



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen

Centre for Research on Multinational Corporations

Position paper Rondetafelgesprek Energy Charter Treaty

Geachte leden van de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat,

Op donderdag 2 juni 2022 gaat u in gesprek met experts en vertegenwoordigers van het maatschappelijk middenveld en het bedrijfsleven over het Energy Charter Treaty (ECT). In dit position paper zal ik kort uiteenzetten waarom het ECT een struikelblok vormt voor klimaatbeleid, waarom het moderniseringsproces niet de gewenste verbetering kan opleveren, en waarom terugtrekking de beste optie is.

Het ECT als struikelblok voor klimaatbeleid

Het nieuwste IPCC rapport laat zien dat de toename van CO₂-uitstoot nooit eerder zo groot was als in het afgelopen decennium en dat snelle en grootschalige actie nodig is om de opwarming van de aarde onder 1,5°C te houden en gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.¹ De wereldwijde transitie naar 'netto-nul' vergt een ongekende verschuiving van investeringen naar schone en hernieuwbare energiebronnen, het afbouwen van bestaande fossiele infrastructuur en geen investeringen in nieuwe energieprojecten op basis van fossiele brandstoffen.² Dit omvat Het ECT staat haaks op deze doelstellingen. Net als andere investeringsverdragen is het ECT ontworpen om de economische belangen van investeerders in de energiesector, ongeacht hun klimaatimpact, te beschermen tegen overheidsmaatregelen die een nadelig effect op hun investeringen hebben. Via *investor-to-state dispute settlement* (ISDS) kunnen investeerders overheden buiten de nationale rechter aanklagen en compensatie eisen voor tal van maatregelen, en daarmee klimaatactie duurder maken of vertragen. Er zijn reeds claims ingediend tegen het beperken of verbieden van olie- en gaswinning³, of tegenhouden van nieuwe pijpleidingen.⁴ Het IPCC erkent ook dat ISDS-zaken ertoe kunnen leiden dat overheden afzien van van maatregelen om fossiele brandstoffen af te bouwen, of deze maatregelen uitstellen.⁵ Klimaatministers van Denemarken, Nieuw-Zeeland en Frankrijk hebben openlijk toegegeven dat zij hun termijnen voor de beëindiging van olie- en gaswinning naar achter hebben geschoven uit vrees voor arbitragezaken.⁶ De RWE en Uniper claims tegen Nederland scheppen een zorgwekkend precedent. Zij openden in 2015 en 2016 nieuwe kolencentrales ten tijde van sterk opkomende klimaatafspraken en (toen) verslechterde marktvooruitzichten voor kolen.⁷ Hoewel vanuit de overheid steeds is uitgedragen dat de toekomst van de kolencentrales in Nederland afhankelijk was van vergaande emissiereductie door de sector, bleken de exploitanten van de centrales niet bereid daarvoor de benodigde investeringen te doen (met name wat betreft CO₂-opvang en -afvang). Door de centrales alsnog te openen, wogen zij hun commerciële belangen zwaarder dan het risico op maatregelen om CO₂-reductie af te dwingen. Mochten zij hun claims gehonoreerd zien, dan is dat feitelijk een beloning voor hun riskante investeringsbeslissingen, wetende dat ze met hun centrales flink bijdragen aan klimaatverandering. Investeringsverdragen als het ECT zijn als een gratis verzekering waarmee investeerders de risico's en kosten van de energietransitie grotendeels af kunnen wentelen op de samenleving en minder snel geneigd zullen zijn uit fossiele brandstoffen te stappen.

Modernisering kan niet de gewenste verbetering opleveren

De Europese Unie (EU) ziet het ECT als een verouderd verdrag en zet in op modernisering om het verdrag in lijn te brengen met de klimaatdoelen van Parijs, het ISDS-mechanisme te vernieuwen en de

¹ IPCC, "Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change", april 2022,

https://report.ipcc.ch/ar6wg3/pdf/IPCC_AR6_WGIII_FinalDraft_FullReport.pdf

² IEA, "Net zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector", oktober 2021, https://iea.blob.core.windows.net/assets/deebef5d-0c34-4539-9d0c-10b13d840027/NetZeroBy2050-ARoadmapfortheGlobalEnergySector_CORR.pdf.

³ <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/rockhopper-v-italy/>

⁴ <https://ccsi.columbia.edu/news/us-climate-leadership-must-reject-isds-united-states-faces-another-15-billion-suit-fossil-fuel>

⁵ Zie voetnoot 1, p.14-81.

⁶ E. Meager, "Cop26 targets pushed back under threat of being sued", Capital Monitor, 14 januari 2022,

<https://capitalmonitor.ai/institution/government/cop26-ambitions-at-risk-from-energy-charter-treaty-lawsuits/>

⁷ SOMO, "Compensation for stranded assets?", 28 april 2021, <https://www.somo.nl/compensation-for-stranded-assets/>

verdragsbepalingen in lijn te brengen met andere recente EU handels- en investeringsverdragen.⁸ Gesprekken over modernisering lopen sinds 2019, maar het wijst er op dat de EU deze doelstellingen niet gaat verwezenlijken:

- Ten eerste, de EU heeft een voorstel ingediend om bescherming voor fossiele investeringen binnen tien jaar na inwerkingtreding van het gemoderniseerde verdrag uit te faseren.⁹ Dit betekent dat bestaande investeringen in olie, gas en kolen nog een lange tijd beschermd blijven, terwijl overheden genoodzaakt zijn om nú drastische klimaatmaatregelen te nemen. Sommige investeringen in gascentrales en pijpleidingen blijven zelfs tot 2040 beschermd. Er lijkt voor dit voorstel geen steun onder de andere ECT-lidstaten te zijn. Naar verluidt ligt er nu een flexibiliteitsvoorstel op tafel, waaronder de EU bescherming voor fossiele investeringen kan uitfaseren en andere ECT-leden hun eigen pad kunnen kiezen.¹⁰ Daarnaast wil de EU bescherming voor nieuwe energietechnieken zoals ethanol, methanol, mierenzuur, waterstof, biomassa en biogas. Bescherming onder het ECT verhoogt het risico op ISDS claims ten aanzien van deze technieken en beknelt de benodigde beleidsruimte voor overheden om te kunnen experimenteren en beleid tussentijds aan te kunnen passen aan nieuwe inzichten.
- Ten tweede, de EU erkent dat het ISDS systeem zoals opgenomen in het ECT niet langer acceptabel is. In recente verdragen, zoals bijvoorbeeld met Canada, heeft de EU het ISDS systeem vervangen door een Investment Court System en zet het zich bij de Verenigde Naties in voor de oprichting van een multilateraal investeringshof. Beide hervormingen brengen enkele procedurele verbeteringen aan, bijvoorbeeld door aanstelling van vaste arbiters, een beroepsmechanisme en meer transparantie. Het moderniseringsproces zal het oude ISDS mechanisme in het ECT op geen enkele wijze verbeteren, simpelweg omdat het als onderwerp niet op de agenda staat. Bovendien heeft het Europees Hof van Justitie in het Komstroy-arrest geoordeeld dat ISDS-arbitrage tussen een Europese investeerder en een EU-lidstaat onder het ECT onverenigbaar is met EU recht. Ook een gemoderniseerd ECT mag dus niet van toepassing zijn voor intra-EU arbitrage.
- Ten derde, de EU tracht de verdragsbepalingen beter te definiëren en te verduidelijken met als doel om de beleidsvrijheid voor overheden beter te waarborgen. Het EU voorstel volgt wat dat betreft andere recente EU verdragen. Hoewel dit voorstel bij lange na niet alle fundamentele bezwaren tegen het systeem van investeringsbescherming wegneemt, lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat de overige ECT-lidstaten met het EU voorstel akkoord gaan. Sommige delegaties verzetten zich tegen de EU voorstellen, waarbij een enkele delegatie zelfs van mening is dat er helemaal geen noodzaak is om het verdrag te wijzigen. Aangezien unanimititeit is vereist zal de EU water bij de wijn moeten doen en zullen investeerders ook onder een gemoderniseerd verdrag genoeg ruimte krijgen om legitiem overheidsbeleid aan te vechten.

Terugtrekking als realistisch en haalbaar alternatief

De Europese Commissie zal op 24 juni de balans opmaken of het moderniseringsproces de gewenste verbeteringen oplevert. Maar alles wijst erop dat dat niet het geval zal zijn. De beste optie is als de EU en de EU-lidstaten gezamenlijk uit het ECT terugtreden op basis van Artikel 47 van het verdrag. Een groeiend aantal EU-lidstaten, waaronder Nederland, beraadt zich momenteel al over mogelijke terugtrekking.¹¹ Het is dan noodzaak om de 'overlevingsclausule' te neutraliseren om te voorkomen dat het ECT nog voor een periode van twintig jaar van toepassing blijft. Omdat unanimititeit is vereist om deze clausule te nietigen, zouden de EU en EU-lidstaten een *inter se* verdrag kunnen sluiten op basis van Artikel 41 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht om de intra-EU toepassing van de overlevingsclausule te beëindigen.¹² Met de EU niet langer als partij zal het risico op arbitragezaken onder het ECT aanzienlijk verminderen, zeker als andere landen zich bij de EU aansluiten, en helpen de weg vrij te maken voor ambitieus klimaatbeleid.

⁸ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/may/tradoc_157884.pdf

⁹ https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf

¹⁰ Energy Charter Treaty Secretariat, "Public communication on the thirteenth negotiation round of the modernization of the ECT", 20 Mei 2022, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/2022.05_ENG.pdf

¹¹ F. Simon, "Europe edges closer to withdrawal from Energy Charter Treaty" EurActiv, 17 mei 2022,

<https://www.euractiv.com/section/energy/news/europe-edging-closer-to-withdrawal-from-energy-charter-treaty/>

¹² N. Bernasconi-Osterwalder, L. Schaugg & A. Van den Berghe, "Energy Charter Treaty reform: why withdrawal is an option", Investment Treaty News, 24 juni 2022, <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>