

Vergaderjaar 2022–2023

21 501-33

Raad voor Vervoer, Telecommunicatie en Energie

Nr. 977

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR KLIMAAT EN ENERGIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 november 2022

In deze brief geef ik mede namens de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking een appreciatie van de moderniseringsvoorstellen voor het Verdrag inzake het Energiehandvest (*Energy Charter Treaty*, hierna: ECT), zoals toegezegd in het Commissiedebat Energieraad van 22 juni jl. (Kamerstuk 21 501-33, nr. 945), tijdens het debat over de klimaattop in Sharm-el-Sheikh op 13 oktober jl. (Handelingen II 2022/23, nr. 12, debat over klimaatop in Sharm el Sheikh) en tijdens het Commissiedebat Energieraad van 18 oktober jl. (Kamerstuk 21 501-33, nr. 976) Zoals toegezegd stuur ik u deze appreciatie in aanloop naar de ECT ministeriële conferentie op 22 november a.s. (hierna: Conferentie), waar over de moderniseringsvoorstellen wordt besloten. Deze appreciatie vormt tevens de onderbouwing voor de aangekondigde uittreding uit het ECT. Voor de goede orde teken ik daarbij aan dat op basis van de ECT verdragstekst Nederland ook na opzegging nog twintig jaar gebonden zal blijven aan de huidige ECT verdragstekst. Ook ga ik, zoals toegezegd in het Commissiedebat van 18 oktober jl. naar aanleiding van de vragen van leden Thijssen (PvdA), Kröger (GroenLinks), Van Raan (PvdD), Dassen (Volt) en Boucke (D66) in op de verschillende uittredingsopties, voortvloeiend uit het gemengde karakter van het ECT, en de gevolgen daarvan voor de positie die het kabinet inneemt ten aanzien van de moderniseringsvoorstellen.

Achtergrond en verloop moderniseringsonderhandelingen ECT

Het huidige ECT dateert van 1994 en is sindsdien niet gemoderniseerd. Het verdrag voorziet in samenwerking op alle terreinen die belangrijk zijn voor energiezekerheid en -voorziening. Bij het ECT zijn partijen aangesloten die belangrijk zijn voor de energievoorziening in de EU. Het verdrag bevat bepalingen over het aantrekken en beschermen van investeringen in energieprojecten, vrije doorvoer van energie, de promotie van energie-efficiëntie en geschillenbeslechting. Bij vermeende schending door staten van de investeringsbeschermingsbepalingen uit het ECT bestaat de mogelijkheid voor investeerders om arbitrageprocedures tegen

hen (hierna: ISDS-procedures¹) te starten. Tegen Nederland lopen op dit moment twee ISDS-procedures onder het ECT.²

In juli 2019 hebben de Raad en de 26 lidstaten van de Europese Unie (hierna: EU) die partij zijn bij het ECT ingestemd met een mandaat waarmee de Europese Commissie namens de EU en de betreffende lidstaten heeft onderhandeld over modernisering van het ECT. Het onderhandelingsmandaat³ geeft onder andere aan dat het gemoderniseerde ECT moet bijdragen aan het behalen van de doelstellingen van het klimaatakkoord van Parijs, ruimte moet laten aan overheden voor het nemen van duurzaamheidsmaatregelen en de investeringsbeschermingsstandaarden moet herzien en verduidelijken.

In mei 2020 heeft de EU haar tekstvoorstellen⁴ voor de verbetering van het ECT voorgelegd aan de partijen bij het ECT, gevolgd door de eerste onderhandelingsronde voor modernisering in juli 2020. Tijdens de onderhandelingen heeft de EU onder meer een voorstel gedaan voor het uitsluiten van bescherming van investeringen in fossiele brandstoffen. Uw Kamer is gedurende de onderhandelingen geïnformeerd over de voortgang van de onderhandelingen. Net als Nederland beoordelen ook enkele andere EU-lidstaten het uiteindelijke onderhandelingsresultaat als onvoldoende, en hebben reeds aangekondigd uit het ECT te zullen stappen.

Appreciatie onderhandelingsresultaat

De uiteindelijke beoordeling van het kabinet is dat, hoewel de moderniserings-voorstellen een verbetering zijn ten opzichte van de huidige ECT verdragstekst, het behaalde resultaat voor Nederland onvoldoende ambitieus is. Voor de volledige appreciatie van het gemoderniseerde ECT wordt verwezen naar Bijlage I bij deze brief, maar hieronder wordt kort benoemd welke punten doorslaggevend zijn geweest voor het voornemen van het kabinet om het verdrag op te zeggen.

Het kabinet is 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. Zo creëert de gemoderniseerde tekst geen nieuwe duurzaamheidsverplichtingen terwijl dit wel de EU inzet was. Het gemoderniseerde ECT 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). Ook is het zo dat in dit sectorspecifieke verdrag, investeringen in de fossiele sector onder het gemoderniseerde ECT nog steeds worden beschermd. Er is een stap gezet in de goede richting door een flexibiliteitsmechanisme in te voeren, waardoor verdragspartijen er voor kunnen kiezen investeringen in fossiele energie uit te sluiten van investeringsbescherming onder het ECT op hun grondgebied. Vooralsnog hebben de EU, en onder specifieke voorwaarden het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland ervoor gekozen van dit mechanisme gebruik te maken.

Daarnaast is het onderhandelingsresultaat op het punt van de geschillenbeslechting volgens het kabinet ontoereikend. Het is niet gelukt om expliciete referenties in het ECT op te nemen over de lopende multila-

¹ ISDS staat voor Investor-State Dispute Settlement.

² Zie o.a. Kamerstukken 32 813 en 35 167, nr. 681.

³ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>.

⁴ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf.

terale hervormingen over ISDS. Voor Nederland is het zeer 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 ECT in de toekomst op bevredigende wijze hervormd kan worden. Ook de geschillenbeslechting ten aanzien van de duurzaamheidsbepalingen wijkt af van recente akkoorden die door de EU zijn gesloten en zijn onvoldoende ambitieus.

Vanwege het grote belang dat het kabinet hecht aan het behalen van de Nederlandse en Europese klimaatdoelen en de modernisering van het geschillenbeslechtingsmechanisme, alsmede de politieke en maatschappelijke zorgen die hierover zijn ontstaan, komt het kabinet tot de conclusie dat het wil inzetten op uittreding uit het ECT in EU-verband. Daaruit volgt ook dat het kabinet uittreding uit het ECT door Nederland in gang zal zetten – te effectueren na goedkeuring door de Staten-Generaal.

Besluitvormingsproces ten aanzien van het gemoderniseerde ECT

Het kabinet is derhalve voornemens het ECT op te zeggen. Daarnaast zal Nederland binnen EU verband – in lijn met de motie van het Kamerlid Teunissen van 22 juni⁵ – zich inzetten voor een gecoördineerde opzegging van het ECT door de EU. Met het besluit om uit het ECT te treden is Nederland in het gezelschap van enkele andere EU lidstaten, zoals Polen, Frankrijk en Spanje. Italië trad al eerder uit. Ook enkele andere EU lidstaten staan kritisch tegenover het uiteindelijke moderniseringsvoorstel en zijn nog bezig met de interne besluitvorming over eventuele opzegging.

Vervolgens is de vraag hoe NL zich binnen het ECT en binnen de EU zal positioneren ten aanzien van de modernisering van het ECT. Het is de intentie van het kabinet om de modernisering van het ECT voor de andere ECT verdragspartijen niet te blokkeren. Daar vloeit uit voort dat het opzeggingsproces gestart zal worden na de Conferentie aanstaande november. Als gevolg van het voornemen om het ECT op te zeggen zal het kabinet de ratificatieprocedure van de gemoderniseerde ECT verdragstekst niet starten en de wijzigingen van het ECT niet ter goedkeuring aan de Staten-Generaal voorleggen.

Hieronder worden deze keuzes en de bijbehorende overwegingen toegelicht, na een algemene toelichting op het proces voor vaststelling van de modernisering.

Proces modernisering van het ECT

Op 24 juni jl. is er een onderhandelaarsakkoord bereikt over de modernisering van het ECT tussen alle 53 verdragspartijen bij het ECT. De tekst wordt momenteel vertaald in alle verdragstalen en er vindt een juridische controle plaats. De tekst is desgevraagd en op vertrouwelijkheidsbasis in te zien voor leden van de Tweede Kamer.

De besluitvorming over het aannemen van het gemoderniseerde ECT vindt plaats tijdens de Conferentie op 22 november a.s. in Mongolië. Om de moderniseringswijzigingen aan te nemen is unanieme steun nodig van alle aanwezige en hun stem uitbrengende verdragspartijen. Aanvullende voorwaarde daarbij is dat een gewone meerderheid van de verdragspartijen aanwezig is en de wijzigingen steunt. Indien aan deze laatste voorwaarde is voldaan, wordt de modernisering in de praktijk aange-

⁵ Motie van het lid Teunissen C.S., TJ, Kamerstuk 21 501-33, nr. 940.

nomen als er geen bezwaar wordt gemaakt door de aanwezige verdragspartijen.

Als de moderniseringswijzigingen niet worden aangenomen, blijven alle verdragspartijen gebonden aan het huidige ECT. Als de moderniseringswijzigingen wel worden aangenomen, is de volgende stap voor de verdragspartijen die zich hieraan willen binden dat zij de wijzigingen van het verdrag ratificeren. Hiervoor worden nationale goedkeuringsprocedures doorlopen. Omdat het ECT een gemengd verdrag is, zal dit op nationaal en op EU-niveau gebeuren, zoals hieronder nader wordt toegelicht.

Indien de moderniseringsvoorstellen op 22 november worden aangenomen, wordt vanaf 15 augustus 2023 het gemoderniseerde verdrag voorlopig toegepast tussen de verdragspartijen die tegen de voorlopige toepassing geen bezwaar hebben gemaakt. Voorlopige toepassing kan worden ingezet om een verdrag of een deel daarvan al toe te passen in afwachting van de inwerkingtreding van een verdrag. Dit betekent dat van verdragspartijen wordt verwacht dat zij, ook al voordat de wijzigingen van het verdrag in werking zijn getreden, het gemoderniseerde verdrag reeds ten uitvoer brengen. Verdragspartijen die het verdrag niet voorlopig willen of kunnen toepassen, kunnen uiterlijk 23 februari 2023 bezwaar maken. Voor hen zal het huidige ECT blijven gelden en zij zullen de bepalingen van het gemoderniseerde verdrag pas moeten gaan toepassen wanneer de wijzigingen van het verdrag voor hen in werking treden. Als een verdragspartij niet van plan is de wijzigingen te ratificeren en dit kenbaar maakt door opzegging van het bestaande verdrag, komt daarmee de basis aan het voorlopig toepassen van het gewijzigde verdrag te vervallen.

Besluit tot uittreding in relatie tot de modernisering van het ECT

Niettegenstaande de (voorgenomen) uittreding van een aantal EU lidstaten, lijkt het grootste deel van de ECT verdragspartijen op dit moment partij bij het ECT te willen blijven. Ook binnen de EU geldt dat er vooralsnog niet voldoende steun is voor opzegging van het verdrag door de EU. Om te komen tot uittreding door de EU is als eerste stap een voorstel van de Europese Commissie vereist. Vervolgens moet hiervoor voldoende steun zijn binnen de Raad. De kans dat er een gecoördineerde EU opzegging bewerkstelligd kan worden vóór de Conferentie, is derhalve zeer klein. Zo lang de EU partij blijft, zijn alle bepalingen van het ECT die gaan over onderwerpen die vallen onder de bevoegdheid van de EU verbindend voor Nederland, ook wanneer Nederland zelf geen partij meer is. Dit betreft het overgrote deel van de bepalingen van het ECT.

Vanwege de Nederlandse parlementaire goedkeuringsprocedure ten aanzien van de opzegging van een verdrag, is het niet haalbaar om het ECT voor 22 november a.s. op te zeggen. Op dat moment van de Conferentie zal Nederland dan ook nog verdragspartij zijn en een positie moeten innemen over het onderhandelingsresultaat.

Zoals aangegeven is het de wens van het kabinet om de modernisering van het ECT voor de andere ECT verdragspartijen niet te blokkeren. De reden hiervoor is dat het gemoderniseerde ECT een verbetering is ten opzichte van het huidige ECT, zowel wat duurzaamheid als investeringsbescherming betreft.

Samengevat zijn de belangrijkste verbeteringen als volgt. In de modernisering van het ECT zijn de standaarden van investeringsbescherming verduidelijkt met waarborgen voor het recht van staten om te reguleren in het publieke belang. Dit wordt versterkt doordat in het gemoderniseerde

ECT expliciet is vastgelegd dat verdragspartijen in het kader van het milieu en klimaatverandering regels mogen stellen en huidige regels mogen aanpassen. Voor arbitrageprocedures waarbij deze problematiek aan de orde is, is het welkom dat wordt geëxpliciteerd welke ruimte staten hebben om in het publieke belang te reguleren. Daarnaast wordt in het gemoderniseerde ECT verduidelijkt dat het ECT conform het EU-recht niet van toepassing is op intra-EU geschillen. Hoewel Nederland en de EU van mening zijn dat het gemoderniseerde ECT slechts een codificatie is van de al ontwikkelde standaarden onder het huidige ECT, blijken arbitragetribunalen dit soms anders te interpreteren. Met de verduidelijking van de standaarden in de verdragstekst, zal het voor tribunalen lastiger zijn dit naast zich neer te leggen, zelfs in procedures tegen staten die geen partij meer zijn bij het ECT.

Ook andere investeringsbeschermingsstandaarden, zoals die van redelijke en gelijke behandeling, zijn meer in lijn gebracht met de EU inzet op deze standaarden. Daarnaast zijn ten aanzien van het geschillenbeslechtsingsmechanisme stappen gezet op het gebied van transparantie.

Tot slot wat betreft de duurzaamheidsbepalingen. Ondanks dat het uiteindelijke resultaat naar de mening van het kabinet ontoereikend is gebleken, is het resultaat ten opzichte van de huidige tekst een verbetering. In de nieuwe tekst zijn meer verwijzingen opgenomen over duurzame ontwikkeling en IMVO. Tot slot is de introductie van het flexibiliteitsmechanisme voor fossiele energie een positieve ontwikkeling in het licht van de Europese klimaatdoelstellingen.

Gelet op het bovenstaande vindt het kabinet het belangrijk dat verdragspartijen die partij willen blijven bij het ECT, partij zijn bij het gemoderniseerde ECT en niet bij het huidige ECT. Dit leidt tot de conclusie dat het kabinet de modernisering op 22 november niet zal blokkeren.

Besluitvorming in Nederland en de EU

Zoals hierboven al benoemd, is het ECT een gemengd akkoord. Dit betekent dat zowel de EU als de Europese gemeenschap voor Atoom-energie (hierna: Euratom) en 26 lidstaten afzonderlijk partij zijn bij het ECT.⁶ Voor de besluitvorming betekent dit dat de EU en deze lidstaten allen zelfstandig de stappen voor eventuele modernisering, te weten vaststelling van de wijzigingstekst, voorlopige toepassing en ratificatie van de wijzigingen zullen moeten doorlopen.

Nederlandse besluitvorming

De procedures voor Nederland zijn als volgt. De besluitvorming over het aannemen van het gemoderniseerde ECT vindt plaats tijdens de Conferentie op 22 november in Mongolië. Indien Nederland niet voor wil stemmen, maar de modernisering ook niet wil tegen houden, kan Nederland zich onthouden van stemmen. Dit heeft de voorkeur, zoals verderop in deze brief toegelicht wordt. Op het moment dat geen der verdragspartijen bezwaar maakt tegen de modernisering, wordt deze vastgesteld door aanneming van de wijzigingen van het verdrag.

Zoals eerder aangegeven, zal het kabinet als gevolg van het voornemen om het ECT op te zeggen, geen ratificatieprocedure starten en de wijzigingen van het ECT niet ter goedkeuring aan de Staten-Generaal voorleggen. Omdat het kabinet niet over wil gaan tot ratificatie, wil het kabinet ook niet dat het gemoderniseerde ECT voorlopig wordt toegepast

⁶ Tenzij anders aangegeven wordt in deze paragraaf met de «EU» de EU en Euratom bedoeld.

tussen Nederland en andere verdragspartijen. Daarom is het kabinet voornemens – als de moderniseringswijzigingen in november worden aangenomen – namens Nederland bezwaar te maken tegen voorlopige toepassing van die wijzigingen.

Tegelijkertijd zal ik een procedure tot opzegging van het ECT starten. Hierover zal ik uw Kamer informeren. Opzegging verloopt volgens de procedure van artikel 91, eerste lid, van de Grondwet en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Voor de opzegging van het ECT is geen uitdrukkelijke goedkeuring nodig, wat betekent dat goedkeuring voor de opzegging in principe stilzwijgend kan worden verleend. Volgens deze procedure is de goedkeuring tot opzegging verleend nadat dertig dagen zijn verstreken vanaf de dag dat ik het voorstel tot opzegging aan de Kamers voorleg en geen van de Kamers volgens de vereisten in artikel 5 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen de wens uitspreekt dat het voornemen tot opzegging aan uitdrukkelijke goedkeuring wordt onderworpen. Dit moet uiterlijk 23 februari 2023 worden gedaan. Voor verdragspartijen die dit niet doen zal het gemoderniseerde ECT vanaf 15 augustus 2023 voorlopig worden toegepast.

Indien parlementaire goedkeuring is verkregen voor de opzegging van het ECT door Nederland, zal het verdrag moeten worden opgezegd door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de depositaris (Portugal). De opzegging wordt op zijn vroegst een jaar later van kracht. Na het van kracht worden van de opzegging, zijn op dat moment bestaande investeringen onder het huidige ECT nog 20 jaar beschermd door de zogenoemde sunset-clausule. Dat betekent dat voor verdragspartij Nederland het gemoderniseerde verdrag niet zal gelden.

Besluitvorming EU

Voor de EU zijn de procedures als volgt. Voordat de Europese Commissie namens de EU een standpunt kan innemen in de Conferentie op 22 november, moeten de EU lidstaten hierover besluiten in de Raad. Om een positief standpunt in te kunnen nemen, is het vereist dat een gekwalificeerde meerderheid van de lidstaten van de EU vóór de Raadsbesluiten stemt. De Europese Commissie heeft ten aanzien van het standpunt op de Conferentie twee voorstellen voor Raadsbesluiten gepubliceerd, waarover begin november wordt besloten. Over deze concept besluiten wordt nu nog gesproken tussen de Europese Commissie en de EU lidstaten. Nederland zal zijn positie ten aanzien van de voorliggende Raadsbesluiten nog moeten bepalen, maar zal daarbij in acht nemen dat het de modernisering op de Conferentie niet wenst te blokkeren. Besluitvorming in de Raad zal uiterlijk halverwege november plaatsvinden.

Indien de moderniseringstekst op 22 november wordt aangenomen, dienen voor 23 februari 2023 twee Raadsbesluiten te worden vastgesteld inzake de gedeeltelijke voorlopige toepassing van het gemoderniseerde ECT tussen de EU en andere verdragspartijen. Ook hiervoor geldt dat een gekwalificeerde meerderheid in de Raad vereist is. Indien voor 23 februari 2022 nog geen besluit tot voorlopige toepassing is genomen, zal de EU eerst bezwaar moeten maken tegen de voorlopige toepassing en dit bezwaar, indien de besluitvorming in de EU daartoe aanleiding geeft, op een later moment intrekken. Als door de Raad besloten zal worden tot gedeeltelijke voorlopige toepassing van het gemoderniseerde verdrag tussen de EU en andere verdragspartijen, dan zal de modernisering via de band van de Unie dus wel gedeeltelijk op Nederland van toepassing zijn.

Daarnaast dienen ten aanzien van de goedkeuring van de wijzigingen van het ECT, ook twee Raadsbesluiten te worden vastgesteld. Over het Raadsbesluit ten aanzien van de goedkeuring van de wijzigingen van het ECT door de EU dient de Raad met gekwalificeerde meerderheid te stemmen na goedkeuring van het Europees Parlement (EP). Over het Raadsbesluit ten aanzien van de goedkeuring van de wijzigingen van het ECT door Euratom, dient alleen de Raad met gekwalificeerde meerderheid te stemmen. Hiervoor is geen goedkeuring nodig van het EP.

Mocht uiteindelijk blijken dat binnen de EU voldoende steun bestaat om het ECT op te zeggen, dan zal de Europese Commissie hiertoe een voorstel moeten doen. Nadat het EP dit voorstel heeft goedgekeurd dient het voorstel in de Raad met gekwalificeerde meerderheid te worden aangenomen. Voordat Euratom kan opzeggen dient de Europese Commissie ook een voorstel tot opzegging voor te leggen aan de Raad. Ook in deze procedure moet de Raad het voorstel met gekwalificeerde meerderheid goedkeuren. Dit voorstel hoeft echter niet ter goedkeuring langs het EP.

Indien is besloten dat de EU gaat opzeggen, zal de opzegging op dezelfde manier dienen te geschieden als hierboven voor Nederland is beschreven. Ook in dit geval blijven investeringen die op het moment van het van kracht worden van de opzegging al bestaan, nog 20 jaar beschermd door de sunset-clausule.

Indien de EU partij blijft bij het ECT, zijn alle bepalingen van het (huidige dan wel gemoderniseerde) ECT die gaan over onderwerpen die vallen onder de exclusieve bevoegdheid van de EU, nog verbindend voor Nederland, ook als Nederland zelf geen partij meer is. Dit betreft het overgrote deel van de bepalingen van het ECT.

Conclusie

Het kabinet is voornemens het ECT voor Nederland op te zeggen. Hierdoor zal het gemoderniseerde verdrag niet voor verdragspartij Nederland gaan gelden. Ook is het zo dat op het moment van het van kracht worden van de opzegging, bestaande investeringen onder het huidige ECT nog 20 jaar beschermd zijn door de zogenoemde sunset-clausule. Vanwege de te volgen procedures, kan het kabinet de opzegging van het ECT niet voor 22 november realiseren, waardoor Nederland alsnog een positie zal moeten innemen ten aanzien van de modernisering. Voor zover verdragspartijen – waaronder de EU – partij blijven bij het ECT, heeft het de voorkeur dat zij partij zijn bij het gemoderniseerde ECT en niet meer bij het huidige ECT. Dit in overweging nemend is het kabinet voornemens de besluitvorming over modernisering op de Conferentie van 22 november a.s. niet te blokkeren. Indien tijdens de Conferentie wordt over gegaan tot stemming zal Nederland zich onthouden.

De Minister voor Klimaat en Energie,
R.A.A. Jetten