

## Beleidsstandpunt over het Energie Handvest Verdrag (ECT)<sup>1</sup>

Platform voor een Rechtvaardige en Duurzame Handel

15 juni 2023



### ACHTERGROND

Het Verdrag inzake het Energiehandvest (beter bekend als Energy Charter Treaty of ECT) is een **plurilaterale overeenkomst** die een kader schept voor handel en investeringen in de energiesector. Het werd op 17 december 1994 in Lissabon ondertekend tegen de achtergrond van politieke, economische en juridische onzekerheid in de landen van de voormalige USSR en de Midden- en Oost-Europese landen van **na de Koude Oorlog**. De oorspronkelijke doelstellingen van het verdrag waren het bevorderen van de economische ontwikkeling van Centraal- en Oost-Europa door samenwerking op het gebied van energie en **het veiligstellen van de olie- en gasvoorziening voor West-Europa**.

Het ECT trad op 16 april 1998 in werking zonder veel publiek debat. Alle aandacht ging uit naar de onderhandelingen voor een Multilateraal Akkoord over Investerings (MAI) onder leiding van de lidstaten van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), die op 28 april 1998 op een mislukking uitliepen.

<sup>1</sup> Dit document is een actualisering van [het beleidsstandpunt over het ECT](#) van het Platform Rechtvaardige en Duurzame Handel van 20 mei 2020.

Sindsdien heeft het ECT, dat ook voorbestemd was om het startpunt te worden voor wereldwijde energiewetgeving, zich naar het zuiden verspreid<sup>2</sup>. Er zijn nu **zo'n vijftig staten en regionale organisaties** bij betrokken, van West-Europa en Centraal-Azië tot Japan. De **EU, Euratom en haar lidstaten**, met uitzondering van Italië, dat zich in 2016 eenzijdig terugtrok uit het verdrag, **vertegenwoordigen bijna de helft van de ondertekenaars**<sup>3</sup>.

Het **toepassingsgebied van het ECT** is relatief breed en omvat een breed scala aan energiebronnen zoals kernenergie, steenkool, aardgas, olie en olieproducten, evenals elektrische energie<sup>4</sup>. Het is ook van toepassing **op alle economische activiteiten in de energiesector**, van onderzoek en exploratie tot de verkoop en marketing van energiematerialen en -producten, inclusief de exploitatie, winning, raffinage, productie, opslag, vervoer over land, transmissie, distributie en handel in energiematerialen en -producten<sup>5</sup>.

Ongeacht het gekozen scenario en ongeacht de toekomst van het ECT, moeten volgens ons drie internationale beleidsprioriteiten in gedachten worden gehouden:

- 1) een einde maken aan de bescherming van buitenlandse investeerders, die hen in staat stelt een aanval te doen op het recht om in het algemeen belang te reguleren op ecologisch en sociaal gebied;
- 2) het verminderen van de risico's van oneerlijke concurrentie tussen staten bij het aantrekken van buitenlandse investeerders (die aangemoedigd zouden kunnen worden om zich te vestigen in landen die binnen het ECT blijven en waar ze dus kunnen blijven profiteren van een beroep op ISDS en overdreven bescherming);
- 3) het diversifiëren van de bevoorradingsbronnen en het verzekeren van de bevoorradingszekerheid in en vanuit derde landen om de energiebevoorrading van de gezinnen en de werkgelegenheid in de industriële sectoren veilig te stellen.

## PROBLEMATIEK

Het ECT was oorspronkelijk bedoeld als een belangrijke internationale overeenkomst om **investeringen in de energiesector te beschermen**, met name investeringen van Europese bedrijven in voormalige Sovjetlanden waar de rechtsstelsels zwak waren. Daarom bevat het verdrag een **arbitrageclausule van het type ISDS** (Investor-to-State Dispute Settlement). Dit mechanisme (artikel 26) geeft een buitenlandse investeerder de mogelijkheid om een staat niet alleen aan te klagen voor directe onteigening, d.w.z. willekeurige nationalisatie, maar ook voor **indirecte onteigening**, d.w.z. wetgeving van algemeen belang die een impact kan hebben op de levensvatbaarheid op lange termijn van de gedane investeringen en op de oorspronkelijk verwachte winst (bijvoorbeeld een verlaging van de elektriciteitsprijs, de toepassing van sociale tarieven of de bescherming van een natuureservaat).

---

<sup>2</sup> Artikel 43 van het ECT voorziet in de mogelijkheid van associatieovereenkomsten met internationale organisaties en staten. Het orgaan dat verantwoordelijk is voor het toezicht op de toepassing van het Verdrag, namelijk de Conferentie van de verdragsluitende partijen die bekend staat als de "Conferentie van het Handvest", verleent toestemming voor de onderhandelingen over deze overeenkomsten.

<sup>3</sup> Voor een volledige lijst van ondertekenaars, zie: <https://www.energychartertreaty.org/treaty/contracting-parties-and-signatories/>.

<sup>4</sup> In bijlage EM, waarnaar artikel 1, lid 4, van het EG-Verdrag verwijst, wordt gedefinieerd wat in de context van het Verdrag wordt verstaan onder "energiegrondstoffen en energieproducten": [https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag_2).

<sup>5</sup> Artikel 1 §5 van het ECT definieert wat in het verdrag wordt verstaan onder een "economische activiteit in de energiesector": [https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag\\_2](https://wetten.overheid.nl/BWBV0001155/2010-01-21#Verdrag_2)

Indirecte onteigening, die dus het gevolg kan zijn van **elke maatregel (op sociaal gebied of op het gebied van milieu, gezondheid, enz.) die door een staat wordt genomen als onderdeel van de regulering van economische activiteiten** die op zijn grondgebied plaatsvinden, is een van de belangrijkste gronden die door eisers worden aangevoerd op de rechtsgrondslag van het ECT (artikel 13§1) en die ook daadwerkelijk door arbitragetribunalen wordt vastgesteld<sup>6</sup>. De laatste jaren is er ook een algemene trend naar een snelle toename van de schadevergoedingen die arbitragehoven toekennen aan investeerders die op deze manier zijn benadeeld.<sup>7</sup> Het ECT, dat verantwoordelijk is voor 150 bekende geschillen tot nu toe<sup>8</sup>, is de investeringsovereenkomst **die de meeste arbitrages tussen investeerders en staten ter wereld genereert**: op basis van dit verdrag hebben multinationals en investeringsfondsen die actief zijn in de energiesector al meer dan 50 miljard euro schadevergoeding gekregen voor economische, sociale of milieubeleidsmaatregelen van overheidsinstanties.

### 1. Een obstakel in de strijd tegen de opwarming van de aarde en energiearmoede

De bescherming van investeringen in het ECT heeft van dit verdrag **een afschrikkend, zelfs bestraffend instrument gemaakt voor duurzaam energie- en sociaal beleid**<sup>9</sup>.

Als afschrikmiddel stelt het ECT energiebedrijven in staat om landen **er toe te brengen af te zien van een uitstap uit fossiele brandstoffen door te dreigen met een aanklacht** voor een investeerder-staat arbitrage. Verschillende Europese landen zijn hierdoor gedwongen hun klimaatambities terug te schroeven. In 2009 werd Duitsland bijvoorbeeld voor de rechter gedaagd door het Zweedse bedrijf Vattenfall, dat 1,4 miljard euro schadevergoeding eiste voor vertragingen bij het verlenen van vergunningen voor een kolengestookte elektriciteitscentrale. Om een dergelijk bedrag niet te hoeven betalen, stemde de Duitse regering ermee in om de milieunormen voor de betreffende centrale te verlagen<sup>10</sup>. In Frankrijk werd het wetsvoorstel om de exploitatie van fossiele koolwaterstoffen tegen 2040 te beëindigen in 2017 onderuitgehaald nadat het Canadese bedrijf Vermillion dreigde het ECT te gebruiken om de Franse staat aan te klagen voor een arbitrage tribunaal.<sup>11</sup>

Als strafinstrument stelt het ECT energiebedrijven in staat om **financiële boetes te eisen van staten die kiezen voor de overgang naar een koolstofvrije economie**, omdat ze de waarde van investeringen in fossiele brandstoffen in gevaar zouden brengen. Op basis van buitenlandse investeringen die onder het ECT vallen, werd het totaal van potentieel "gestrande" activa in fossiele brandstoffen geschat op 879 miljard euro in januari 2020, en dit zou kunnen oplopen tot het kolossale bedrag van 2.150

---

<sup>6</sup> Zie <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

<sup>7</sup> T. Marzal, « Quantum (In)Justice: Rethinking the Calculation of Compensation and Damages in ISDS », *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 22, n°2, 22 avril 2021.

<sup>8</sup> Dit zijn alleen bekende gevallen, aangezien investeerders volgens het ECT niet verplicht zijn om juridische procedures openbaar te maken. Voor meer informatie over deze geschillen zie : <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases/> (geraadpleegd op 17 avril 2023).

<sup>9</sup> P. Eberhardt, C. Olivet et L. Steinfort, *One Treaty to Rule Them All*, Corporate Europe Observatory & Transnational Institute, Bruxelles/Amsterdam, juin 2018.

<sup>10</sup> ISDS Plateform, « ISDS Corporate Attacks. Case study: Vattenfall v. Germany », 25 juillet 2015.

<sup>11</sup> M. Vaudano, « Comment la menace d'arbitrage a permis aux lobbys de détricoter la loi Hulot », *Le Monde*, 4 septembre 2018.

miljard<sup>12</sup>. Dit verdrag is dus het favoriete instrument geworden van fossiele energiebedrijven om de kosten van deze gestrande maar beschermde activa af te wentelen op de Europese belastingbetaler<sup>13</sup>.

Maar het ECT beperkt zich niet tot het beschermen van particuliere investeringen in fossiele brandstoffen. In Duitsland moest de regering, **na het besluit om alle kerncentrales tegen eind 2022 te sluiten**, een schadevergoeding van 2,4 miljard euro betalen aan verschillende energiebedrijven om een einde te maken aan arbitrageprocedures die tegen haar waren aangespannen. Het ECT wordt ook **gebruikt om beslissingen van overheden om energieprijzen, met name elektriciteitsprijzen, te reguleren** ten gunste van consumenten **te ontmoedigen of tegen te gaan**<sup>14</sup>. In 2007 werd Hongarije bijvoorbeeld aangeklaagd door het elektriciteitsbedrijf Electrabel<sup>15</sup> na de goedkeuring van een wet die het systeem van gereguleerde prijzen (dat was afgeschaft als onderdeel van de liberalisering) opnieuw wilde invoeren om de elektriciteitsrekeningen voor minder welgestelde huishoudens te verlagen.

Het ECT beschermt daarom investeringen in alle vormen van energie, inclusief nucleaire en hernieuwbare energie<sup>16</sup>, maar bovenal stelt het energiebedrijven in staat om substantiële compensatie te eisen van staten die besluiten om de ontwikkeling van energieproductie op hun grondgebied te reguleren<sup>17</sup>. Maar **de energiecontext is de afgelopen jaren ingrijpend veranderd**. De Overeenkomst van Parijs over klimaatverandering (2015) luidde een tijdperk in van **wereldwijde inzet om de economie koolstofarm te maken**. Dit heeft ertoe geleid dat de EU haar doelstelling van koolstofneutraliteit tegen 2050 heeft verduidelijkt als onderdeel van het Europees Groen Pact (2019), waarin wordt opgeroepen tot "een energiesector die grotendeels is gebaseerd op hernieuwbare bronnen, terwijl snel wordt afgestapt van steenkool en gas wordt gedecarboniseerd<sup>18</sup>. Hoewel de Covid-19 pandemie en de oorlog in Oekraïne de kwestie van de energievoorziening tot een van Europa's grootste zorgen hebben gemaakt<sup>19</sup>, is het deel van het ECT dat betrekking heeft op ISDS niettemin in strijd met deze internationale verplichtingen en niet consistent met de Duurzame

---

<sup>12</sup> Y. Saheb, « Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers », Paris, OpenExp, janvier 2020.

<sup>13</sup> Dit is het geval voor de Duitse bedrijven RWE (RWE AG and RWE Eemshaven Holding II B.V. v. Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4) en Uniper (Uniper SE, Uniper Benelux Holding B.V. and Uniper Benelux N.V. v. Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/22) : zij hebben Nederland in 2021 voor de rechter gedaagd en eisen een financiële compensatie van respectievelijk 1 miljard euro en 1,4 miljard euro op basis van het ECT, na de stemming in december 2019 over een wet die de productie van elektriciteit uit steenkool tegen 2030 moet verbieden.

<sup>14</sup> J.C. Benito Sanchez et R. Vivien, "Le Traité sur la Charte de l'énergie. Ennemi dans la lutte contre la précarité énergétique", *Analyse d'Entraide et Fraternité*, avril 2022 : <https://entraide.be/publication/analyse-2022-04/>.

<sup>15</sup> De zaak werd in het voordeel van Hongarije beslist, maar de kosten en uitgaven die inherent zijn aan de procedure en die worden gedragen door de belastingbetaler, bedragen bijna 5 miljoen dollar. Zie Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19 : <https://www.energychartertreaty.org/details/article/electrabel-sa-v-hungary/>.

<sup>16</sup> Spanje, bijvoorbeeld, is het doelwit geweest van bijna vijftig klachten voor een bedrag van meer dan 8 miljard euro nadat het zijn steunregeling voor investeringen in zonne-energie had gewijzigd na het bezuinigingsbeleid dat werd ingevoerd na de crisis van 2008. Zie <https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/>.

<sup>17</sup> Zo is de som van de broeikasgasemissies die door het ECT worden beschermd sinds het in 1998 van kracht werd, groter dan het koolstofbudget van de EU voor de periode 2018-2050. Zie Y. Saheb, "Modernisation of the Energy Charter Treaty. A Global Tragedy at a High Cost for Taxpayers", *op. cit.*

<sup>18</sup> Europese Commissie, "De Europese Green Deal", Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, COM(2019) 640 final, Brussel, 11 december 2019, p. 6.

<sup>19</sup> Aangezien de EU meer dan 60% van haar primaire energiebehoefte importeert, moet de Europese economie zorgen voor niet-discriminerende toegang tot energiegroestoffen en -producten evenals betrouwbare doorvoer en veilige transportinfrastructuur in derde landen. Standpunt van het EVV over het Verdrag inzake het Energiehandvest, aangenomen tijdens het Uitvoerend Comité van 5-6 oktober 2021: <https://www.etuc.org/en/document/etuc-position-energy-charter-treaty>.

Ontwikkelingsdoelen (SDG's) van de 2030 Agenda<sup>20</sup>. Het is ook **illegaal onder Europees recht** (zie punt 4).

Tot slot moet worden benadrukt dat **overheden niets te winnen hebben bij dit arbitragesysteem**. Enerzijds is het ISDS-mechanisme uitsluitend voorbehouden aan buitenlandse privé-investeerders. Ten tweede genereert het automatisch juridische kosten die betaald moeten worden bovenop die van de tegenpartij (in bepaalde gevallen). Zo heeft Spanje in 11 van de 19 zaken die door particuliere investeerders werden gewonnen, alle juridische kosten van deze investeerders moeten dragen. Zelfs in zaken waarin Spanje niet werd veroordeeld door de arbiter, moest het drie van de vijf keer toch de juridische kosten van de tegenpartij betalen<sup>21</sup>.

## **2. Het ECT biedt explicietere en preciezere garanties dan de WTO-regels met betrekking tot de veiligheid van doorvoer/transport in de energiesector**

Het ECT bepaalt dat een overeenkomst sluitende partij geen belasting op doorvoer-of transportinfrastructuur mag heffen of het onderhoud ervan mag verhinderen om de aanvoer van grondstoffen te beperken. Het legt ook de verplichting op om de doorvoer niet stop te zetten in geval van een geschil.

Deze bepalingen zijn daarom belangrijk voor de betrekkingen met niet-EU-landen die partij zijn bij het ECT, niet alleen wanneer ze geen lid zijn van de WTO (Azerbeidzjan, Turkmenistan), maar zelfs wanneer ze lid worden van de WTO.

Wat de houding ten opzichte van het ECT betreft, rijst de vraag: hoe kan men de overdreven bescherming van buitenlandse investeerders neutraliseren zonder, met name in de huidige tweeledige context van de energiecrisis en de doelstelling van herindustrialisering, het niveau van de garanties voor transport/energievoorziening op te geven?

## **3. Een poging tot hervorming, maar onvoldoende resultaten in het licht van de klimaatuitdagingen**

Vanwege zijn onverenigbaarheid met klimaatverbintenissen en EU-wetgeving is het ECT het onderwerp geweest van een hervormingsproces dat meer dan twee jaar heeft geduurd. Helaas biedt [het voorstel om het Verdrag te moderniseren](#), waarover de ongeveer vijftig belanghebbenden op 24 juni 2022 na vijftien onderhandelingsronden overeenstemming hebben bereikt, geen oplossing voor deze onverenigbaarheid, ook al lijken sommige van de voorgestelde wijzigingen op het eerste gezicht stappen vooruit<sup>22</sup>. Deze hebben voornamelijk betrekking op het flexibiliteitsmechanisme (dat de EU en het VK in staat zou stellen om de bescherming voor nieuwe investeringen in fossiele brandstoffen vanaf 15 augustus 2023 te beëindigen) en de uitbreiding van de lijst van energieproducten die onder het ECT

---

<sup>20</sup> Voor het energiebeleid omvat dit laatste met name Duurzaam Ontwikkelingsdoel 7, voor universele toegang tot schone en betaalbare energie, en Duurzaam Ontwikkelingsdoel 13, voor de strijd tegen klimaatverandering en de gevolgen daarvan. Zie <https://www.ccpd-abco.be/advice/een-einde-maken-aan-het-gebrek-aan-coherentie-tussen-het-energiehandvestverdrag-en-de-multilaterale-akkoorden-ten-gunste-van-ontwikkeling/?lang=nl>.

<sup>21</sup> Lucía Bárcena, *From solar dream to legal nightmare*, Madrid/Amsterdam, Transnational Institute, 13 oktober 2021 : <https://www.tni.org/en/publication/from-solar-dream-to-legal-nightmare>.

<sup>22</sup> Pour une analyse détaillée des propositions de réforme, voir S. Wintgens, « Climat : pour un retrait européen coordonné du Traité sur la charte de l'énergie », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 13 septembre 2022 : <https://www.cncd.be/climat-pour-un-retrait-europeen-coordonne-traite-charte-energie>.

vallen (door toevoeging van koolstofarme waterstof, biomassa, biogas, water vrije ammoniak en synthetische brandstoffen).

Deze amendementen zijn echter **lang niet voldoende** om ervoor te zorgen dat de deadlines voor het geleidelijk koolstofvrij maken van de energiesector tegen 2030 worden gehaald, met het oog op het bereiken van koolstofneutraliteit tegen 2050<sup>23</sup>. **Het flexibiliteitsmechanisme voorziet namelijk ook in het behoud van de bescherming van bestaande investeringen in fossiele brandstoffen gedurende tien jaar na de inwerkingtreding van het gemoderniseerde ECT. Maar het ratificatieproces duurt extreem lang. Het gemoderniseerde verdrag moet niet alleen worden bekrachtigd door het Europees Parlement, maar ook worden geratificeerd door de nationale parlementen van ten minste driekwart van de betrokken partijen voordat het kan worden toegepast - een proces dat de laatste keer dat het ECT werd herzien twaalf jaar in beslag nam. In het beste geval zou de gemoderniseerde versie van het verdrag pas over 15 tot 20 jaar in werking treden**, een tijdsbestek dat onverenigbaar is met de Overeenkomst van Parijs om de opwarming van de aarde zo dicht mogelijk bij 1,5°C te houden. Het flexibiliteitsmechanisme dat door de Europese Commissie wordt gesteund, zou dan in de praktijk van zeer beperkt nut zijn.

Bovendien **zullen de risico's van arbitrageprocedures niet worden verminderd door het toepassingsgebied van de gemoderniseerde ECT uit te breiden tot nieuwe energiebronnen en -technologieën, wat het integendeel zal doen toenemen**,<sup>24</sup> **noch door de nieuwe uitzonderingen die zijn voorzien voor bepaalde "legitieme" openbare beleidsmaatregelen, die ontoereikend en problematisch zijn.** Als het gaat om het stopzetten van investeringsprojecten in fossiele brandstoffen om de doelstellingen van het klimaatakkoord van Parijs te halen (zoals het beperken van de opwarming van de aarde tot 1,5°C), zouden de regelgevende maatregelen betrekking kunnen hebben op specifieke energiebronnen of projecten. Dergelijke gerichte maatregelen kunnen echter juridisch worden geïnterpreteerd als "discriminerend" en vallen daarom niet binnen het toepassingsgebied van deze nieuwe uitzonderingen<sup>25</sup>.

Last but not least **behoudt het herziene EG-Verdrag de fameuze ISDS-arbitrageclausule.** Het behoud van dit mechanisme geldt zowel voor niet-EU-lidstaten als voor EU-lidstaten, **aangezien bedrijven die buiten de EU gevestigd zijn (zoals in Zwitserland<sup>26</sup> of het Verenigd Koninkrijk) deze staten nog steeds kunnen aanklagen** op basis van het ECT. De modernisering van het Verdrag is daarom niet langer een optie voor de EU, noch politiek noch juridisch<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> A. Zacharie, « Traité sur la charte de l'énergie : en moderniser ou en sortir ? », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 14 novembre 2022 : <https://www.cncd.be/Traite-sur-la-Charte-de-l-energie-le-moderniser-ou-en-sortir>.

<sup>24</sup> Voor verdere toelichting zie blz.10 van dit standpunt.

<sup>25</sup> Als algemene regel geldt dat niet-discriminerende maatregelen die worden aangenomen om "legitieme beleidsdoelstellingen" te beschermen, zoals de volksgezondheid, de veiligheid en het milieu (met inbegrip van de beperking van en aanpassing aan de klimaatverandering), geen indirecte onteigening vormen. De eis dat overheidsmaatregelen "niet-discriminerend" moeten zijn om te worden uitgesloten van de definitie van indirecte onteigening is uiterst problematisch voor gerichte beleidsmaatregelen ten gunste van de overgang naar schone energie. Sarah Brewin en Lukas Schaugg, « Modest Modernization or Massive Setback ? An analysis of the Energy Charter Treaty agreement in principle », *IISD Report*, août 2022, p. 16 : <https://www.iisd.org/system/files/2022-07/energy-charter-treaty-agreement-analysis.pdf>.

<sup>26</sup> Zwitserland heeft recent aangekondigd dat het zich niet zal terugtrekken uit het ECT. Zie J. Lo, « Switzerland says won't follow EU out of beleaguered Energy Charter Treaty », *Climate Home News/Euractiv*, 10 février 2023 : <https://www.euractiv.com/section/energy/news/switzerland-says-wont-follow-eu-out-of-beleaguered-energy-charter-treaty/>.

<sup>27</sup> S. Wintgen et R. Vivien, « Traité sur la charte de l'énergie : la sortie est inévitable », *Analyse du CNCD-11.11.11*, 14 février 2023 : <https://www.cncd.be/traite-sur-la-charte-de-l-energie-la-sortie-est-inevitable>.



#### 4. De Europese Commissie botst op politieke obstakels

Politiek gezien kreeg de Europese Commissie niet de gekwalificeerde meerderheid die nodig is in de Raad om de herziene versie van het ECT te kunnen steunen op de jaarlijkse conferentie over het Energiehandvest op 22 november 2022. Vier lidstaten (**Frankrijk, Duitsland, Spanje en Nederland**), die meer dan 35% van de Europese bevolking vertegenwoordigen (een blokkerende minderheid), **besloten een gemeenschappelijk EU-standpunt ten gunste van de modernisering van het ECT niet te steunen** en blokkeerden zo de goedkeuring van hervormingen die ontoereikend werden geacht ten opzichte van het in 2019 verleende mandaat<sup>28</sup>.

De Europese Commissie werd ook geconfronteerd met **opeenvolgende aankondigingen van acht staten (Frankrijk, Duitsland, Spanje, Nederland, Polen, Slovenië, Luxemburg en Denemarken) om zich terug te trekken uit het ECT**, naast Italië, dat in 2016 uit het verdrag stapte. Bij gebrek aan een consensus tussen de federale en regionale regeringen heeft België ervan afgezien een standpunt in te nemen over de gemoderniseerde versie van het verdrag.

De Europese Commissie heeft ook **niet de steun van het Europees Parlement**. In zijn [resolutie van 24 november 2022](#) beschouwt het Europees Parlement de herziene versie van het ECT als onvoldoende om de klimaatnoodtoestand aan te pakken, aangezien deze "niet in overeenstemming is met de Overeenkomst van Parijs, de Europese klimaatwetgeving en de doelstellingen van de Green Deal voor Europa" (§5). Het roept de Commissie daarom op om "onmiddellijk het proces in gang te zetten dat moet leiden tot een gecoördineerde terugtrekking van de Unie uit het ECT" (§20) en belooft deze terugtrekking te steunen wanneer haar om goedkeuring wordt gevraagd (§18).

#### 5. De verplichting tot opzegging van een verdrag dat onverenigbaar is met het recht van de Unie

Er zijn ook nog redenen van juridische aard. Om redenen van fundamentele onverenigbaarheid met de Europese wetgeving is het **niet langer mogelijk voor EU-lidstaten om partij te blijven bij een overeenkomst die een arbitragemechanisme bevat van het type ISDS**<sup>29</sup>. In verschillende arresten van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU), waaronder het [Achmea-arrest](#) van 6 maart 2018 en meer recent het [Komstroy-arrest](#), wordt geoordeeld dat particuliere arbitragepanelen niet van toepassing kunnen zijn op geschillen tussen een Europese investeerder en een lidstaat van de Unie, in tegenstelling tot de interpretatie die arbitragepanelen vaak geven<sup>30</sup>. Bovendien voldoet het resultaat van de modernisering van het ECT niet aan de juridische toetsen waaraan het HvJEU de ISDS-artikelen in de CETA heeft onderworpen in zijn Advies 1/17 van 30 april 2019. Het Hof had alle

---

<sup>28</sup> Ter herinnering: de Europese Commissie heeft namens de lidstaten onderhandeld over de modernisering van het ECT op basis van een in juli 2019 vastgesteld mandaat, met een tweeledig doel: het ECT in overeenstemming brengen met de doelstellingen van de klimaatovereenkomst van Parijs en in het herziene verdrag moderne normen voor investeringsbescherming opnemen om zichzelf te beschermen tegen arbitrageprocedures in verband met de uitvoering van overheidsbeleid in het kader van de Green Deal. Raad van de Europese Unie, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty*, Brussel, 2 juli 2019: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10745-2019-ADD-1/en/pdf>.

<sup>29</sup> Gedetailleerde toelichting in deze wetenschappelijke studie: C. Eckes et L. Ankersmit, *The compatibility of the Energy Charter Treaty with EU law*, Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance / University of Amsterdam, 21 april 2022, pp. 16-17: <https://www.clientearth.org/media/2n2po04j/report-on-ect-compatibility-with-eu-law.pdf>.

<sup>30</sup> Private arbitragepanelen zijn niet verplicht om zich te houden aan uitspraken van het HvJEU. S. Collins, « Moldova v Komstroy: A Moment Of Reckoning For Intra-EU Investment Arbitration Under The ECT? Considering Its impact On Tribunals, Investors And EU Member States », *European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) Blog*, 29 novembre 2021: <https://efilablog.org/2021/11/29/moldova-v-komstroy-a-moment-of-reckoning-for-intra-eu-investment-arbitration-under-the-ect-considering-its-impact-on-tribunals-investors-and-eu-member-states/>.

elementen van het ISDS-hoofdstuk onderzocht en was van oordeel dat deze elementen samen de verenigbaarheid van de CETA met het EU-recht waarborgden. De resultaten van de modernisering van het ECT halen deze norm helemaal niet (het "gemoderniseerde" ECT heeft bijvoorbeeld niet de mogelijkheid van beroep tegen de beslissingen van arbitragepanels ingevoerd). Het resultaat van de modernisering stelt de EU of haar lidstaten dan ook niet in staat om zich aan het ECT te blijven houden<sup>31</sup>.

Omdat de Europese Commissie er niet in slaagde om moderne normen voor investeringsbescherming op te nemen in het ECT, erkende ze al in december 2020 dat ze "[zou kunnen overwegen om andere opties voor te stellen, waaronder terugtrekking uit het ECT](#)". Op 25 november 2022 vertelde EU Commissaris Frans Timmermans aan de krant [Le Monde](#) dat hij het moeilijk vond om "Europese deelname aan het ECT te rechtvaardigen". Op 6 december 2022 erkende de [Europese Commissie](#) openlijk dat zij een gecoördineerde terugtrekking van de EU en haar lidstaten uit het verdrag aan het voorbereiden was. In een document<sup>32</sup> dat begin februari 2023 aan de lidstaten werd voorgelegd, bevestigde zij dat **een uittreding uit het ECT nu "onvermijdelijk" is** omdat het onmogelijk is de gemoderniseerde versie van het Verdrag goed te keuren en er opnieuw over te onderhandelen, en stelde zij de lidstaten verschillende opties voor.

Zoals de diensten van de Europese Commissie aangeven in hun *non-paper* van februari 2023, waarin zij pleiten voor een gecoördineerde terugtrekking van de EU en de lidstaten uit het ECT, is dit verdrag van geen enkel economisch belang voor de lidstaten: "**vormen van investeringsbescherming zoals die door het ECT worden geboden, zijn niet nodig om investeringen in de EU aan te trekken, gezien de niveaus van toegang tot de rechter en de rechtsstaat - met name niet in de energiesector, waar de energiemarkt van de EU dynamisch en zeer aantrekkelijk is. Bijgevolg zou een terugtrekking uit het ECT geen grote impact mogen hebben op de beslissingen van spelers uit Japan, het VK, Zwitserland, Azerbeidzjan of een andere verdragsluitende partij bij het ECT om te investeren in de energiesector van de EU**". Bovendien somt het voorstel van resolutie van het Belgische federale parlement van 21 maart 2022 de andere opties op waarover bedrijven beschikken om hun investeringen in de energiesector te beschermen, zoals een beroep doen op de rechtbanken van de gastlanden of het afsluiten van een "politiek risico"-verzekering om hen te beschermen tegen de risico's van confiscatie, nationalisatie en annulering van contracten<sup>33</sup>. **De rechtszekerheid van particuliere investeerders hangt dus niet af van de aanwezigheid van een arbitragemechanisme.**

## 6. Door de Commissie aan de lidstaten voorgetelde opties

De Europese Commissie heeft de lidstaten drie opties voorgesteld met betrekking tot de toekomst van het ECT :

### 1) Een gecoördineerde terugtrekking van de EU, Euratom en de lidstaten uit het ECT

---

<sup>31</sup> Zie <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=213502&doclang=NL> en HvJEU, « Advies 1/17. Het mechanisme voor de beslechting van geschillen tussen investeerders en staten waarin de vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en Canada (CETA) voorziet, is verenigbaar met het Unierecht», *Perscommuniqué nr.52/19*, Luxemburg, 30 april 2019 : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-04/cp190052nl.pdf>.

<sup>32</sup> « Non-paper from the European Commission. Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty », februari 2023.

<sup>33</sup> (Ingediend door de heer Malik Ben Achour c.s.) Kamer van Volksvertegenwoordigers, Voorstel van Resolutie betreffende de terugtrekking van de Europese Unie uit het Verdrag inzake het Energiehandvest, 21 maart 2022, p.14-15 : <https://www.dekamer.be/doc/flwb/pdf/55/2593/55k2593001.pdf>



De eerste optie die de Commissie voorstelt, is een gecoördineerde terugtrekking van de EU en haar lidstaten. Deze optie, die de Commissie duidelijk beschouwt als "**de meest geschikte**", is ook de meest coherente en doeltreffende.

In de huidige context van een crisis in de energieprijzen en de versnelling van de klimaatverandering moeten de lidstaten **volledige regelgevende bevoegdheid** hebben om energiearmoede te bestrijden en te zorgen voor een snelle en eerlijke energietransitie. Een gecoördineerde terugtrekking door de EU en haar lidstaten zou de **beste bescherming bieden tegen (dreigende) rechtszaken** voor particuliere arbitrage-tribunalen, aangezien meer dan 65% van de ISDS-zaken onder het ECT binnen de EU plaatsvinden.

Een van de belangrijkste obstakels voor deze optie is de overlevingsclausule (artikel 47, lid 3), op grond waarvan investeringen die vóór de uittreding zijn gedaan nog twintig jaar na de uittreding door het Verdrag worden beschermd. Aangezien deze clausule (20 jaar) blijkbaar langer is dan de periode die door het flexibiliteitsmechanisme wordt toegestaan (tien jaar), verdient het de voorkeur het hervormingsvoorstel goed te keuren in plaats van uit de VEG te stappen<sup>34</sup>. Dit argument houdt echter geen rekening met het feit dat deze periode pas ingaat na de inwerkingtreding van het gemoderniseerde EG-Verdrag (waarvan het ratificatieproces enige tijd in beslag kan nemen), [noch met de bestaande juridische mogelijkheden om de overlevingsclausule buiten werking te stellen](#). Staten die hebben besloten zich uit het ECT terug te trekken, zouden onderling een overeenkomst kunnen sluiten die de toepassing van deze overlevingsclausule uitsluit, waardoor het risico dat EU-investeerders hun zaak voorleggen aan arbitragehoven wordt teruggebracht van twintig tot één jaar.<sup>35</sup>

Deze optie zou ook het voordeel hebben dat alle claims op basis van het ECT geneutraliseerd worden, en niet alleen die met betrekking tot fossiele brandstoffen: er zijn bijvoorbeeld verschillende claims ingediend tegen staten die energieprijzen hebben gereguleerd. Om het voorstel van de Commissie voor een gecoördineerde terugtrekking uit het ECT goed te keuren, is de steun nodig van een gekwalificeerde meerderheid van de lidstaten in de Raad en **de instemming van het Europees Parlement**. Om deze gekwalificeerde meerderheid te bereiken, is de steun nodig van 15 van de 27 lidstaten, die ten minste 65% van de totale bevolking van de EU vertegenwoordigen. **Het standpunt van de acht lidstaten die hun unilaterale terugtrekking uit de TEC al hebben aangekondigd (of daar zelfs al toe zijn overgegaan), evenals het standpunt dat het Europees Parlement heeft ingenomen in zijn resolutie van 24 november 2022, zou een politieke consensus moeten vergemakkelijken.**

De twee andere voorgestelde opties houden risico's en beperkingen in.

## **2) Terugtrekking uit de EU en Euratom, met voorafgaande toestemming voor bepaalde lidstaten om partij te blijven bij een gemoderniseerd ECT.**

De tweede optie die de Commissie voorstelt is om de lidstaten die dat wensen toe te staan in het ECT te blijven ondanks het feit dat de EU als regionale organisatie het ECT verlaat.

**Volgens de Commissie zelf zou deze optie "een aanzienlijke complexiteit en administratieve last met zich meebrengen"**, aangezien de uitvoering ervan een zeer lange en restrictieve procedure zou

---

<sup>34</sup> Zie J. Tropper, « Withdrawing from the Energy Charter Treaty: The End is (not) Near », *Kluwer Arbitration Blog*, 4 november 2022 : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/11/04/withdrawing-from-the-energy-charter-treaty-the-end-is-not-near/>.

<sup>35</sup> Eén jaar na de notificatie wordt de terugtrekking van een partij effectief. N. Bernasconi-Osterwalder, « Energy Charter Treaty Reform: Why withdrawal is an option », *IISD Analysis*, 24 juni 2021 : <https://www.iisd.org/itn/en/2021/06/24/energy-charter-treaty-reform-why-withdrawal-is-an-option/>.

vereisen. De lidstaten kunnen na uittreding uit de EU geen verplichtingen op zich nemen op grond van het ECT, tenzij de EU hen daartoe uitdrukkelijk machtigt via een "voorafgaande machtiging", waarvoor de steun van de Raad en de instemming van het Europees Parlement vereist is. Aangezien het Europees Parlement duidelijk heeft aangegeven voorstander te zijn van een gecoördineerde terugtrekking, **is de politieke haalbaarheid van deze optie onzeker**. Bovendien staat de Commissie alleen toe dat lidstaten partij blijven bij het ECT op voorwaarde dat de modernisering van het Verdrag effectief wordt goedgekeurd en binnen een redelijke termijn in werking treedt, wat niet gegarandeerd is.

Deze optie zou ook **politiek ongewenste gevolgen** kunnen hebben. Het feit dat sommige lidstaten partij blijven bij het ECT terwijl andere zich terugtrekken, zou **de cohesie van de EU kunnen schaden**, niet alleen wat betreft het beeld dat zij naar buiten toe uitstraalt (aangezien de eenheid van de EU in twijfel zou worden getrokken), maar ook binnen de interne markt (**aangezien ongelijke concurrentievoorwaarden zouden ontstaan**, wat gevolgen zou kunnen hebben voor de tenuitvoerlegging van het EU-recht in lidstaten met verschillende aansprakelijkheidsregelingen).

De toepassing binnen de EU van twee verschillende versies van het ECT, al dan niet gemoderniseerd afhankelijk van de lidstaten, **zou ook veel rechtsonzekerheid creëren** over de aspecten van dit gemengde verdrag waaraan de lidstaten of de EU gebonden zijn, in tegenstelling tot de juridische duidelijkheid van een gecoördineerde terugtrekking.

Tot slot zullen **alle diplomatieke en politieke inspanningen** om de gemoderniseerde versie van het ECT aan te nemen en een snelle ratificatie te waarborgen, voortaan **moeten worden geleverd door de lidstaten die partij blijven** bij het Verdrag. Niet alleen zullen zij hiervoor de exclusieve verantwoordelijkheid dragen, maar zij zullen ook het secretariaat van het ECT moeten blijven financieren en runnen zonder de steun van de andere grote EU-landen die zich hebben teruggetrokken, of de diensten van de Commissie.

### ***3) Een besluit van de Raad tot goedkeuring van de modernisering, gevolgd door de (gecoördineerde) terugtrekking van de EU, Euratom en de lidstaten.***

De derde optie die de Commissie voorstelt, is dat de EU en haar lidstaten **zich op gecoördineerde wijze terugtrekken uit een gemoderniseerd ECT**. Dit zou met andere woorden inhouden dat de Conferentie over het Energiehandvest toestemming geeft voor de vaststelling van het gemoderniseerde ECT en tegelijkertijd de procedure voor terugtrekking inleidt.

Volgens **de Europese Commissie** is het in het belang van de EU en haar lidstaten om zich niet te verzetten tegen de goedkeuring van modernisering voorafgaand aan een mogelijke terugtrekking. Zij is echter ook van mening dat **deze optie politiek onhoudbaar** is, aangezien deze "zou indruisen tegen de publieke en politieke aankondiging die al door een aantal lidstaten is gedaan". Ten minste acht ministers en/of regeringen (Frankrijk, Duitsland, Spanje, Nederland, Polen, Slovenië, Luxemburg en Denemarken) hebben al besloten zich terug te trekken uit de TEC, en verschillende van hen (waaronder **Frankrijk, Duitsland, Spanje en Nederland**) hebben de gemoderniseerde versie van het Verdrag in november 2022 **verworpen**. Een dergelijke optie zou dus ofwel een verduidelijking van hun kant impliceren (impliceert de aankondiging van een terugtrekking een afwijzing van de modernisering), ofwel een loslaten van hun politieke aankondigingen.

In zijn resolutie van 24 november 2022 **heeft het Europees Parlement ook duidelijk gemaakt dat het de resultaten van de hervorming van het ECT verworpt** omdat deze niet in overeenstemming zijn met de Europese en internationale klimaatverbintenissen en evenmin afgestemd zijn op de nieuwe

benadering van het investeringsbeleid van de EU. Zij is van mening dat de gemoderniseerde versie van het ECT niet voldoet aan de doelstellingen die zijn uiteengezet in haar [resolutie van 23 juni 2022](#) over de toekomst van het internationale investeringsbeleid van de Unie, met name het onmiddellijke verbod voor investeerders in fossiele brandstoffen om verdragsluitende partijen te vervolgen voor de uitvoering van een beleid voor de geleidelijke afschaffing van fossiele brandstoffen dat in overeenstemming is met hun internationale verplichtingen (§42), de aanzienlijke verkorting van het tijdschema voor de geleidelijke afschaffing van de bescherming voor bestaande investeringen in fossiele brandstoffen (§39), en de afschaffing van het ISDS-mechanisme in door de EU en haar lidstaten ondertekende en geratificeerde verdragen ter bescherming van investeringen (§26).

De Commissie beschouwt deze optie ook als "**onoprecht tegenover de andere verdragsluitende partijen bij het EG-Verdrag die geen lid zijn van de EU**". In het gunstigste geval zou de uitvoering vele jaren in beslag nemen, aangezien de inwerkingtreding van de gemoderniseerde versie van het Verdrag de ratificatie door ten minste driekwart van de verdragsluitende partijen vereist, een termijn van 15 tot 20 jaar. Maar in werkelijkheid is de kans dat dit ooit gebeurt erg klein, aangezien niet-EU-lidstaten zouden weten dat de EU van plan is zich terug te trekken zodra het gemoderniseerde verdrag van kracht is. **De EU zou dus het risico lopen gegijzeld te worden door de belangen van derde landen.**

Door voor deze optie te kiezen, zouden de EU-lidstaten zich vooral blootstellen aan **een groter risico op ISDS-zaken vanwege de uitbreiding van het toepassingsgebied van het gemoderniseerde ECT naar nieuwe energietechnologieën** zoals waterstof of koolstofafvang en -opslag (CCS). Paradoxaal genoeg zal de opname van deze nieuwe categorie van beschermde investeringen in het verdrag het risico op arbitrageprocedures door buitenlandse investeerders tegen staten die beleid implementeren voor de overgang naar 100% hernieuwbare energie vergroten. **Maar niet alleen bevinden deze nieuwe technologieën zich nog in de verkennende fase<sup>36</sup>, maar de Commissie erkent zelf de nutteloosheid van het ECT bij het aantrekken van buitenlandse investeringen in de EU, vooral in de energiesector<sup>37</sup>.**

## AANBEVELINGEN

Bij gebrek aan ingrijpende hervormingen en om alle bovengenoemde redenen **is de meest doeltreffende optie voor de EU en haar lidstaten volgens ons een uittreding uit het ECT:**

- **op een collectieve, gecoördineerde manier en vergezeld van een *inter se* overeenkomst die de ISDS en de overlevingsclausule neutraliseert;** met dien verstande dat een dergelijke overeenkomst minstens even effectief moet zijn in zijn effecten en snel moet worden geïmplementeerd als de overlevingsclausule: dit zou het schadelijke effect van het ECT aanzienlijk verminderen, vooral als deze strategie wordt gevolgd door andere niet-Europese staten die het ECT hebben ondertekend. De terugtrekking van het ECT uit de EU en haar lidstaten **zou een domino-effect kunnen hebben.** Niet alleen omdat **dit gevolgen zal hebben voor het functioneren van het secretariaat van het ECT,** aangezien de Europese staten bijdragen aan de begroting van het secretariaat en de EU de belangrijkste drijvende kracht achter de modernisering van het verdrag is. Maar ook omdat deze terugtrekking niet-Europese ondertekenende staten die lid willen worden van de EU, evenals haar

---

<sup>36</sup> Ze worden door milieuactivisten gezien als valse oplossingen, omdat ze ofwel de uitstoot van broeikasgassen niet echt verminderen (sommige vormen van waterstof worden geproduceerd uit olie, steenkool of methaan), of het probleem uitstellen (CCS), of bijkomende schade veroorzaken (biomassa).

<sup>37</sup> « Our general assessment is that modes of investment protection such as the one provided by the ECT are not required to attract investments in the EU, given the levels of access to justice and rule of law – especially not in the energy sector, where the EU energy market is dynamic and very attractive. » Uittreksel uit « Non-paper from the European Commission. Next steps as regards the EU, Euratom and Member States' membership in the Energy Charter Treaty », februari 2023.

naaste economische partners, **sterk zou kunnen aanmoedigen om zich nu terug te trekken** uit een verdrag dat in strijd is met het recht van de Unie.

- **door het, overeenkomstig het standpunt van het Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV), te begeleiden met een beleid voor samenwerking op het gebied van buitenlandse handel en energie:**
  - proactief en op lange termijn;
  - **ten opzichte van een verscheidenheid aan potentiële leverancierslanden**, waaronder de vele huidige ondertekenaars van het ECT, met name gericht op niet-discriminerende toegang tot energiegrondstoffen en respect voor de rechten en soevereiniteit van de volkeren van de landen waar deze grondstoffen worden gevonden;
  - **waarbij het huidige niveau van veiligheid van doorvoer/transport/energievoorziening, dat noodzakelijk is voor de groene herindustrialisering** van Europa en dus voor de ecologische overgang en werkgelegenheid, wordt gehandhaafd en versterkt;
  - die de inspanningen handhaaft om te voorkomen dat de bescherming van buitenlandse investeerders in strijd is met het Europese industriebeleid en het beleid ter bestrijding van brandstofarmoede.

**Gezien de enorme klimaatuitdagingen is het ECT een enorm obstakel waarvan de negatieve effecten op de energietransitie zo snel mogelijk moeten worden weggenomen. We moeten er ook voor zorgen dat het gehele energie- en klimaatbeleid sociaal rechtvaardig is.**