

# Leegloop bij het Energiehandvestverdrag

mr. dr. C.G. Verburg<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het uit 1994 daterende Energiehandvestverdrag (ECT) – een multilateraal handels- en investeringsverdrag waar de Europese Unie (EU), Euratom en 51 staten als Verdragsluitende Partijen bij zijn aangesloten – leed lange tijd een wat onbekend bestaan. Hier is het afgelopen decennium verandering in gekomen. Zo kregen de meerderheidsaandeelhouders van het Russische Yukos in 2014 op basis van het ECT een schadevergoeding toegewezen van USD 50 miljard voor de onteigening van Yukos door de Russische overheid aan het begin van deze eeuw. Voorts begonnen Europese investeerders – die hadden geïnvesteerd in andere lidstaten van de EU – het verdrag ook op grote schaal in te roepen. Dit gebeurde, niet in de laatste plaats, in zaken die betrekking hebben op de energietransitie waaronder in procedures tegen de Nederlandse Staat naar aanleiding van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie of tegen Duitsland naar aanleiding van de *atomausstieg*.<sup>2</sup> Het meest controversiële deel van het verdrag betreft investeringsbescherming. Deel III van het verdrag bevat investeringsbeschermingsbepalingen die de ondergrens voorschrijven over hoe staten buitenlandse investeerders dienen te behandelen. Dit zijn normen omtrent eerlijke en billijke behandeling (waaronder begrepen de bescherming van legitieme verwachtingen), non-discriminatie, het verbod op onteigening zonder compensatie en een verplichting om contractuele verbintenissen met investeerders na te komen.

Bij een vermeende schending van deze investeringsbeschermingsbepalingen kan de investeerder, op grond van art. 26 ECT, een procedure aanspannen tegen de betreffende staat. In de praktijk kiezen de meeste investeerders ervoor om een dergelijk geschil door middel van internationale arbitrage te laten beslechten. Hierdoor worden geschillen die in de kern

veelal publiekrechtelijk van aard zijn buiten de nationale rechtsorde van de betreffende staat om beslecht.

Er zijn echter nog meer factoren die bijdragen aan de controversie. Zo kan betoogd worden dat de drempel om een staat die Verdragsluitende Partij is aansprakelijk te stellen op grond van het ECT in veel gevallen lager is dan om die staat – voor hetzelfde feitencomplex – aansprakelijk te stellen op basis van nationaal recht en/of bijvoorbeeld het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Zo worden onder het ECT de 'legitieme verwachtingen' van investeerders vaak in verdergaande mate beschermd dan onder nationaal recht het geval is, als van dat laatste überhaupt al sprake is.

Bovendien hebben ECT-tribunalen (en nationale rechters) het verdrag op zeer inconsistente wijze uitgelegd en toegepast, waardoor rechtszekerheid soms ver te zoeken lijkt.<sup>3</sup>

Daarnaast passen ECT-tribunalen bij de begroting van een schadevergoeding soms methodes toe die gangbaar zijn in een commerciële context, maar minder snel worden toegepast door (inter)nationale rechters in overheidsaansprakelijkheidsprocedures. Dit resulteert niet zelden in ogenschijnlijk hoge schadevergoedingen. Ter illustratie: daar waar de meerderheidsaandeelhouders van Yukos – die 60 procent van de aandelen in het Russische Yukos hielden – een schadevergoeding van USD 50 miljard kregen toegekend door een ECT-tribunaal kreeg Yukos zelf een schadevergoeding van EUR 1,9 miljard toegewezen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) voor de schending van art. 6 EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Rekening houdend met het aandelenpercentage betekent dit dat het ECT-tribunaal een 40 keer hogere schadevergoeding toekende. Met dit in het achterhoofd is het niet gek dat investeerders, veelal naast een nationale procedure, een arbitrageprocedure aanspannen als het financieel belang groot genoeg is. Niet geschoten is immers altijd mis.

Gelet op bovenstaande mag het dan ook geen verrassing heten dat het ECT de laatste jaren onder een vergrootglas ligt. De energietransitie betekent immers

---

1. Advocaat bij TRIP Advocaten Notarissen. De auteur wil Julia Pasma en de redactie van het NTE bedanken voor de hulp en/of nuttige suggesties bij de totstandkoming van dit artikel. Eventuele fouten zijn uitsluitend aan de auteur toe te schrijven. De standpunten die worden ingenomen in dit artikel zijn uitsluitend aan de auteur toe te schrijven. E-mail: c.verburg@trip.nl

2. *RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/4. *Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Kingdom of the Netherlands*, ICSID Case No. ARB/21/22. *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

---

3. C. Verburg, 'Modernising the Energy Charter Treaty: An Opportunity to Enhance Legal Certainty in Investor-State Dispute Settlement', [2019] JWIT 425.

niet alleen dat er veel geïnvesteerd zal moeten worden in hernieuwbare energie, maar tevens dat afscheid genomen moet worden van economische activiteiten die niet langer als wenselijk worden gezien. Het sluiten van kolen- en kerncentrales is hier een goed voorbeeld van.

De Verdragsluitende Partijen van het ECT zijn eind 2019 in onderhandeling getreden over de modernisering van het verdrag. Op 24 juni 2022 zijn deze onderhandelingen – na 15 rondes – tot een eind gekomen. Tot op heden zijn de details van het gemoderniseerde ECT niet openbaar gemaakt. Wel is een document gepubliceerd waarin het akkoord op hoofdlijnen wordt beschreven (Akkoord op Hoofdlijnen).<sup>4</sup> Op 22 november 2022 zou de tekst formeel worden aangenomen op de Conferentie van het Energiehandvest. Dat is echter niet gebeurd.

Het is de EU namelijk niet gelukt om een raadspositie in te nemen over de moderniseringsvoorstellen. Frankrijk, Nederland, Spanje en Duitsland onthielden zich in de Raad van de EU (de Raad) van stemming en vormden daarmee een blokkerende minderheid. Als gevolg hiervan heeft de EU de Conferentie van het Energiehandvest verzocht om de moderniseringsvoorstellen van de agenda te halen. Op dit moment staat een *ad hoc* Conferentie van het Energiehandvest in de agenda voor eind april 2023 waar over het moderniseringsvoorstel besloten moet worden.

Ook in Nederland – dat je toch een beetje het geboorteland van het ECT kan noemen aangezien het verdrag een geesteskind is van oud-premier Ruud Lubbers – broeit het. Al op 18 oktober 2022 kondigde minister Jetten in de Tweede Kamer aan dat Nederland voornemens was om uit het ECT te stappen.<sup>5</sup> Vervolgens werd het kabinet in de motie van het lid Teunissen c.s. van 8 november 2022 opgeroepen om in de Europese vergadering over de standpuntbepaling van het gemoderniseerde verdrag tegen te stemmen of zich te onthouden van stemming.<sup>6</sup>

Onderhand hebben, naast Nederland, ook Frankrijk, Duitsland, Spanje, Polen, Slovenië en Luxemburg aangegeven uit het ECT te willen stappen. Frankrijk, Duitsland en Polen hebben zelfs de daad al bij het woord gevoegd door middels een schriftelijke kennisgeving aan de depositaris van het ECT het verdrag op te zeggen.

Het Europees Parlement heeft op 23 november 2022 een resolutie aangenomen waarin het Parlement de Commissie oproept om hetzelfde te doen namens de EU.<sup>7</sup>

Op het moment van schrijven – medio maart 2023 – is de laatste ontwikkeling in deze soap dat ook de Europese Commissie eieren voor z'n geld lijkt te kiezen.

In een *non-paper* lijkt de Commissie aan te sturen op een vertrek van de EU en Euratom als Verdragsluitende Partijen van het ECT.<sup>8</sup>

Het saillante bij dit alles is dat als de tekst van het Akkoord op Hoofdlijnen wordt vergeleken met de tekstvoorstellen van de EU – die waren opgesteld met het mandaat van de Raad – het lijkt alsof de Europese Commissie enorm succesvol is geweest in de onderhandelingen. Desalniettemin lijkt een ware exodus van Europese Verdragsluitende Partijen gaande.

Dit artikel zal kort ingaan op de laatste ontwikkelingen omtrent de modernisering van het ECT. In zekere zin is dat voorbarig, aangezien de concepttekst van het gemoderniseerde ECT op het moment van schrijven niet openbaar is gemaakt. Hieronder worden achtereenvolgens (beknopt) beschreven, het mandaat en de tekstvoorstellen van de Europese Commissie (2), het Akkoord op Hoofdlijnen (3) en de evaluatie van Nederland over het moderniseringsvoorstel (4). Tot slot eindigt dit artikel met enkele reflecties.

## 2. Het mandaat en de tekstvoorstellen van de Europese Commissie

Voorafgaand aan en tijdens het moderniseringsproces zijn de tekstvoorstellen van de EU gepubliceerd.<sup>9</sup> Met deze tekstvoorstellen werden drie doelstellingen nagestreefd.<sup>10</sup>

Ten eerste, het in lijn brengen van de investeringsbeschermingsbepalingen van het ECT met investeringsakkoorden die de EU recentelijk heeft gesloten met andere landen, zoals de Brede Economische en Handelsovereenkomst met Canada (CETA).

Ten tweede, te borgen dat het ECT de belangen die gepaard gaan klimaatverandering en de energietransitie beter reflecteert en ook bijdraagt aan de realisatie van klimaat- en energiedoelen. Anders gezegd, het ECT moet realisatie van de doelen zoals geformuleerd in het Parijs Akkoord faciliteren en hier niet aan in de weg staan.

Ten derde moest het *investor-State dispute settlement* (ISDS) mechanisme van het ECT, op grond waarvan investeerders (arbitrage)procedures kunnen entameren tegen Verdragsluitende Partijen, worden aangepast conform het parallel lopende ISDS-hervormingsproces binnen de *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

4. Decision of the Energy Charter Conference, Public Communication explaining the main changes contained in the agreement in principle (CC 753, Mess 1987/22, 24 juni 2022).

5. Zie onder meer de bijlage bij de Kamerbrief van 2 november 2022, Kamerstuk 21 501-33, nr. 977.

6. Kamerstukken II, 2022-2023, 36 200-XVII, nr. 45.

7. Joint Motion for a resolution on the outcome of the modernization of the Energy Charter Treaty, RC-B9-0498/2022, 23 november 2022, (2022/2934(RSP)).

8. Non-paper from the European Commission, Next steps regarding the EU, Euratom, and Member States' membership in the Energy Charter Treaty. Te raadplegen via: <[https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper\\_ECT\\_nextsteps.pdf](https://www.euractiv.com/wp-content/uploads/sites/2/2023/02/Non-paper_ECT_nextsteps.pdf)>

9. Deze zijn te raadplegen via: <[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf)> en <[https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc\\_159436.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159436.pdf)>

10. Zie: Commission presents EU proposal for modernising Energy Charter Treaty (European Commission, 27 mei 2020), te raadplegen via: <[https://policy.trade.ec.europa.eu/news/commission-presents-eu-proposal-modernising-energy-charter-treaty-2020-05-27\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/news/commission-presents-eu-proposal-modernising-energy-charter-treaty-2020-05-27_en)>

Elders heeft deze auteur de tekstvoorstellen van de EU geanalyseerd en becommentarieerd, specifiek met het oog op de implicaties voor de energietransitie.<sup>11</sup> Kortgezegd zijn de gevolgen als volgt als het voorstel van de EU gevolgd zou worden.

In de eerste plaats zullen minder economische activiteiten, investeringen en investeerders binnen de reikwijdte van het ECT vallen in zowel materiaal als procedureel opzicht. Belangrijke definities zoals 'investering' (art. 1(6) ECT), 'investeerder' (art. 1(7) ECT) en 'economische activiteit in de energiesector' (art. 1(5) ECT) worden namelijk minder breed gedefinieerd waardoor de reikwijdte van het verdrag wordt ingeperkt.

Ten tweede zal de drempel voor aansprakelijkheid verhoogd worden. In dat verband worden (i) bepaalde investeringsbeschermingsbepalingen verwijderd, (ii) andere investeringsbeschermingsbepalingen op een engere manier gedefinieerd en ingekaderd, (iii) weer andere investeringsbeschermingsbepalingen buiten het bereik van de ISDS-clausule geplaatst waardoor investeerders hier in ISDS geen beroep op kunnen doen en (iv) zal het verdrag aanzienlijk meer verduidelijkingen, uitzonderingen en derogaties bevatten waardoor het recht van de staten om interne aangelegenheden te reguleren ten behoeve van het algemeen belang duidelijker wordt vastgelegd. Het cumulatieve effect van al deze wijzigingen is dat het ECT minder waarborgen zou bieden voor investeerders, de drempel voor aansprakelijkheid aanzienlijk verhoogd zou worden en staten zich dus minder zorgen hoeven te maken om vorderingen die een redelijke kans van slagen hebben. Ook zouden de wijziging de rechtszekerheid ten goede moeten komen, aangezien veel onduidelijke bepalingen beter gedefinieerd worden waardoor er minder interpretatieruimte overblijft voor ECT-tribunalen en de kans op inconsistente beslissingen afneemt.

Ten derde werd ook het ISDS-mechanisme in het voorstel van de EU flink aangepast waardoor onder anderen transparantie beter zou worden geborgd en *frivolous claims* al vroeg afgewezen zouden kunnen worden.

Opvallend waren ook aspecten die niet aan bod kwamen in het voorstel van de EU. Zo werden intra-EU ISDS claims – waarbij een investeerder uit een EU-lidstaat een arbitrageprocedure entameert tegen een andere EU-lidstaat – niet nadrukkelijk uitgesloten, terwijl hier de laatste jaren erg veel discussie over is binnen de EU.

Daarnaast werd ook niet voorgesteld om de zogenaamde horizonbepaling van het ECT te wijzigen. Op grond van deze clausule blijven de bepalingen van het verdrag, waaronder de investeringsbeschermingsbepalingen, van toepassing op bestaande investeringen van buitenlandse investeerders gedurende twintig jaar na de datum waarop een staat zich

terugtrekt uit het verdrag.<sup>12</sup> Deze horizonbepaling maakt dat Verdragsluitende Partijen niet eenvoudig onder hun verplichtingen jegens buitenlandse investeerders uitkomen.

### 3. De uitkomst van het moderniseringsproces: het Akkoord op Hoofdpijnen

Als men de voorstellen van de EU vervolgens naast het Akkoord op Hoofdpijnen legt dan kan op het eerste gezicht – want, en ik herhaal het nog maar eens, de definitieve tekst is nog niet openbaar – niet anders dan geconcludeerd worden dat de EU enorm succesvol is geweest in de onderhandelingen:

- zo is specifiek voor de EU en het Verenigd Koninkrijk voorzien in een *carve-out* voor investeringsbescherming voor fossiele brandstoffen, ogenschijnlijk in lijn met de door de EU voorgestelde wijziging van de definitie van 'economische activiteit in de energiesector'. Dit 'flexibiliteitsmechanisme' zou betekenen dat de investeringsbeschermingsbepalingen niet meer van toepassing zouden zijn op bestaande fossiele investeringen vanaf tien jaar na inwerkingtreding van het flexibiliteitsmechanisme en nieuwe fossiele investeringen vanaf 15 augustus 2023 niet meer beschermd zouden zijn, enkele uitzonderingen daargelaten;
- zijn de definities van 'investering' en 'investeerder' aangepast conform de voorstellen van de EU;
- zijn de voorgestelde wijzigingen in Deel III van het ECT, waaronder de investeringsbeschermingsbepalingen, ook conform de voorstellen van de EU; en
- lijken de voorstellen van de EU het ook ten aanzien van ISDS grotendeels gehaald te hebben.

Tot slot maakt het Akkoord op Hoofdpijnen duidelijk dat intra-EU investeringsgeschillen in de toekomst tot het verleden behoren. Ook dit punt zal in Brussel als succes worden gezien.

Waar het Akkoord op Hoofdpijnen geen melding van maakt is aanpassing van de horizonbepaling. Ook uit andere bron heeft deze auteur vernomen dat deze bepaling inderdaad ongewijzigd is gebleven. Dit betekent dat opzegging nog steeds weinig voordelen biedt voor de korte termijn.

### 4. Evaluatie door Nederland

Een goed onderhandelingsresultaat behalen is binnen de EU al lang geen garantie meer op een soepel ratificatieproces. CETA (ratificatie na bijna zeven jaar nog steeds aanhangig in negen lidstaten en één

11. C. Verburg, *The EU's Text Proposal for a Revised Energy Charter Treaty – Legal Consequences and Practical Implications for the Energy Transition* (European Energy Law Report XIV, Intersentia 2021).

12. Zie art. 47(3) ECT: "De bepalingen van dit Verdrag blijven van toepassing op investeringen op het grondgebied van een Verdragsluitende Partij door investeerders van andere Verdragsluitende Partijen of op het grondgebied van andere Verdragsluitende Partijen door investeerders van die Verdragsluitende Partij gedurende twintig jaar na de datum waarop de opzegging van het Verdrag door die Verdragsluitende Partij van kracht wordt."

lidstaat heeft het verdrag al afgewezen), de Associatieovereenkomst tussen de EU en Oekraïne (het referendum in Nederland), het vrijhandels- en investeringsverdrag met Singapore (waar het aanvankelijke verdrag werd gesplitst in twee verdragen na een uitspraak van het Hof van Justitie) en de toetreding van de EU tot het EVRM (jarenlange vertraging door een uitspraak van het Hof van Justitie) zijn allemaal voorbeelden van door de EU gesloten internationale overeenkomsten die tegen allerlei ratificatieproblemen aanliepen.

Bij kamerbrief van 2 november 2022 heeft minister Jetten uiteengezet waarom het ECT onderhandelingsresultaat volgens Nederland ontoereikend is.<sup>13</sup> Daarvoor worden de volgende drie redenen aangedragen.

Allereerst zou het nieuwe ECT onvoldoende ambitieus zijn als het gaat om duurzaamheidsdoelstellingen. Het gemoderniseerde verdrag zou weliswaar bestaande duurzaamheidsverplichtingen bevestigen maar achterblijven bij bepalingen uit recente verdragen zoals CETA. Ten aanzien van dit punt kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat het gemoderniseerde verdrag daarmee desondanks wel voor een groot deel in lijn is met de tekstvoorstellen van de EU, waarin ook met name bestaande duurzaamheidsverplichtingen werden bevestigd.

Ten tweede schiet het gemoderniseerde verdrag volgens de minister tekort omdat niet in alle Verdragsluitende Partijen de bescherming van fossiele investeringen is uitgesloten. Alleen voor de staten die gebruikmaken van het zogenaamde 'flexibiliteitsmechanisme' is dit het geval. Dit zou, aldus de minister, betekenen dat investeringen in de fossiele industrie nog steeds worden beschermd.

Deze observatie van de minister is juist maar kan als een trendbreuk met het verleden worden gezien. Voor zover ik weet heeft een Nederlandse minister niet eerder, ook niet ten aanzien van CETA of bij de totstandkoming van de vrij recentelijk aangenomen modeltekst voor nieuwe bilaterale investeringsverdragen (2019), een breekpunt gemaakt van het gegeven dat de bescherming van fossiele investeringen moet worden uitgesloten. Internationaal is het uitsluiten van een bepaalde sector overigens niet zonder precedent. Zo bevat het *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership* (CPTPP) een clause op grond waarvan de investeringsbeschermingsbepalingen van het CPTPP

buiten toepassing kunnen worden gelaten in zaken die betrekking hebben *tobacco control measures*.<sup>14</sup> Het derde fundamentele kritiekpunt van de minister ziet op het feit dat het gemoderniseerde verdrag geen expliciete referenties zou bevatten naar multilaterale initiatieven op het vlak van ISDS-hervormingen. De minister vindt het zeer zorgelijk dat het gemoderniseerde verdrag niet verwijst naar een toekomstig *Multilateral Investment Court*.

Overigens is het niet alleen kommer en kwel. De minister erkent in de kamerbrief van 2 november 2022 namelijk ook dat het gemoderniseerde verdrag een verbetering is ten opzichte van de huidige tekst van het ECT, zowel wat betreft duurzaamheid als investeringsbescherming. Het kabinet vindt het dan ook belangrijk dat staten die wel partij willen blijven bij het ECT gebonden zijn aan het nieuwe verdrag, en niet aan het oude verdrag.<sup>15</sup> Om die reden was het voornemen van de minister dan ook dat Nederland zich op 22 november 2022 zou onthouden van stemming op de Conferentie van het Energiehandvest, in plaats van aannames actief blokkeren. Als gezegd heeft deze stemming nooit plaatsgevonden.

Naar verwachting voorziet het nieuwe verdrag – evenals de huidige versie – in voorlopige toepassing. Dit zou betekenen dat het gemoderniseerde verdrag reeds kan worden toegepast ook al is het nog niet formeel in werking getreden. Dit is van belang, omdat de laatste keer dat het ECT werd geamendeerd er twaalf jaren verstreken tussen het moment van aannames van het amendement en de inwerkingtreding daarvan. De minister heeft echter aangegeven dat Nederland – zelfs als het gemoderniseerde verdrag zou worden aangenomen door de Conferentie van het Energiehandvest – bezwaar zal maken tegen voorlopige toepassing omdat het voornemens is om uit het verdrag te stappen. De minister is kennelijk, zoals hieronder nader toegelicht, liever nog

13. Zie Kamerstukken II, 2022-2023, 21 501-33, nr. 977 en de daarbij behorende bijlagen.

14. Zie art. 29.5 Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (2018): "A Party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims challenging a tobacco control measure of the Party. Such a claim shall not be submitted to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment) if a Party has made such an election. If a Party has not elected to deny benefits with respect to such claims by the time of the submission of such a claim to arbitration under Section B of Chapter 9 (Investment), a Party may elect to deny benefits during the proceedings. For greater certainty, if a Party elects to deny benefits with respect to such claims, any such claim shall be dismissed." Hierbij wordt *tobacco control measure* als volgt gedefinieerd: "A tobacco control measure means a measure of a Party related to the production or consumption of manufactured tobacco products (including products made or derived from tobacco), their distribution, labelling, packaging, advertising, marketing, promotion, sale, purchase, or use, as well as enforcement measures, such as inspection, recordkeeping, and reporting requirements. For greater certainty, a measure with respect to tobacco leaf that is not in the possession of a manufacturer of tobacco products or that is not part of a manufactured tobacco product is not a tobacco control measure."

15. Kamerstukken II, 2022-2023, 21 501-33, nr. 977.

minimaal 20 jaar gebonden aan een niet-gemoderniseerd ECT dan een mogelijk langere periode aan een gemoderniseerd ECT.

Sluitstuk is uiteraard dat Nederland zich terug zal trekken uit het verdrag nadat de nationale en internationale procedures hiervoor doorlopen zijn. Uiteraard zorgt de horizonbepaling ervoor dat bestaande investeringen nog 20 jaar lang beschermd zullen zijn onder het huidige ECT.

## 5. Reflecties en afrondende opmerkingen

Bij het ECT lijkt sprake te zijn van een ware leegloop. Als de EU, Euratom en alle EU-lidstaten het verdrag daadwerkelijk opzeggen, wordt het aantal Verdragsluitende Partijen ruimschoots gehalveerd. Dit betekent echter niet dat de rol van het huidige ECT – met haar hoge niveau van investeringsbescherming – in de EU op korte termijn is afgelopen. Vanwege de horizonbepaling blijven investeringen van investeerders uit landen die wel aangesloten blijven bij het ECT, waaronder kapitaal exporterende landen als Zwitserland, het Verenigd Koninkrijk en Japan, gedurende 20 jaar nog beschermd. Gelet op de tekst van de horizonbepaling<sup>16</sup> zou zelfs betoogd kunnen worden dat bestaande intra-EU investeringen nog gedurende een periode van 20 jaar na opzegging beschermd blijven.

Opzegging zal dus niet op korte termijn tot resultaten leiden. Dit roept de vraag op of de door de minister voorgestelde aanpak, te weten het nieuwe ECT – met een lager niveau van investeringsbescherming – niet accepteren en ook niet voorlopig toepassen en het huidige verdrag opzeggen, wel de aangewezen route naar de uitgang is. Immers, de minister zou er ook voor kunnen kiezen om het gemoderniseerde verdrag te accepteren en voorlopig toe te passen hetgeen – afhankelijk van de formulering van het overgangsrecht – op de korte termijn betekent dat de Staat gebonden is aan een ECT dat een lager niveau van investeringsbescherming biedt en intra-EU arbitrageprocedures uitsluit. Vervolgens zou de Staat het gemoderniseerde verdrag op kunnen zeggen nadat het in werking is getreden.

Het dilemma waar de minister voor staat is dus of de Staat uitsluitend ten aanzien van bestaande investeringen nog 20 jaar gebonden wil zijn aan het huidige ECT of gedurende een langere periode aan een verdrag met een lager niveau van investeringsbescherming. Bij dat laatste geldt uiteraard wel dat ook nieuwe investeringen tot het moment van opzegging beschermd zullen worden.

Ik zou toch een lans willen breken voor de laatste optie. Het huidige ECT bevat – zoals gezegd – een relatief hoog niveau van investeringsbescherming.

16. Art. 47(3) ECT luidt: "De bepalingen van dit Verdrag blijven van toepassing op investeringen op het grondgebied van een Verdragsluitende Partij door investeerders van andere Verdragsluitende Partijen of op het grondgebied van andere Verdragsluitende Partijen door investeerders van die Verdragsluitende Partij gedurende twintig jaar na de datum waarop de opzegging van het Verdrag door die Verdragsluitende Partij van kracht wordt."

Ook al betekent dit niet dat elke teleurgestelde investeerder een Verdragsluitende Partij eenvoudig met succes aansprakelijk kan stellen, het betekent wel dat buitenlandse investeerders op grond van het ECT een hoger niveau van investeringsbescherming toekomt dan binnenlandse investeerders op grond van nationaal recht. Dit voordeel voor buitenlandse investeerders zal met de komst van het gemoderniseerde verdrag naar verwachting grotendeels worden weggenomen, al blijft het een gegeven dat ECT-normen niet identiek zijn aan normen van nationaal recht. Door het gemoderniseerde ECT zal dus een meer gelijk speelveld ontstaan als het gaat om rechtsbescherming dan nu het geval is. RWE is weliswaar in Nederland tot nu toe niet succesvol in haar procedure tegen de Staat over de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie, maar dit is zeker geen garantie dat zij niet alsnog succesvol is in haar procedure tegen de Staat die gevoerd wordt op grond van het ECT.<sup>17</sup>

Een andere reden om wel in te stemmen met het gemoderniseerde ECT is omdat in dat verdrag intra-EU investeringsclaims nadrukkelijk zijn uitgesloten, in tegenstelling tot het huidige ECT. Aangezien investeerders uit andere EU-lidstaten zeer actief zijn op de Nederlandse markt is dit nog een manier waarop aansprakelijkheidsrisico's van de Staat met het nieuwe verdrag verder beperkt zullen worden. Met betrekking tot het huidige ECT is weliswaar duidelijk dat ook de arbitrageclausule uit dit verdrag van de Europese rechter niet binnen de EU mag worden toegepast, maar daarmee is absoluut niet gegeven dat ECT-tribunalen ook deze mening zijn toegedaan.<sup>18</sup> De praktijk onderstreept dit ook.<sup>19</sup>

Bovenstaande klemt des te meer als de EU – als onderdeel van de 'coordinated withdrawal' – weet te bewerkstelligen dat het gemoderniseerde ECT geen of een minder lange horizonbepaling bevat. Hiermee kunnen de nadelige effecten van het ECT nog eerder uitgeschakeld worden.<sup>20</sup>

Als afrondende opmerking zou ik graag nog ingaan op de vraag of het überhaupt bezwaarlijk is dat het (gemoderniseerde) ECT op termijn zal verdwijnen, al dan niet binnen de EU.

Op basis van het Akkoord op Hoofdpijnen concludeer ik dat ook het gemoderniseerde ECT uitsluitend zal voorzien in investeringsbeschermingsbepalingen die relevant zijn voor investeerders nadat zij

17. Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12628; Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12635; Rb. Den Haag 30 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12653.

18. HvJEU 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:655.

19. Tot nu toe is er slechts één ECT-tribunaal geweest dat het 'intra-EU bezwaar' heeft geaccepteerd terwijl het tientallen keren is verworpen. Zie: Award, *Green Power K/S and Obton A/S v. Spain*, SCC Case No. V 2016/135, 16 juni 2022.

20. Mochten de overige Verdragsluitende Partijen van het ECT hier niet mee in willen stemmen, dan kunnen de EU en de EU-lidstaten dit onderling doen middels een *inter se agreement*. Door intra-EU werking van het ECT op korte termijn uit te sluiten zullen, in de praktijk, veel aansprakelijkheidsrisico's van EU-lidstaten beperkt kunnen worden.

hebben geïnvesteerd in een bepaald land (*post-establishment investment protection*). Het gaat dan, als gezegd, om regels als eerlijke en billijke behandeling, non-discriminatie en geen onteigening zonder compensatie. Regels die internationale investeringen in de energiesector zouden moeten liberaliseren en faciliteren – en daarbij barrières voor grensoverschrijdende investeringen zouden moeten afbreken (*pre-establishment rights*) – maken geen onderdeel uit van het moderniseringsdebat. Het empirisch bewijs dat verdragen die uitsluitend voorzien in *post-establishment* investeringsbescherming bijdragen aan investeringsstromen is echter flinterdun.<sup>21</sup> Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat de kans dat het gemoderniseerde ECT een belangrijke – positieve – rol zou spelen in de energietransitie, door bij te dragen aan internationale investeringsstromen, beperkt is.

Uiteraard lopen landen die niet gebonden zijn aan het (gemoderniseerde) ECT ook geen aansprakelijkheidsrisico's meer bij het implementeren van wetgeving die mogelijk op gespannen voet staat met investeringsverdragen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan regelgeving om kolencentrales uit te faseren of om anderszins investeringen in fossiele brandstoffen tegen te gaan en te ontmoedigen. Tegenstanders van het ECT zien dit als een groot voordeel.

Mijns inziens is ook dit voordeel maar relatief, aangezien het verdwijnen van het ECT natuurlijk niet betekent dat de *rule of law* in de energiesector verdwijnt. Kortom, dit argument – veel aangehaald door tegenstanders van het ECT – zal ook geen doorslaggevende factor zijn in de energietransitie. Hierbij maakt het uiteraard wel uit welke versie van het ECT (nog) van toepassing is. Het niveau van investeringsbescherming van het huidige ECT is dusdanig hoog dat niet is uitgesloten dat het ECT een barrière is voor de energietransitie, al was met maar omdat een Verdragsluitende Partij veroordeeld kan worden tot een schadevergoeding. Mocht het gemoderniseerde ECT van toepassing zijn, dan is dit risico al een stuk beperkter, gelet op het lagere niveau van investeringsbescherming en de hogere drempel voor aansprakelijkheid.

Kortom, mijn verwachting is niet dat het gemoderniseerde ECT de doorslag zal geven in de energietransitie; in positieve noch negatieve zin. Wat dat betreft gaat er weinig verloren als Nederland zich uit het gemoderniseerde verdrag terugtrekt. In elk geval wordt er dan een kostenbesparing gerealiseerd, aangezien de jaarlijkse bijdrage aan het Energiehandvest Secretariaat niet meer verschuldigd zal zijn. Wie het kleine niet eert...

---

21. J. Bonnitcha, 'Assessing the Impacts of Investment Treaties: Overview of the Evidence' (International Institute for Sustainable Development, 2017).