

Goedkeuring van het voornemen tot opzegging van het op 17 december 1994 te Lissabon tot stand gekomen Verdrag inzake het Energiehandvest (Trb. 1995, 108)

TOELICHTENDE NOTA

1. Inleiding

Op 17 december 1994 kwam te Lissabon tot stand het Verdrag inzake het Energiehandvest (hierna: het Verdrag) (Trb. 1995, 108). Dit Verdrag, dat een multilateraal kader voor energiesamenwerking biedt, is op 16 april 1998 in werking getreden. Het Verdrag heeft ruim 50 verdragspartijen¹ waaronder de Europese Unie, EURATOM en 26 EU-lidstaten.

Het Verdrag werd op 15 mei 1996 bij Rijkswet goedgekeurd voor Nederland en de Nederlandse Antillen (Stb. 1996, 282). Het Verdrag werd voor Nederland aanvaard op 16 december 1997. De Nederlandse Antillen hebben in 2004 aangegeven geen medegelding te wensen. Thans geldt het Verdrag voor het Europese deel van Nederland.

Het Verdrag is op 24 april 1998 gewijzigd ten aanzien van de bepalingen op het gebied van handel (Trb. 2010, 149). De wijzigingen behoeften destijds niet de goedkeuring van de Staten-Generaal, omdat zij een gebied (handel) bestrijken voor de regeling waarvan de Europese Unie (hierna: de EU) bij uitsluiting bevoegd is (zie blz. 71 van Trb. 2010, 149).

Op basis van de in *sectie 2* gegeven toelichting wordt er parlementaire goedkeuring gevraagd met betrekking tot het voornemen om het Verdrag op te zeggen. Het voornemen tot opzegging van het Verdrag wordt stilzwijgend ter goedkeuring voorgelegd gezien de uitgebreide parlementaire voorgeschiedenis. De reden daartoe is dat de Tweede Kamer in het najaar van 2022 zowel mondeling als schriftelijk reeds uitgebreid geïnformeerd is over: 1) het onderhandelingsresultaat van medio 2022 met betrekking tot de moderniseringswijziging van het Verdrag; en 2) het voornemen om het Verdrag – middels stilzwijgende procedure - op te zeggen, omdat het onderhandelingsresultaat niet voldoende in lijn is met de Nederlandse inzet in het kader van klimaat en investeringsbescherming.² Tevens heeft de Tweede Kamer de motie Teunissen c.s. aangenomen waarin Nederland wordt opgeroepen om zich aan te sluiten bij de oproep van Spanje tot gecoördineerde uittreding uit het ECT (hierna: motie van 22 juni).³ Met de opzegging van het Verdrag wordt aan deze motie van de Tweede Kamer uitvoering gegeven.

¹ Zie de partijenlijst in de Verdragenbank, Verdrag inzake Energiehandvest, nr. 005900.

² Kamerbrief van 2 november 2022 inzake de appreciatie van de moderniseringsvoorstellen voor het Verdrag inzake het Energiehandvest (Kamerstuk 21 501-33); Kamerbrief van 2 december 2022 over Raadsbesluiten EU positie tijdens de Ministeriële Conferentie van het Energiehandvestverdrag (Kamerstuk 21501-33-999); Antwoord van 15 november 2022 op vragen van het lid Van Raan over het Energy Charter Verdrag (Kamerstuk 2022Z18272); Verslag van een schriftelijk overleg over de appreciatie van de moderniseringsvoorstellen voor het Verdrag inzake het Energiehandvest (vastgesteld op 24 november 2022; Kamerstuk 21 501-33, nr.981).

³ Motie van het lid Teunissen c.s. over aansluiten bij de oproep van Spanje om in EU-verband uit het Energy Charter Treaty te stappen (Kamerstukken II 2021/2022, 21 501-33, nr. 940).

Op 17 december 1994 is, tegelijk met het Verdrag, het Protocol bij het Energiehandvest betreffende energie-efficiëntie en daarmee verband houdende milieuaspecten (Trb. 1995, 108, blz. 182) tot stand gekomen. Dit Protocol geeft de beleidsprincipes voor bevordering van energie-efficiëntie (zie blz. 20 in de memorie van toelichting bij de parlementaire goedkeuring; Kamerstukken II 1995 – 1996, 24 545). Ingevolge artikel 20 van dat Protocol zal een partij die het Verdrag opzegt, tevens geacht worden het Protocol te hebben opgezegd. Dat betekent dat met de opzegging van het Verdrag automatisch het Protocol wordt beëindigd voor Nederland.

2. Toelichting bij het voornemen tot opzegging

Het voornemen van de regering om het Verdrag op te zeggen heeft betrekking op het Verdrag zoals dat op dit moment geldt. Bij de totstandkoming van dit voornemen heeft echter ook het moderniseringsproces van het Verdrag een rol gespeeld. Hieronder wordt eerst toegelicht waarom het kabinet van mening is dat Nederland niet langer partij kan blijven bij het Verdrag in zijn huidige vorm. Vervolgens wordt ingegaan op het moderniseringsproces en hoe dit van invloed is geweest op de besluitvorming.

Het huidige ECT Verdrag

Het Verdrag voorziet in samenwerking op terreinen inzake energiezekerheid en -voorziening. Het bevat bepalingen over het aantrekken en beschermen van investeringen in energieprojecten, vrije doorvoer van energie, de promotie van energie-efficiëntie en geschillenbeslechting. Op grond van het Verdrag moeten de verdragspartijen energie doorvoeren op basis van non-discriminatie waarbij geen onderscheid naar oorsprong, bestemming of eigendom van energiegrondstoffen en energieproducten mag worden gemaakt. Tevens dient energie doorgevoerd te worden zonder onredelijke vertragingen, beperkingen of heffingen. Investeringen in energieprojecten van investeerders van een verdragspartij op het grondgebied van een andere verdragspartij worden onder het Verdrag beschermd tegen onredelijke en discriminatoire behandeling en onrechtmatige onteigening. Bij vermeende schending door staten van de investeringsbeschermingsbepalingen uit het Verdrag bestaat de mogelijkheid voor investeerders om het geschil aanhangig te maken bij een internationaal arbitragetribunaal, ad hoc investeerder-staatarbitrage (Investor State Dispute Settlement, ISDS).

Het huidige Verdrag is verouderd en voldoet niet aan de mondiale, Europese en Nederlandse energie- en klimaatdoelstellingen zoals gedefinieerd in de Overeenkomst van Parijs (Trb. 2016, 94), de Europese Klimaatwet, de Europese Green Deal (waaronder het Fit for 55-pakket) en het REPowerEU-plan. Deze doelstellingen richten zich onder andere op het realiseren van 55% broeikasgasreductie in 2030 ten opzichte van 1990, klimaatneutraliteit in 2050, het vergroten van het aandeel hernieuwbare energie naar 42,5% in 2030 en het vergroten van energiezekerheid van de EU. Daarnaast is het Verdrag niet in lijn met de Europese en Nederlandse inzet ten aanzien van investeringsbescherming. Zo zijn de investeringsbeschermingsbepalingen in het huidige Verdrag, zoals de bepalingen over voorwaarden voor onteigening en eerlijke en billijke behandeling, verouderd. De formulering van deze standaarden is daardoor onduidelijk wat leidt tot rechtsonzekerheid. Ten slotte wordt het Verdrag nog

steeds gebruikt als basis voor intra-EU arbitrage, terwijl dit in strijd is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Naast het feit dat het kabinet bezwaren ziet, ziet het kabinet weinig toegevoegde waarde van het Verdrag voor Nederland. De context waarin het Verdrag in de jaren '90 is uit onderhandeld is inmiddels sterk veranderd. De leveringszekerheid van energie wordt op andere manieren geregeld, veelal door middel van directe contracten tussen energiemaatschappijen en overheden. Ook de vrije doorvoer van energie is op andere manieren gewaarborgd. De investeringen op het gebied van energie kunnen worden ondervangen door bilaterale investeringsverdragen.

Modernisering van het ECT Verdrag

In 2019 besloot de ECT⁴-Ministeriële Conferentie te beginnen met onderhandelingen om het Verdrag te moderniseren. In juli 2019 hebben de Raad van de Europese Unie en de 26 EU-lidstaten ingestemd met een mandaat waarmee de Europese Commissie namens de EU en de betreffende lidstaten mag onderhandelen over de modernisering van het Verdrag. Op 24 juni 2022 zijn de onderhandelingen voltooid en is een onderhandelingsakkoord bereikt. Hoewel het kabinet erkent dat het onderhandelingsresultaat ten aanzien van modernisering een grote stap vooruit is ten aanzien van het huidige Verdrag, is het behaalde resultaat voor Nederland onvoldoende ambitieus om partij te willen blijven bij het Verdrag.

Ten eerste, creëert de gemoderniseerde tekst geen nieuwe duurzaamheidsverplichtingen terwijl dit wel de EU inzet was. Het gemoderniseerde Verdrag herbevestigt enkel bestaande duurzaamheidsverplichtingen, en blijft daarmee achter bij bepalingen in andere verdragen, zoals de Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada en de Europese Unie (CETA).

Ten tweede, worden in dit gemoderniseerde sectorspecifieke verdrag nog steeds investeringen in de fossiele sector beschermd. Hoewel er een stap in de goede richting is gezet door een flexibiliteitsmechanisme in te voeren waardoor verdragspartijen er voor kunnen kiezen investeringen in fossiele energie uit te sluiten van investeringsbescherming onder het Verdrag op hun grondgebied, heeft tot op heden enkel de EU toegezegd om investeringen in fossiele brandstof op haar grondgebied uit te sluiten van de bescherming van het Verdrag. Het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland hebben aangegeven dit voor een beperkt aantal aan fossiele brandstof gerelateerde economische activiteiten te gaan doen. Dat betekent dat investeringen in fossiele brandstoffen in andere verdragspartijen ook onder het gemoderniseerde Verdrag verder beschermd kunnen blijven. Daarmee is het doel van het EU-voorstel niet volledig bereikt, aangezien het ECT ook in de toekomst een sectoraal energieverdrag blijft dat samenwerking en investeringen in fossiele brandstoffen niet volledig uitsluit.

Om deze redenen is het kabinet van mening dat het behaalde resultaat onvoldoende recht doet aan de duurzaamheidsdoelstellingen en voor Nederland onvoldoende in lijn is met de Nederlandse en Europese doelen die voortvloeien uit het klimaatakkoord van Parijs. Daarmee levert het gemoderniseerde verdrag dus niet voldoende bijdrage aan de mondiale energietransitie en het behalen van

⁴ Energy Charter Treaty.

de energie- en klimaatdoelen waaronder de beperking van de mondiale temperatuurstijging onder 2°C en het streven de opwarming te beperken tot 1,5 graad.

Het kabinet koos – in lijn met een meerderheid in de Tweede Kamer - om op dat punt een duidelijk politiek signaal af te geven dat Nederland niet verder aangesloten wil blijven bij een Verdrag dat deze doelstellingen niet ondersteunt.

Ten derde betreurt het kabinet dat nergens in het gemoderniseerde Verdrag expliciete referenties zijn opgenomen naar de lopende multilaterale hervormingen over ISDS. Voor Nederland is het zorgelijk dat de gemoderniseerde tekst een toekomstig Multilateral Investment Court, waar Nederland en de EU op inzetten, niet noemt. Het is daardoor niet zeker of het ISDS mechanisme onder het Verdrag in de toekomst op bevredigende wijze hervormd kan worden.

Vanwege het grote belang dat het kabinet hecht aan het behalen van de Nederlandse en Europese klimaatdoelen en de modernisering van het geschillenbeslechtsmechanisme onder investeringsverdragen, alsmede de politieke en maatschappelijke zorgen die hierover zijn ontstaan, komt het kabinet tot de conclusie dat modernisering zoals voorgelegd in het onderhandelingsakkoord van 24 juni 2022 onvoldoende is.

Naast bovengenoemde argumenten hecht het kabinet grote waarde aan de kritiek en zorgen die de Tweede Kamer heeft geuit over het Verdrag en de modernisering van het Verdrag. Gedurende de moderniseringsonderhandelingen en daarna heeft de Tweede Kamer een groot aantal kritische vragen gesteld over het Verdrag en de resultaten van de modernisering. Uit bijvoorbeeld het schriftelijk overleg van Raad voor Vervoer, Telecommunicatie en Energie blijkt dat de Kamer de modernisering onvoldoende vond.⁵ Daarnaast verzoekt de Nader gewijzigde motie Teunissen c.s. van 8 november 2022 (hierna: motie van 8 november) het kabinet om in de Europese vergadering over de standpuntbepaling ten aanzien van het Verdrag tegen goedkeuring van het nieuwe verdrag door de EU te stemmen of zich te onthouden van stemming, en bij andere lidstaten actief te pleiten voor eveneens een tegenstem of onthouding van stemming.⁶ Dit is een duidelijk signaal van de Tweede Kamer dat zij de modernisering niet wenst te steunen.

Om bovengenoemde redenen heeft Nederland – samen met Spanje, Duitsland en Frankrijk - niet kunnen instemmen met het voormalige voorstel van de Europese Commissie voor twee Raadsbesluiten omtrent de positie van de Europese Unie en Euratom met daarin een positieve grondhouding ten aanzien van het moderniseringsresultaat. Als gevolg hiervan heeft de EU geen positie kunnen innemen ten aanzien van de stemming over het moderniseringsresultaat op 22 november in de ECT-Ministeriële Conferentie en heeft de stemming tijdens de ECT Conferentie niet plaatsgevonden. Dit betekent dat de verdragspartijen op dit moment nog steeds gebonden zijn aan het huidige, niet gemoderniseerde,

⁵ Verslag van een schriftelijk overleg over de appreciatie van de moderniseringsvoorstellen voor het Verdrag inzake het Energiehandvest (Energy Charter Treaty) (Kamerstuk 21501-33-981)

⁶ Nader gewijzigde motie van het lid Teunissen c.s. over de Europese vergadering over de standpunt bepaling ten aanzien van het ECT over goedkeuring van het nieuwe verdrag (Kamerstukken II 2022/2023, 36 200 XVII, nr. 45).

Verdrag. Nederland deelt de inschatting van de Europese Commissie dat het scenario dat de EU alsnog zal kunnen instemmen met de eventuele modernisering en vervolgens partij kan worden bij het gemoderniseerde Verdrag, niet realistisch is.⁷

Opzegging van het ECT Verdrag door Nederland

Vanwege bovengenoemde redenen is het kabinet van mening dat Nederland geen partij kan blijven bij het huidige Verdrag en ook geen partij zou moeten worden bij het gemoderniseerde Verdrag. Om gehoor te geven aan de motie van 22 juni heeft het kabinet in navolging van Spanje en Polen, op 18 oktober 2022 aan de Kamer toegezegd het Verdrag te zullen opzeggen en zet Nederland - in samenwerking met o.a. Spanje - in EU-verband in op gecoördineerde opzegging.⁸

Hoewel het kabinet vanaf het moment van de bekendmaking van het voornemen tot opzegging inzet op gecoördineerde opzegging in EU verband, is EU-besluitvorming op dit onderwerp niet afgewacht voordat het nationale opzeggingsproces in gang is gezet. Reden hiervoor is dat het kabinet het Verdrag vanwege eerder genoemde redenen zo snel mogelijk op wil zeggen. Hiermee wordt ook voldaan aan de politieke wens om het Verdrag zo snel mogelijk op te zeggen. Omdat de EU als gevolg van de EU-besluitvorming geen positie ten aanzien van de modernisering kan innemen, 'blokkeert' de EU op dit moment de modernisering van het Verdrag voor andere verdragspartijen, aangezien de moderniseringswijzigingen bij een ECT-Conferentie dienen te worden aangenomen door de verdragspartijen op basis van unanimiteit van de aanwezige verdragspartijen.⁹ Ondanks dat het moderniseringsresultaat voor het kabinet niet voldoende was, is het gemoderniseerde Verdrag wel een verbetering ten opzichte van het huidige Verdrag. Het is dus noodzakelijk dat landen die verdragspartij willen blijven bij het Verdrag, gebonden worden aan het gemoderniseerde Verdrag. Om deze reden dienen de verdragspartijen die de modernisering niet kunnen steunen, het Verdrag zo snel mogelijk op te zeggen.

EU-krachtenveld

Italië, Frankrijk, Duitsland, Polen en Luxemburg hebben het Verdrag inmiddels opgezegd¹⁰, en Denemarken, Ierland, Slovenië en Spanje hebben bekend gemaakt dit te gaan doen. Daarnaast heeft de Europese Commissie op 7 juli 2023 haar voorstellen tot Raadsbesluiten waarin een positieve grondhouding werd aangenomen ten aanzien van de modernisering ingetrokken en twee nieuwe voorstellen tot Raadsbesluiten opgesteld waarin zij voorstelt dat de EU en Euratom het Verdrag opzeggen. Daarbij heeft zij verduidelijkt dat met de opzegging van het Verdrag door de EU en Euratom, ook van de lidstaten verwacht zou worden dat zij het Verdrag opzeggen. Het kabinet heeft begrip

⁷ Proposal for a Council Decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty (COM(2023) 447 final); Recommendation for a Council Decision on the approval of the withdrawal of the European Atomic Energy Community from the Energy Charter Treaty (COM(2023) 446 final)

⁸ Verslag een Commissiedebat Energieraad vastgesteld op 3 november 2022 (Kammerstuk 21 501-33)

⁹ Dit besluit is alleen geldig wanneer het wordt gesteund door een gewone meerderheid van de Verdragsluitende Partijen. Zie artikel 36, zesde lid, van het ECT.

¹⁰ Voor Italië is het verdrag op 01-01-2016 buiten werking getreden. Voor Frankrijk zal het verdrag op 08-12-2023 buiten werking treden, voor Duitsland op 20-12-2023, voor Polen op 29-12-2023, en voor Luxemburg op 17-06-2024.

voor deze wens van de Commissie, nu de EU voor het overgrote deel van de onderwerpen die in het Verdrag zijn geregeld, exclusief bevoegd is.

Momenteel is onduidelijk hoe de besluitvorming op EU-niveau verder zal verlopen. Hoe dan ook heeft de Commissie met haar voorstellen voor Raadsbesluiten tot opzegging door de EU en Euratom ondubbelzinnig aangegeven dat haar inzet opzegging is. Het is echter niet mogelijk om op dit moment duidelijkheid te verschaffen over de termijn waarbinnen, of de manier waarop dit zal gebeuren. Een aanzienlijk deel van de EU-lidstaten heeft te kennen gegeven zelfstandig partij te willen blijven bij het Verdrag. Het is daarom onzeker of, en hoe lang dit het besluitvormingsproces zal vertragen, en of er alsnog een manier gezocht zal worden waarop de wens van deze lidstaten om partij te blijven, zal worden gefaciliteerd. In het licht van de hierboven toegelichte wens om het Verdrag zo snel mogelijk op te zeggen, is het kabinet voornemens om het Verdrag op dit moment op te zeggen als zelfstandige Verdragspartij.

Gevolgen opzegging Verdrag door Nederland

Een opzegging van het Verdrag door Nederland zal betekenen dat de 'onvoorwaardelijke instemming' van Nederland als verdragspartij met het onderwerpen van een geschil aan een arbitrageprocedure (ISDS) als bedoeld in artikel 26, derde lid, onder a, van het Verdrag komt te vervallen vanaf het moment dat deze opzegging van kracht wordt.

Nederland is na opzegging voor wat betreft bestaande investeringen via de sunset-clausule van artikel 47, derde lid, van het Verdrag nog 20 jaar lang volledig gebonden aan de bepalingen die zien op investeringsbescherming en ISDS.

Indien parlementaire goedkeuring is verkregen voor de opzegging van het Verdrag door Nederland, zal het Verdrag moeten worden opgezegd door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de depositaris. De opzegging wordt op zijn vroegst een jaar later van kracht. Bij opzegging zal voor Nederland het gemoderniseerde Verdrag niet gaan gelden.

In het onwaarschijnlijke geval dat de EU toch verdragspartij blijft bij het Verdrag, zal het kabinet de Europese Commissie vragen om duidelijkheid over hoe om te gaan met de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en Nederland.

3. Koninkrijkspositie

Het Verdrag geldt uitsluitend voor het Europese deel van Nederland. Het voornemen tot het opzeggen van het Verdrag heeft dan ook betrekking op dit deel van het Koninkrijk.

De Minister voor Klimaat en Energie,

De Minister van Buitenlandse Zaken,

De Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking,