts. Zulks neemt niet weg, dat de bepalingen vrij veel ruimte laten voor interpretatie. Duidelijk is in ieder geval dat het gaat om de twee onderwerpen die partijen hebben genoemd: de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans in het gehele pakket van afspraken ten opzichte van het AoH. In zoverre zijn de onderwerpen dus duidelijk, al biedt "het herstel van de balans" in mijn beleving al ruimte voor discussie. Een balans kan vast met uiteenlopende bedragen hersteld worden, afhankelijk van het gewicht dat men aan verschillende posten op de balans toekent.

8.2 De financiële afspraken vloeien voort uit het AoH

De financiële afspraken van het IA vloeien voort uit het AoH en sporen daar ook mee. Blijkens artikel 1.5 AoH zullen partijen te goeder trouw overleg plegen en zich naar beste vermogen inspannen om de balans van het gehele pakket van afspraken zoals neergelegd in dit Akkoord opnieuw te bezien (b) indien structureel en materieel wordt afgeweken van het basispad van het kabinet zoals omschreven in artikel 3.2 AoH. Dat is hier het geval. Voorts bepaalt artikel 3.2 AoH onder meer dat partijen te goeder trouw zullen bespreken hoe aan de samenwerking invulling wordt gegeven voor een verantwoorde verdere afbouw van de productie van Groningen gas en de daarvoor benodigde capaciteit, wanneer de gaswinning uit het Groningenveld lager wordt dan 12 miljard Nm³ per jaar. Het IA kent een dusdanig versnelde afbouw naar 0, zodat partijen in mijn optiek ook op basis van artikel 3.2 AoH gehouden waren tot nader overleg. De afspraken uit het IA zijn daarvan het resultaat; de rechtsgrond voor het IA is dan ook het eerdere AoH.

8.3 De grondslag voor de bepaling van de vergoeding is niet duidelijk

Vervolgens is in het IA sprake van "een" Vergoeding. Ondanks de privaatrechtelijke context van deze Vergoeding in het IA, blijkt niet of sprake is van een volledige schadeloosstelling of van gedeeltelijke compensatie. Volledige schadevergoeding dient er – kort gezegd - toe om een partij in de situatie te brengen alsof geen sprake is geweest van een tekortkoming. Gedeeltelijke compensatie laat een deel van de schade bij de benadeelde.

Zo blijkt bijvoorbeeld niet of partijen hebben beoogd om tot een regeling te komen die in de lijn ligt van de schadevergoeding uit het Burgerlijk Wetboek. Artikel 6:95 BW behelst in dat verband dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden betaald, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft. Blijkens artikel 6:96 BW omvat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst. Volgens artikel 6:101 BW wordt de schadevergoedingsplicht verminderd wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Zouden partijen aan de schadevergoedingsregelingen van het BW gedacht hebben, dan zou bij dit laatste mede aandacht besteed kunnen worden aan de omstandigheid dat partijen voorafgaand aan de sluiting van het IA eigenlijk al hadden kunnen weten dat een winning boven de 12 miljard Nm³ per jaar in het licht van de advisering door het SodM en de uitspraak van de Afdeling van 3 juli 2019 op basis van de geconstateerde gevaren vermoedelijk niet meer haalbaar zou zijn.

Partijen hebben beoogd een eerdere overeenkomst te wijzigen. Indien een overheid een overeenkomst geheel of gedeeltelijk niet wenst na te komen, is relevant het arrest van de Hoge Raad van 23 juni 1989,

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 18 van 20

ECLI:NL:HR:1989:AD0834. Een vordering tot nakoming van de eerdere overeenkomst moet worden afgewezen, zodat de wederpartij genoeg moet nemen met schadevergoeding, op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Dit zal in het bijzonder kunnen worden aangenomen, wanneer voor deze uitkomst in het licht van die omstandigheden – waaronder ook nieuwe, niet in de overeenkomst verdisconteerde inzichten die tot een beleidswijziging nopen, kunnen zijn begrepen – voldoende rechtvaardiging bestaat. Daarbij zal onder meer moeten worden gelet op de aard van de overeenkomst, de aard van de overheidstaak op de uitoefening waarvan het overheidslichaam zich beroept, en, wanneer het om een beleidswijziging gaat, op de aard en het gewicht van de maatschappelijke belangen die met die beleidswijziging zijn gediend. Het arrest legt derhalve de schade van wijzigingen van overeenkomsten bij de overheid. Het arrest laat zich echter niet uit over de vraag, wat rechtens zou zijn wanneer het *niet* wijzigen van de eerdere overeenkomst op onoverkomelijke belemmeringen in de uitvoering zou stuiten. Ik denk dan (wederom) aan de omstandigheid dat partijen voorafgaand aan de sluiting van het IA al hebben moeten weten dat een winning boven de 12 miljard Nm³ per jaar in het licht van de advisering door het SodM en de uitspraak van de Afdeling van 3 juli 2019 op basis van de geconstateerde gevaren eigenlijk al niet meer haalbaar zou zijn. Gesteld kan worden dat in dat geval een vergoeding voor misgelopen gasbaten doordat sneller dan aanvankelijk beoogd al per 2019/2020 niet meer dan 12 miljard Nm³ mag worden gewonnen, niet voor de hand ligt. Had men de gaswinning niet verder teruggeschroefd dan tot 12 miljard Nm³ en het voor het overige gehouden bij de eerder in het AO al overeengekomen pad van afbouw conform het basispad, dan zou er wat mij betreft minder aanleiding zijn geweest voor een vergoeding voor het “herstel van de balans”.

Wat van dit laatste ook zij, het IA geeft niet aan of partijen hebben willen aansluiten bij het genoemde arrest van de Hoge Raad. Wel zou ik het mij nog kunnen voorstellen, dat de versnelde afbouw ook onder de 12 miljard Nm³ eerder als een door de overheid ingezette beleidswijziging wordt gezien, ook al heeft de NAM (en dus Shell en Exxon) daarmee ingestemd door zich niet te verzetten tegen het besluit van 10 september 2019. Het lijkt erop dat het versnelde afbouwtraject onder de 12 miljard Nm³ – hoe begrijpelijk ook – in ieder geval niet dwingend voortvloeide uit de door het SodM gegeven veiligheidsadviezen.

Denkbaar kan verder zijn dat partijen op enigerlei wijze hebben willen aansluiten bij de regulering van eigendomsrechten en eventuele schadevergoeding op basis van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. Ook daarvoor biedt het IA echter geen aanwijzingen. Hoe dan ook, in dat verband is relevant een arrest van de Hoge Raad over de vraag of de Staat gehouden was tot toekenning van nadeelcompensatie aan nertsenhouders (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888). De Hoge Raad oordeelt van niet. De regulering van de bestaande eigendomsrechten van de nertsenhouders is toegestaan, omdat een fair balance is getroffen tussen de bescherming van het eigendomsrecht van de nertsenhouders en het algemeen belang dat door de wet wordt gediend. Deze fair balance is aanwezig door de ruime overgangperiode en door de ‘flankerende maatregelen’ bestaande uit (i) de regels bij AMvB over een tegemoetkoming in de kosten van sloop of ombouw van gebouwen waarin beroepsmatig nertsen worden gehouden en door het verbod hun functie verliezen, (ii) een wijziging van de regeling rond de herinvesteringsreserve (resultaat: boekwinst kan belastingvrij worden herinvesteed door stoppende

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 19 van 20

pelshouders) en (iii) een hardheidsclausule voor de pensioenvoorziening van oudere nertsenhouders. In het arrest worden de speciale investeringen die de pelshouders moesten doen genoemd, maar de overgangperiode is in het verlengde daarvan ook bedoeld als compensatie van schade. Ik zie in de mee te nemen posten van artikel 3.1 IA echter niet het waarde-element van nog niet terugverdiende investeringen genoemd, maar constateer tegelijkertijd dat de opsomming van het artikel niet limitatief is.

Denkbaar kan – ten slotte – zijn dat partijen een andere vergoedingsmaatstaf voor “Norg” hebben beoogd, dan voor “het herstel van de balans”. Zie ik het goed, dan is “Norg” nodig voor een versnelde afbouw naar 12 miljard Nm³. Als eerder opgemerkt, lijkt die afbouw in het licht van de advisering van SodM en de Afdelingsuitspraak van 3 juli 2019 onvermijdelijk, ook voor de NAM. De NAM had dus – anders geformuleerd – wellicht toch al niet meer mogen rekenen op een volume groter dan 12 miljard Nm³, omdat een groter volume niet meer door de bestuursrechter aanvaard zou worden.

Het behoud van de leveringszekerheid was tot dusverre voor de NAM echter geen onvermijdelijkheid, omdat het AoH de NAM niet verplichtte tot prestaties ten behoeve van de leveringszekerheid. Zo bezien, zou wellicht betoogd kunnen worden dat kosten voor versnelde inzet van Norg in ieder geval vergoed zouden moeten worden. Het IA spreekt echter – als gezegd – ook hier niet over volledige schadevergoeding.

8.4 Verschillende waarde elementen, verschillende benaderingen?

Blijkens artikel 3.1 onder b IA dienen voor de bepaling van de Vergoeding de volgende waarde-elementen betrokken te worden: het volumeverlies ten opzichte van het basispad, de gevolgen van het capaciteitsafbouwplan voor het Groningenveld inclusief de rol en positie van Norg, Alkmaar en Grijskerk, de ontwikkelingen van de kosten, waaronder de aardbevingskosten en operationele kosten, de uitwerking van NAM op afstand, het eerder sluiten van het Groningenveld, een evaluatie van de door Shell en Exxon verstrekte garanties en de solvabiliteitsratio van NAM alsmede het Voorschot.

Het IA geeft niet aan, op welke wijze de genoemde waarde-elementen betrokken dienen te worden, en dus ook niet of alle waarde-elementen op dezelfde wijze (met dezelfde maatstaf) dienen te worden beoordeeld. Onduidelijk is voor mij ook, of alle genoemde elementen op de één of de andere wijze opgeteld moeten worden, of dat ook is bezien of waarde-elementen tot een besparing kunnen leiden. Zo zouden “de ontwikkelingen van de kosten, waaronder de aardbevingskosten en operationele kosten” door de versnelde vermindering lager kunnen uitvallen.

8.5 Eerst een bedrag vaststellen en dan waarde-elementen vaststellen

Het slot van artikel 3.1 onder b IA maakt duidelijk dat partijen ernaar streven om vóór 31 maart 2020 de Vergoeding vast te stellen, terwijl zij tegelijkertijd erkennen dat het niet mogelijk is om voor die datum volledige duidelijkheid te krijgen over alle waarde-elementen. Het gaat dus om een bedrag dat bij benadering rekening houdt met de diverse waarde-elementen. Dat wekt de indruk, dat partijen voortvarend op zoek zijn naar een vorm van schikking, zonder langdurige discussies in hoeverre afzonderlijke elementen geheel, gedeeltelijk of geheel niet, door de Staat vergoed zouden moeten worden.

DATUM 12 december 2019
ONS KENMERK OO/GV
PAGINA 20 van 20

8.6 Betekenis Voorschot

Blijkens artikel 2.4 IA betaalt de Staat voor de gewijzigde inzet van Norg en het herstel van de balans aan de NAM een voorschot van netto 90 miljoen Euro. Het IA maakt niet duidelijk waaraan het voorschot gerelateerd wordt en welke berekeningsmaatstaf aan het voorschot ten grondslag is gelegd.

8.7 Conclusie financiële afspraken van het IA

De financiële afspraken van het IA maken deel uit van een overeenkomst naar Nederlands recht die onderworpen is aan arbitrage. De afspraken zijn derhalve bindend. Het IA kent een duidelijke basis in het eerdere AoH. Dat verplichtte partijen tot inspanningen om nader te overleggen bij een structurele en materiële afwijking van het basispad dat aan het AoH ten grondslag lag. Dat laat vervolgens onverlet, dat de tekst van het IA veel ruimte laat voor interpretatie van het begrip "Vergoeding" en de bepaling van de hoogte daarvan. In ieder geval is duidelijk dat de Vergoeding betrekking heeft op een gewijzigde inzet van "Norg" en het herstel van de balans uit het AoH. Onduidelijk is echter de grondslag voor de Vergoeding. Daarom is onduidelijk of partijen een volledige schadeloosstelling of (gedeeltelijke) compensatie hebben beoogd. Vervolgens is onduidelijk of voor "Norg" eenzelfde benadering moet gelden als voor de afbouw. Duidelijk is evenmin of binnen die afbouw dezelfde benadering moet worden gekozen voor de wijziging ten opzichte van het basispad boven de 12 miljard Nm³ en de wijziging door de versnelde afbouw daaronder. Evenmin is duidelijk welke rol aan de diverse waarde-elementen moet worden toegekend. Duidelijkheid kan niet ontleend worden aan het overeengekomen voorschot, omdat het IA geen onderbouwing voor dat voorschot kent. Duidelijk is hooguit, dat partijen snel tot een definitieve regeling willen komen, zelfs wanneer de waarde-elementen dan nog niet uitgekristalliseerd zijn.

Ik hoop u op deze wijze naar behoren te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,

Prof. mr. G.A. van der Veen

Met medewerking van mr. E. Dans, mr. E. Sillevius Smitt, mr. L.R. Kortland en Y.M.C. Plus
AKD