



De minister van Economische Zaken en  
Klimaat  
Bezuidenhoutseweg 73  
Postbus 20401  
2500 EK Den Haag

Parijs, 15 juni 2018

Excellentie,

## **Betreft: Internetconsultatie Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie**

ENGIE S.A., middels haar groepsvennootschappen Electrabel S.A en Energie Nederland N.V., (tezamen "**ENGIE**") is (indirect) eigenaar van een kolencentrale op de Maasvlakte te Rotterdam ("**Centrale Rotterdam**"). ENGIE heeft kennisgenomen van het voorstel voor een "Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie" d.d. 19 mei 2018 (het "**Wetsvoorstel**") en de bijbehorende toelichting (de "**Toelichting**"). ENGIE maakt hierbij gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Wetsvoorstel met de daarbij behorende Toelichting.

### **1 INLEIDING**

#### **1.1 De Centrale Rotterdam**

1. Kolencentrales zijn tegenwoordig in het kader van een groeiend maatschappelijk klimaatbewustzijn een veelbesproken wijze van energieopwekking. De nadruk ligt daarbij op de CO<sub>2</sub>-emissie die gepaard gaat met het opwekken van elektriciteit door kolencentrales. ENGIE onderschrijft in het algemeen het belang van maatregelen die zijn gericht op het reduceren van CO<sub>2</sub>-emissie, ook in het kader van de elektriciteitsopwekking, zowel op Europees als op mondiaal niveau. De beslissing om te investeren in de bouw van een moderne en efficiënte kolencentrale als de Centrale Rotterdam is evenwel een lange termijn investering die ENGIE meer dan 10 jaar geleden heeft genomen met steun van de Nederlandse autoriteiten. Aan ENGIE zijn vergunningen verleend om in de Centrale Rotterdam met kolen elektriciteit

ENGIE

1, place Samuel de Champlain, Faubourg de l'Arche

92930 Paris La Défense Cedex, France

T +33 (1) 44 22 00 00

ENGIE : NV met een kapitaal van 2 435 285 011 euro

RCB Nanterre 542 107 651

Sociale zetel : 1, Place Samuel de Champlain, 92400 Courbevoie

op te wekken die niet in de tijd zijn beperkt. Net als voor ENGIE was het voor de Nederlandse Staat en de bevoegde autoriteiten duidelijk dat het realiseren en toestaan van een *state of the art* kolengestookte elektriciteitscentrale een besluit voor de lange termijn is.

2. In het vorige decennium stond de Nederlandse Staat positief tegenover het bouwen van nieuwe kolencentrales in Nederland, in het licht van de noodzakelijke zekerheid van en gewenste diversiteit in elektriciteitsproductie.<sup>1</sup> Het is dan ook geen toeval dat in die tijd drie grote internationale ondernemingen het besluit hebben genomen een dergelijke centrale te bouwen, en dat aan deze ondernemingen daartoe door de bevoegde autoriteiten de benodigde vergunningen zijn verstrekt. ENGIE is in 2007 begonnen met de investering van EUR 1,5 miljard in de bouw van een nieuwe kolencentrale in Nederland volgens de meest moderne beschikbare technieken en inzichten.
3. ENGIE heeft zich aan haar belofte gehouden. De Centrale Rotterdam is een moderne, zogenaamde *ultra superkritische* kolencentrale, die in 2015 in gebruik is genomen naast Europa's grootste kolenterminal in de haven van Rotterdam. De centrale heeft een netto vermogen van 731 MW en voorziet daarmee in circa 5% van de totale Nederlandse elektriciteitsbehoefte. De Centrale Rotterdam is een *state of the art* kolencentrale en staat bekend als een van de meest moderne, efficiënte en schone centrales in Europa. De voornaamste redenen hiervoor zijn dat de Centrale Rotterdam is ontworpen en gebouwd volgens de zogenaamde *beste beschikbare technieken* (BBT)-standaard in overeenstemming met de toepasselijke Europese Richtlijn inzake Industriële Emissies.<sup>2</sup> Daardoor heeft de Centrale Rotterdam een significant hoger rendement dan andere kolencentrales in Europa. Dat wil zeggen dat een hoger percentage van de energie-inhoud van de kolen wordt omgezet in elektriciteit.
4. De hoge kwaliteit en efficiëntie van de Centrale Rotterdam is meermaals bevestigd door de minister van Economische Zaken. In een Kamerbrief zei (toenmalig) minister Kamp over de nieuw gebouwde kolencentrales (waaronder de Centrale Rotterdam): "*Nederland beschikt over relatief schone en efficiënte elektriciteitscentrales. De Nederlandse kolencentrales hebben een elektrisch rendement tussen de 42% en 47%, terwijl er elders in Europa nog kolencentrales draaien met een rendement van 34%.*"<sup>3</sup> In september 2016 liet (toenmalig) minister Kamp in de media hetzelfde weten: "*Dit zijn de schoonste van heel Europa, we zouden gek zijn als we die dicht doen.*"<sup>4</sup>

## 1.2 Het Wetsvoorstel en de Toelichting

5. Aanleiding voor het Wetsvoorstel is volgens de Toelichting de eind 2015 gesloten Overeenkomst van Parijs, welke onderdeel is van het Klimaatverdrag. In dat kader heeft het kabinet Rutte III zich voorgenomen om een CO<sub>2</sub>-reductie te realiseren van 49% in 2030 (ten opzichte van 1990), terwijl in

<sup>1</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2002/03, 1857; *Kamerstukken II* 2002/03, 29 023, nr. 1.

<sup>2</sup> Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) (PB 2010, L 334).

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 30 196, nr. 505 (Kamerbrief 19 januari 2017).

<sup>4</sup> <https://www.nu.nl/economie/4316610/minister-wil-geen-nieuwe-kolencentrales-sluiten.html>; <https://www.trouw.nl/home/kabinet-voldoet-vrijwel-aan-vonnis-in-broeikaszaak-a05c1cf2/>.

Europese context de Nederlandse Staat zich heeft gecommitteerd aan een significant lagere reductie, namelijk een reductie van 40% in 2030 (ten opzichte van 1990).<sup>5</sup> Waar het kabinet Rutte II nog geen enkele noodzaak zag om de nieuwe moderne kolencentrales te sluiten (zoals onder andere meermaals bevestigd door (toenmalig) minister Kamp), is het kabinet Rutte III blijkens het regeerakkoord van oktober 2017 een andere politieke koers gaan varen en heeft ervoor gekozen een strengere doelstelling te ambiëren, welke zij grotendeels wenst te realiseren door middel van een verbod op kolencentrales (wetstechnisch vormgegeven als een verbod op het gebruik van kolen als brandstof voor de elektriciteitsproductie).<sup>6</sup>

6. Het Wetsvoorstel voorziet er nu in dat ENGIE uiterlijk op 1 januari 2030 de Centrale Rotterdam zal moeten sluiten omdat zij met die centrale vanaf die datum geen elektriciteit met kolen meer mag produceren. Dit in weerwil van hetgeen is toegestaan aan ENGIE in het kader van de aan haar verleende vergunningen. De economische en technische levensduur van een dergelijke centrale is 40 tot 50 jaar, zodat de centrale dus tot minstens 2055-2065 in gebruik zou kunnen blijven als kolencentrale en op grond van de vergunningen dat gebruik ook is toegestaan. Echter, wanneer het Wetsvoorstel van kracht zal worden zal ENGIE de Centrale Rotterdam 15 jaar na de ingebruikname alweer moeten sluiten. De schade die ENGIE als gevolg daarvan zal leiden is zeer aanzienlijk, aangezien dit neerkomt op het verlies van 25-35 jaar exploitatie van de Centrale Rotterdam.
7. ENGIE begrijpt en onderschrijft ten volle de wens van de Nederlandse regering om de klimaatdoelstellingen van de Overeenkomst van Parijs te behalen. Echter, de wijze waarop dat beleid wordt vormgegeven zal moeten voldoen aan nationale en internationale wet- en regelgeving. Het Wetsvoorstel en de Toelichting geven er geen blijk van dat de regering zich daadwerkelijk realiseert welke impact het Wetsvoorstel heeft op een exploitant van een nog geen drie jaar geleden in gebruik genomen, *state of the art* centrale, laat staan dat de regering er blijk van geeft voornemens te zijn aan de belangen van de investeerders in de moderne kolencentrales recht te doen.
8. Het beeld dat uit de Toelichting naar voren komt is helaas uitermate eenzijdig en onzorgvuldig ten aanzien van de belangwekkende onderwerpen die daarin naar voren komen. De politieke beleidskeuze van sluiting per uiterlijk 1 januari 2030 staat duidelijk voorop, waarbij nauwelijks aandacht wordt besteed aan de eerder op initiatief van (toenmalig) minister Kamp in 2016 en 2017 geanalyseerde gevolgen, voordelen en nadelen van een sluitingsmaatregel. Er lijkt niet te zijn gestreefd naar een volledige, evenwichtige weergave van de relevante overwegingen en van de juridische implicaties in het licht van internationale en Europeesrechtelijke verplichtingen teneinde de Staten-Generaal deugdelijk over het Wetsvoorstel en de gevolgen daarvan voor te lichten. Dit in het oog springende mankement van de Toelichting valt ernstig te betreuren. In het verleden is – door het kabinet Rutte-II – een analyse gemaakt van de gevolgen van de verschillende beleidsopties ten aanzien van de kolencentrales (zie de Kamerbrief van 19 januari 2017)<sup>7</sup>. In de Toelichting ontbreekt een enigszins vergelijkbare analyse van de gevolgen van het

---

<sup>5</sup> Toelichting, p. 3.

<sup>6</sup> Toelichting, p. 6.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 30 196, nr. 505 (Kamerbrief 19 januari 2017).

Wetsvoorstel. Een dergelijke analyse en toelichting kan bij een ingrijpend voorstel zoals het onderhavige niet worden gemist.

### **1.3 Nieuw onderzoek Frontier Economics en onzorgvuldig wetgevingsproces vereisen heroverweging CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen**

9. Op de valreep voor de sluiting van de consultatietermijn, werden door het ministerie van Economische Zaken en Klimaat bij (onder andere) ENGIE de uitkomsten bekendgemaakt van een nieuw onderzoek van Frontier Economics uit 2018. Het kabinet heeft kennelijk opdracht gegeven tot dat onderzoek om de gevolgen te analyseren van twee specifieke CO<sub>2</sub>-maatregelen waartoe is besloten in het regeerakkoord 2017, namelijk de sluiting van kolencentrales en de invoering van een bodemprijs voor CO<sub>2</sub>-emissies. Gelet op het tijdstip waarop ENGIE eerst kennis heeft kunnen nemen van de uitkomsten van dat onderzoek, heeft ENGIE in het kader van de onderhavige consultatie onvoldoende gelegenheid gehad de bevindingen van Frontier Economics zorgvuldig te kunnen analyseren en mee te kunnen nemen in haar reactie op de consultatie. Aan ENGIE is ook slechts een presentatie verstrekt met de voornaamste uitkomsten van het onderzoek, en is geen volledig rapport beschikbaar gesteld. In elk geval lijken de conclusies uit het onderzoek van Frontier Economics een groot deel van de stellingen te ondersteunen die ENGIE in de onderhavige reactie op de consultatie naar voren brengt.
10. Meer specifiek bevestigt het onderzoek dat de maatregel uit het Wetsvoorstel op Europees niveau een beperkt effect zal hebben op CO<sub>2</sub>-reductie, en dat dit effect nog lager zal zijn wanneer een CO<sub>2</sub>-bodemprijs zal worden ingevoerd, zoals tevens is besloten in het regeerakkoord. Daarnaast gaan de effecten van CO<sub>2</sub>-reductie gepaard met verhoging van kosten. Bovendien zijn zij gebaseerd op gunstige aannames, namelijk de aanname dat op Europees niveau in het geheel geen 'waterbedeffect' zal optreden onder het EU ETS systeem (hetgeen slechts mogelijk zou zijn indien gelijktijdig met de sluiting van kolencentrales emissierechten worden ingetrokken, waar de Toelichting kennelijk niet vanuit gaat) en de aanname dat een positieve business case bestaat voor het produceren van elektriciteit met biomassa. De uitkomsten van het onderzoek van Frontier Economics geven aldus aanleiding vraagtekens te plaatsen bij de effectiviteit (zowel ten aanzien van daadwerkelijke CO<sub>2</sub>-reductie op Europees niveau als ten aanzien van kosteneffecten) en bij de legitimiteit van de CO<sub>2</sub>-maatregelen.
11. Ook vanuit procesmatig oogpunt bestaan bezwaren tegen de gang van zaken ten aanzien van het Wetsvoorstel. De beslissing uit het regeerakkoord 2017 om kolencentrales te sluiten per 1 januari 2030 en een bodemprijs voor CO<sub>2</sub>-emissies in te stellen, waren louter politiek gemotiveerd zonder dat op dat moment kennelijk deugdelijk onderzoek was gedaan naar de effectiviteit, en daarmee naar de legitimiteit, van deze maatregelen. Pas nadat de politieke besluiten omtrent deze maatregelen waren genomen, is een dergelijk onderzoek eerst ingesteld. Vervolgens zijn de uitkomsten van dat onderzoek niet afgewacht alvorens het wetgevingsproces (al dan niet) in gang te zetten, maar is hangende het onderzoek alvast het Wetsvoorstel opgesteld. Dat Wetsvoorstel ziet ook slechts op één van beide voornoemde CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen uit het regeerakkoord waar het onderzoek van Frontier Economics zich op richtte. Het Wetsvoorstel en de Toelichting daarbij zijn dus opgesteld zonder dat (voldoende) rekening kon

worden gehouden met de resultaten van dat onderzoek, hetgeen ook blijkt uit de Toelichting. Een aantal fundamentele stellingen uit de Toelichting worden door de resultaten van het onderzoek ook niet ondersteund.

12. Desalniettemin is het Wetsvoorstel opgesteld en bekend gemaakt, en is ook het consultatieproces ingezet en inmiddels reeds afgerond. De onderhavige consultatie kan als zodanig dan ook geen nuttig doel dienen. Het bevreemdt bovendien dat ENGIE slechts onder vertrouwelijkheid kennis heeft kunnen nemen van de uitkomsten van het onderzoek van Frontier Economics, waardoor ENGIE die uitkomsten hoe dan ook niet had kunnen meenemen in haar reactie op de onderhavige consultatie op het Wetsvoorstel, terwijl die uitkomsten nu juist relevant zijn voor een beoordeling van dat Wetsvoorstel. Het gevolg van het voorgaande is een onzorgvuldig wetgevingsproces.
13. ENGIE gaat ervan uit dat zowel de conclusies uit het nieuwe onderzoek van Frontier Economics als de onzorgvuldigheid van het proces ten aanzien van het huidige Wetsvoorstel, daadwerkelijk zullen leiden tot een heroverweging van het Wetsvoorstel en de overige CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen waartoe is besloten in het regeerakkoord.

#### **1.4 Onderhavige reactie op de consultatie**

14. ENGIE zet in het navolgende op hoofdlijnen uiteen wat ten aanzien van het Wetsvoorstel de implicaties zijn van de toepasselijke (internationale) wet- en regelgeving en de toepassing van de toetsingskaders die daardoor worden geboden. ENGIE beoogt met deze brief geen volledige reactie te geven op de algemene stellingen in het Wetsvoorstel, noch daarop uitputtend te reageren. ENGIE beoogt evenmin alle relevante juridische en feitelijke aspecten van het Wetsvoorstel naar voren te brengen. ENGIE behoudt zich alle rechten voor in dat opzicht.
15. Tegen deze achtergrond licht ENGIE allereerst toe dat het Wetsvoorstel in haar huidige vorm in strijd is met de verplichtingen van de Nederlandse Staat onder artikel 10 en 13 van het Energiehandvestverdrag (Energy Charter Treaty of "ECT") (hoofdstuk 2). Vervolgens licht ENGIE toe dat het Wetsvoorstel ook in strijd is met artikel 1 Eerste Protocol EVRM (hoofdstuk 3).

## **2 ENERGIEHANDVESTVERDRAG (ECT)**

### **2.1 Artikel 13 ECT: onteigening vereist compensatie**

16. De ECT is een internationaal verdrag dat tot doel heeft buitenlandse investeerders te beschermen wanneer zij investeringen doen in Verdragsluitende Staten, waaronder Nederland. Een van de meest ingrijpende maatregelen die een Staat kan nemen is die van (directe of indirecte) onteigening. Onder het begrip onteigening in artikel 13 van de ECT valt niet alleen het direct ontnemen door een Staat van de juridische eigendom van een investering, maar ook maatregelen van een Staat waarvan het gevolg is dat aan een investeerder rechten worden ontnomen. De ECT biedt voor investeerders dan ook bescherming



tegen dit soort vergaande maatregelen.

17. De ECT verplicht een Staat om de investeerder die getroffen wordt door een onteigeningsmaatregel in het publiek belang een "*prompte, adequate en effectieve compensatie*" te bieden. Deze compensatie dient volgens artikel 13 ECT gelijk te zijn aan de *fair market value* van de betreffende investering die teniet wordt gedaan door de maatregel, zulks op het moment van bekendmaking van de maatregel ("*at the date the impending expropriation became known*"). Als de Staat geen of onvoldoende compensatie verschaft (of niet volgens de toepasselijke standaard van *fair market value*), dan is daarmee de betreffende overheidsmaatregel onrechtmatig onder de ECT en kan de getroffen investeerder zijn aanspraak op compensatie in rechte afdwingen.

### 2.1.1 Het Wetsvoorstel leidt tot onrechtmatige onteigening onder artikel 13 ECT

*De maatregel uit het Wetsvoorstel leidt tot een substantiële ontneming van rechten als investeerder*

18. Het Wetsvoorstel in de huidige vorm voorziet er in dat ENGIE uiterlijk op 1 januari 2030 de Centrale Rotterdam zal moeten sluiten zonder enige compensatie. ENGIE's rechten als investeerder tot exploitatie van de Centrale Rotterdam worden haar per die datum door het Wetsvoorstel afgenomen. Aldus geldt de maatregel die middels het Wetsvoorstel wordt genomen als een onrechtmatige onteigening in de zin van artikel 13 ECT.
19. Dat sprake is van onteigening in de zin van artikel 13 ECT is helder. De economische en technische levensduur van een moderne kolencentrale als de Centrale Rotterdam is 40 tot 50 jaar. De kolencentrale had dus in ieder geval tot 2055-2065 door ENGIE kunnen worden geëxploiteerd. Op grond van de geldende vergunningen was het verstoken van kolen daarbij expliciet toegestaan. Door het Wetsvoorstel wordt echter per onmiddellijk de gehele waarde van de Centrale Rotterdam op 1 januari 2030 teniet gedaan. Als gevolg van het Wetsvoorstel zal ENGIE de Centrale Rotterdam 15 jaar na de ingebruikneming al weer moeten sluiten, in plaats van dat ENGIE haar centrale tot 2055-2065 had kunnen exploiteren. Daarmee wordt exploitatieperiode van de Centrale Rotterdam significant ingekort.
20. Dat de sluiting van de kolencentrales grote schade als gevolg zal hebben voor de eigenaren daarvan is ook bevestigd door (toenmalig) minister Kamp in de Tweede Kamer: "*We praten in totaal echt over miljarden en miljarden aan kapitaalvernietiging bij die bedrijven. Ik denk dat we daar niet lichtvaardig toe moeten overgaan. Dat is naar mijn mening niet verantwoord.*"<sup>8</sup>
21. Om deze redenen is met het Wetsvoorstel sprake van een substantiële ontneming (*substantial deprivation*) van ENGIE's rechten als investeerder ten aanzien van haar investering en is er, op grond van artikel 13 ECT, sprake van een onteigeningsmaatregel. Onder voorwaarden is een onteigening niet per se onrechtmatig onder de ECT. Een van de belangrijkste voorwaarden voor een rechtmatige onteigening is dat er door de Staat een "*prompte, adequate en effectieve compensatie*" wordt geboden.

<sup>8</sup> <https://www.nrc.nl/nieuws/2015/11/26/kamer-stemt-voor-geleidelijke-sluiting-kolencentrales-a1411220>.

In het Wetsvoorstel is er echter bewust voor gekozen geen compensatie te bieden. Daarmee is dan ook sprake van onrechtmatige onteigening op grond van de ECT.

22. Gezien het bovenstaande is het onjuist en onbegrijpelijk dat in de Toelichting wordt geconcludeerd dat geen sprake zou zijn van enige onteigening en, in het verlengde daarvan, dat geen compensatie vereist zou zijn.

*Geen economisch haalbaar alternatief voor voortgezette exploitatie*

23. Uit de Toelichting volgt dat geen sprake zou zijn van onteigening, omdat de huidige kolencentrales technisch mogelijk ook geschikt zouden zijn voor het opwekken van elektriciteit met behulp van andere brandstoffen, zoals biomassa.<sup>9</sup> Er wordt evenzeer gesteld dat de vergunningen het gebruik van dergelijke andere brandstoffen toestaan. Zonder verdere toelichting volgt de conclusie: "*Het ligt ook in de lijn van de verwachting dat ten minste enkele van de huidige centrales na afloop van de subsidietermijn zullen doorgaan met het bijstoken of volledig stoken van biomassa voor de elektriciteitsproductie.*"<sup>10</sup>
24. Naar huidige inzichten is niet economisch haalbaar om biomassa zonder subsidie bij te stoken, laat staan om een centrale om te bouwen naar een 100% biomassacentrale en deze volledig op biomassa te stoken. Momenteel bestaat een groot subsidiëringsprogramma voor de stimulering van bij- en meestook van biomassa: volgens de Toelichting is vanaf 2011 ruim EUR 3,6 miljard aan beschikkingen hiervoor afgegeven voor de vier kolencentrales die biomassa bijstoken, waarvan EUR 1,9 miljard is afgegeven voor de drie moderne kolencentrales. Dat bedrag volstaat echter om bij- en meestook van biomassa te financieren van slechts 10 tot 25% per moderne centrale. Alleen al uit dit feit blijkt dat conversie naar en exploitatie van een moderne centrale als 100% biomassacentrale extreem hoge nieuwe investeringen en kosten met zich zouden brengen voor de eigenaren van de kolencentrales, en dat met de huidige kennis van zaken zonder significante en voortdurende subsidiëring daarvoor geen economisch business model bestaat. In de Toelichting is overigens ook bevestigd dat de voornoemde subsidiëring voor biomassa-bijstook na 2024 tevens wordt stopgezet (behoudens reeds afgegeven beschikkingen).<sup>11</sup>
25. Uit de Toelichting volgt verder nog dat enkele (zeer oude) buitenlandse kolencentrales zijn omgezet naar biomassacentrales. Er wordt terecht niet gesuggereerd dat daaruit zou volgen dat het zonder subsidies economisch haalbaar is om in Nederland per 2030 een moderne kolencentrale om te zetten naar een biomassacentrale en deze alsdan zonder subsidie voor 100% met biomassa te stoken. Ook elders in de Toelichting is niet te lezen dat een dergelijke conversie en 100% biomassa stook per 2030 rendabel zou kunnen zijn. Laat staan dat daarvoor enige onderbouwing te vinden is. Het valt dan ook niet in te zien waarom het in de lijn der verwachting ligt dat de moderne Nederlandse centrales desalniettemin vanaf 2030 als zodanig zullen zijn geconverteerd en zullen worden geopereerd. In de Toelichting wordt daarmee bepaald niet aangetoond dat naar huidige inzichten aan de eigenaren per 2030 een ander alternatief rest

---

<sup>9</sup> Toelichting, p. 7.

<sup>10</sup> Toelichting, p. 9.

<sup>11</sup> Toelichting, p. 9.



dan om hun centrales te sluiten. Een deugdelijk (economisch haalbaar) alternatief bestaat ook niet.

26. De overwegingen in de Toelichting met betrekking tot leveringszekerheid in paragraaf 5 van het Wetsvoorstel zijn onvolledig en onzorgvuldig in het licht van het bovenstaande. De Toelichting blijkt grotendeels gebaseerd op de speculatie dat de centrales per 2030 met biomassa zullen blijven draaien, echter zonder enig rekenschap van het gebrek aan een economische rationale voor deze speculatie. Voorts wordt zelfs op die basis onderkend dat de maatregel uit het Wetsvoorstel mogelijk invloed zal hebben op de leveringszekerheid, maar wordt verder slechts gesteld dat deze "*naar alle waarschijnlijkheid*" niet in gevaar zal komen.<sup>12</sup> Een belangwekkend onderwerp als leveringszekerheid kan niet op deze evident ongegronde wijze worden afgedaan. Voor het overige lijkt de Toelichting gebaseerd op de studie van Frontier Economics die in januari 2016 aan de Kamer is gezonden. Die studie wordt echter in de Toelichting in het geheel geen recht gedaan, in het bijzonder ook niet in het kader van de import-afhankelijkheid die sluiting tot gevolg heeft en evenmin in het kader van het daarin geconstateerde weglekeffect van de CO<sub>2</sub>-reductie (zie hierna paragraaf 2.1.3).

*Sluiting van kolencentrales was niet voorzienbaar*

27. De Toelichting stelt vervolgens dat het voor de eigenaren van kolencentrales voorzienbaar zou zijn geweest, zelfs voorafgaand aan vergunningverlening, dat zij door CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen zouden worden geraakt. De Toelichting stelt daarmee terecht niet dat de veel verdergaande maatregel zoals die thans wordt voorgesteld – of anderszins een maatregel om de sluiting van kolencentrales te bewerkstelligen<sup>13</sup> – toentertijd voorzienbaar zou zijn geweest.
28. Aan het begin van het millennium hebben drie grote, internationale energiebedrijven – ENGIE, RWE en Uniper – tegelijkertijd miljardeninvesteringen gedaan voor de bouw van drie moderne kolencentrales. De toenmalige minister van VROM bevestigde destijds expliciet dat nieuwe kolencentrales niet in strijd zouden zijn met de beleidsdoeleinden op het gebied van klimaatbescherming en CO<sub>2</sub>-reductie, maar dat deze juist nodig zouden zijn om een voldoende toevoer van elektriciteit te garanderen.<sup>14</sup> Ook onderkende het toenmalige kabinet dat nieuwe kolencentrales een levensduur tot 2050 zouden hebben, waarbij slechts werd aangegeven dat eigenaren van de centrales rekening zouden moeten houden met het invoeren van maatregelen die zien op het opslaan van uitgestoten CO<sub>2</sub>. De overheid bevestigde verder expliciet dat kolencentrales pas vanaf 2050 geen enkele CO<sub>2</sub>-emissie meer zouden mogen hebben.<sup>15</sup> Aldus werd expliciet voorzien in de aanwezigheid van kolencentrales tot (in elk geval) 2050, en niet in een sluiting van kolencentrales (die zelfs nog gebouwd moesten worden).
29. Bovendien bevestigde de Raad van State – in het kader van een bespreking van CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen die in 2007 werden besproken – dat sluiting van kolencentrales toen expliciet géén optie was en dat de

<sup>12</sup> Toelichting, p. 10.

<sup>13</sup> Toelichting, pp. 3-4. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/2017, 34 627, nr. 15, p. 13.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld: *Aanhangsel Handelingen II* 2002/03, 1857; *Kamerstukken II* 2004/05, 29 023, nr. 77, p. 6; *Kamerstukken II* 2006/07, 28 240, nr. 86, pp. 6-8.

<sup>15</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 023, nr. 14, bijlage 1, p. 27.



stelling dat een dergelijke sluiting sinds 2007 voorzienbaar was, onjuist is:<sup>16</sup>

*"Anders dan de toelichting bij de amendementen stelt was sluiting nog niet te voorzien in 2007, omdat het debat destijds in het teken stond van mogelijkheden om broeikasgasemissies te beperken (zoals CO<sub>2</sub>-afvang en opslag; CCS), maar niet om kolencentrales te sluiten."*

30. De Raad van State geeft expliciet aan dat eigenaren van kolencentrales "op zijn vroegst" pas vanaf 26 november 2015 rekening konden houden met een eventuele sluiting van kolencentrales:<sup>17</sup>

*"In dit geval konden de eigenaren zich pas op zijn vroegst instellen op sluiting vanaf de aannname van motie van 26 november 2015 van Van Weyenberg/Van Veldhoven om een plan op te stellen voor het uitfaseren van alle kolencentrales in Nederland."*

31. Dus pas na de afronding van de bouw en de daadwerkelijke ingebruikname van de Centrale Rotterdam, bestond voor het eerst een aanwijzing dat er een mogelijke sluiting van kolencentrales zou kunnen komen. Het valt te betreuren dat het Wetsvoorstel hieraan geen aandacht besteedt.
32. Ondanks de motie van Weyenberg/Van Veldhoven in november 2015 bevestigde de Nederlandse regering in de jaren daarna nog steeds de verwachting dat, anders dan de twee Kamerleden kennelijk nastreefden, een mogelijke sluiting van kolencentrales niet aan de orde was. In september 2016 tijdens het tv-programma "WNL op Zondag" zei (toenmalig) minister Kamp nog over de nieuwe centrales: "*Dit zijn de schoonste van heel Europa, we zouden gek zijn als we die dicht doen.*"<sup>18</sup> In een opvolgende Kamerbrief van 19 januari 2017 beaamde (toenmalig) minister Kamp de efficiëntie van de nieuwe centrales en concludeerde dat er nog geen aanleiding was om andere maatregelen te treffen.<sup>19</sup> Bovendien werd opgemerkt dat als enige sluiting in beeld zou komen, deze expliciet niet zou zien op de meer moderne kolencentrales, waaronder die van ENGIE, maar slechts op één van de oude (jaren '90) kolencentrales.

### **2.1.2 Het Wetsvoorstel biedt geen compensatie conform artikel 13 ECT**

33. Zoals hiervoor reeds vermeld, verplicht de ECT een Staat om een investeerder die getroffen wordt door een onteigeningsmaatregel een "*prompte, adequate en effectieve compensatie*" te bieden. Deze compensatie dient volgens artikel 13 ECT gelijk te zijn aan de *fair market value* van de betreffende investering die teniet wordt gedaan door de maatregel, zulks op het moment van bekendmaking van de maatregel ("*at the date the impending expropriation became known*").

*De geboden overgangperiode kan niet gelden als de vereiste compensatie op basis van artikel 13 ECT*

34. In de Toelichting wordt naar voren gebracht dat eigenaren van kolencentrales gecompenseerd zouden

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13, onderstreping toegevoegd.

<sup>18</sup> <https://www.trouw.nl/home/kabinet-voldoet-vrijwel-aan-vonnis-in-broeikaszaak~a05c1cf2/>;  
<https://www.nu.nl/economie/4316610/minister-wil-geen-nieuwe-kolencentrales-sluiten.html>.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 2016/17, 30 196, nr. 505 (Kamerbrief van 19 januari 2017).

worden door de geboden "overgangperiode" van (iets meer dan) tien jaar (tot 1 januari 2030).<sup>20</sup>

35. Vooropgesteld zij dat de overgangperiode onder artikel 13 van het ECT niet als een vorm van compensatie kan dienen: artikel 13 ECT schrijft voor dat compensatie gelijk moet zijn aan een financiële vergoeding ten bedrage van de *fair market value* van de betreffende investering die teniet wordt gedaan door de maatregel. De schade bestaande uit verkorting van de levensduur van de centrale met 25-35 jaar wordt door de overgangstermijn in elk geval niet geraakt en die komt op basis van de ECT voor vergoeding in aanmerking.
36. Voorts is de overgangperiode volstrekt arbitrair, zoals reeds volgt uit de ongelijke verhouding tussen de overgangperiode voor de oude en de nieuwe centrales (de oude centrales zullen na de overgangperiode een operatietermijn van 30 jaar hebben gehad, de nieuwe een operatietermijn van nauwelijks 15 jaar). Sterker nog, de overgangperiode is überhaupt niet afgestemd op de economische en technische levensduur van de kolencentrales, welke afstemming de Raad van State wel voorschrijft.<sup>21</sup> Dit wordt veroorzaakt door het feit dat de lengte van de "overgangperiode" niet wordt bepaald door het belang van de eigenaren bij een redelijke overgangperiode, maar enkel en alleen door de ambitie om per 2030 uiterlijk een CO<sub>2</sub>-emissie reductie van 49% (ten opzichte van 1990) te realiseren. De lengte van de periode houdt dus geen verband met de belangen van de eigenaren. De overgangperiode is aldus niet alleen irrelevant voor de vraag of er sprake is van een onteigening onder de ECT en voor de vraag naar compensatie onder de ECT, maar is als zodanig ook arbitrair.
37. Ten overvloede merkt ENGIE nog op dat overigens ook op geen enkele wijze uit de Toelichting blijkt waarom de gekozen periode in het bijzonder redelijk zou zijn. De Toelichting vermeldt dat eigenaren van kolencentrales door de overgangstermijn in staat zouden worden gesteld "*(een groot deel van) hun investeringen terug te verdienen*" en hun centrales om te bouwen naar biomassacentrales,<sup>22</sup> maar blijkens de Toelichting zijn deze beweringen niet getoetst of onderbouwd, en zij zijn in elk geval ten aanzien van de moderne centrales ook onjuist.

Artikel 4 Wetsvoorstel biedt geen relevante mogelijkheid tot compensatie

38. Voor de volledigheid merkt ENGIE nog op dat artikel 4 Wetsvoorstel geen relevante mogelijkheid tot compensatie biedt in het kader van de ECT. Artikel 4 bepaalt dat de minister op verzoek van een exploitant van een kolencentrale "*een tegemoetkoming*" kan verlenen indien de desbetreffende exploitant aantoonbaar dat hij ten gevolge van het verbod, ten opzichte van andere exploitanten van een kolencentrale, onevenredig zwaar wordt geraakt. In het kader van artikel 13 ECT is echter irrelevant of een bepaalde exploitant ten opzichte van (de vier) andere exploitanten van kolencentrales in Nederland onevenredig zwaar wordt geraakt. Artikel 13 ECT behelst de internationaalrechtelijke verplichting voor de Nederlandse Staat om, wanneer zij de investering van ENGIE onteigent, ENGIE te compenseren naar *fair market value*

<sup>20</sup> Toelichting, p. 13.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13.

<sup>22</sup> Toelichting, p. 13.

van de betreffende investering die teniet wordt gedaan door de maatregel. Die verplichting is niet afhankelijk van de vraag of en in hoeverre de Nederlandse Staat ook nog (de vier) andere exploitanten van kolencentrales onteigent, en betreft ook geen tegemoetkoming maar een compensatie volgens een vooraf bepaalde standaard.

39. Artikel 4 is voorts arbitrair en onbegrijpelijk. Het enkele feit dat binnen een beperkte groep disproportioneel getroffen door een maatregel, een bepaalde subgroep nog harder wordt getroffen dan een andere subgroep, is uiteraard irrelevant voor een compensatieplicht. De maatregel is zonder vergoeding onverenigbaar met de ECT en disproportioneel voor alle eigenaren van kolencentrales.

### **2.1.3 Het Wetsvoorstel is niet een effectief middel om het beoogde doel te bereiken**

40. Tot slot moet bij de beoordeling of een onteigening rechtmatig is onder artikel 13 ECT, naast geboden compensatie in elk geval ook sprake zijn van een publiek belang dat met de maatregel wordt gediend. Als dit publieke belang niet wordt gediend, is eveneens sprake van een onrechtmatige onteigening.
41. Volgens de Toelichting is het doel van het Wetsvoorstel om bepaalde klimaatdoelstellingen te behalen, met nadruk op een significante reductie van CO<sub>2</sub>-emissies. Het staat echter geenszins vast dat het Wetsvoorstel in zijn huidige vorm een effectief middel vormt om daadwerkelijk een CO<sub>2</sub>-reductie te bewerkstelligen. Daarmee kan worden betwijfeld of het Wetsvoorstel het beoogde publieke belang (bescherming van het klimaat) wel dient. Het bereiken van die CO<sub>2</sub>-reductie doelstellingen is namelijk niet een uitsluitend Nederlandse aangelegenheid, maar betreft een maatschappelijke kwestie die is geregeld op Europees en zelfs mondiaal niveau, en kan dan ook slechts op dergelijke niveaus effectief worden aangepakt.
42. Een van de manieren waarop klimaatdoelstellingen op Europees niveau worden nagestreefd is via het EU ETS systeem.<sup>23</sup> Het doel daarvan is om de uitstoot van broeikasgassen zoals CO<sub>2</sub>, te verminderen door een (jaarlijks zakkend) plafond te stellen aan emissierechten binnen de EU. Het systeem brengt mee dat CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen die verder gaan dan de Europese doelstellingen<sup>24</sup> niet leiden tot effectieve CO<sub>2</sub>-reductie onder het EU ETS systeem. Verdergaande nationale maatregelen leiden er op dit moment immers slechts toe dat onder het Europese emissieplafond andere lidstaten binnen de EU eenvoudigweg meer CO<sub>2</sub> kunnen uitstoten. Er zal dus een zogenaamd 'waterbedeffect' of 'weglekeffect' optreden in de zin dat de productie zal worden overgenomen door centrales in (bijvoorbeeld en waarschijnlijk) Duitsland,<sup>25</sup> alleen al om te voorzien in de weggevalen productiecapaciteit binnen Nederland.
43. De Toelichting erkent dit ook met zoveel woorden, ook al wordt een meer diepgaande toelichting over de verhouding van dit verbod met het Europees recht, en meer in het bijzonder het EU ETS systeem,

<sup>23</sup> Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en De Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275).

<sup>24</sup> Toelichting, p. 3.

<sup>25</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 30 196, nr. 505, pp. 3, 9 (Kamerbrief van 19 januari 2017).

gemist.<sup>26</sup> In de Toelichting wordt ook bevestigd dat de emissierechten die verband houden met de te sluiten kolencentrales door de Nederlandse Staat niet worden ingetrokken, hetgeen te meer aangeeft dat op Europees niveau geen daadwerkelijke reductie van emissierechten en dus geen reductie van emissie bewerkstelligd zal worden. De Toelichting stelt verder dat het 'waterbedeffect' "*een stuk minder groot*" zal zijn als – kort gezegd – sluiting van de kolencentrales in 2030 plaatsvindt. In de Toelichting wordt echter op geen enkele wijze onderbouwd waarom dat het geval zou zijn. Nagelaten wordt te vermelden dat een dergelijke conclusie niet strookt met het door de Toelichting aangehaalde onderzoek van Frontier Economics, waaruit blijkt dat in 2030 nog steeds 54% van de in Nederland bespaarde CO<sub>2</sub>-emissie door buitenlandse productie zal worden uitgestoten. Ook vermeldt de Toelichting niet dat vanzelfsprekend ook bij de opwekking van elektriciteit met biomassa CO<sub>2</sub>-emissie plaatsvindt, en evenmin hoe hoog die uitstoot zal zijn. De Toelichting is op deze punten onvolledig en draagt daarmee geenszins de stelling dat het 'waterbedeffect' in 2030 "*een stuk minder groot*" zal zijn.

44. Ook de Raad van State heeft vorige zomer al gewaarschuwd voor dit 'waterbedeffect' in haar advies over een destijds door twee Kamerleden gewenste sluiting van Nederlandse kolencentrales.<sup>27</sup> De Raad van State gaf daarbij ook aan dat een onderzoek nodig zou zijn naar de verhouding van een eventuele sluitingsmaatregel tot de EU-ETS Richtlijn. Gelet op dit 'waterbedeffect' valt sterk te betwijfelen of het Wetsvoorstel aan daadwerkelijke CO<sub>2</sub>-reductie en daarmee aan klimaatbescherming een effectieve bijdrage kan leveren als gevolg van het in de EU toepasselijke ETS systeem. Het Wetsvoorstel komt in feite neer op een keuze om de meest moderne en meest efficiënte centrales van Europa te sluiten met als gevolg dat vervolgens de oudere en meer vervuilende centrales in andere EU-landen deze weggevallen capaciteit direct zullen (moeten) opvangen. De Raad van State schreef hierover in haar advies van 10 juli 2017:<sup>28</sup>

*"Het sluiten van – relatief moderne – kolencentrales is een heel andere benadering dan waarvoor in Europees verband is gekozen. Op Europese schaal kan dit als gevolg van het zogenoemde waterbedeffect dan ook ondoelmatig zijn."*

45. Bovendien maakt de Toelichting niet duidelijk wat de gevolgen zijn van de maatregel uit het Wetsvoorstel voor de samenstelling van de Nederlandse elektriciteitsproductie en -importbehoefte en laat de Toelichting de effecten van het Wetsvoorstel op de leveringszekerheid nagenoeg onbesproken. Indien al aangenomen zou worden dat weglekeffecten een stuk minder groot zouden zijn, zoals de Toelichting stelt, of zelfs geheel afwezig (indien de emissierechten die verband houden met de kolencentrales zouden worden ingetrokken), blijft onduidelijk hoe de weggevallen capaciteit zal worden opgevangen en de leveringszekerheid in Nederland gewaarborgd blijft. De weggevallen productie kan in die aanname immers niet worden opgevangen door andere Europese kolencentrales. Voor zover de gedachte zou zijn dat nucleaire energiebronnen dan wel groene energiebronnen in de weggevallen productie zouden kunnen voorzien, wordt dat niet toegelicht. Evenmin wordt duidelijk gemaakt hoe dit zich verhoudt tot

<sup>26</sup> Toelichting, pp. 14-15.

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 7.

<sup>28</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13.

het belang dat de overheid tot recent hechtte aan de functie die kolencentrales vervulden als relatief zekere bron van energie, juist in het kader van de energietransitie naar groene energiebronnen.<sup>29</sup>

46. Uit de Toelichting blijkt niet dat de voornoemde gevolgen in kaart zijn gebracht en geanalyseerd, en evenmin hoe deze gevolgen worden afgewogen tegen het doel dat het Wetsvoorstel beoogt na te streven. Dit is te meer opvallend gelet op de uitgebreide studie die het vorige kabinet in het algemeen naar deze punten heeft laten doen door Frontier Economics en de conclusies die reeds uit die studie blijken.<sup>30</sup>
47. De (nieuwe) studie van Frontier Economics uit 2018, die op de valreep voor de sluiting van de consultatietermijn door de overheid aan ENGIE onder geheimhouding bekend werd gemaakt, geeft aanleiding vraagtekens te plaatsen bij de effectiviteit van de voorgenomen sluiting van de Nederlandse kolencentrales, en daarmee bij de legitimiteit van die maatregel. ENGIE verwijst in dit verband naar paragraaf 1.3 van de onderhavige reactie. ENGIE gaat ervan uit dat zowel de conclusies uit het nieuwe onderzoek van Frontier Economics als het onzorgvuldige proces ten aanzien van het Wetsvoorstel, zullen leiden tot een heroverweging van het Wetsvoorstel en de overige CO<sub>2</sub>-reductiemaatregelen waartoe is besloten in het regeerakkoord.
48. Kortom, het staat geenszins vast dat het Wetsvoorstel het beoogde publieke belang van klimaatbescherming zal dienen, noch dat en op welke wijze het publiek belang van leveringszekerheid met dit Wetsvoorstel gewaarborgd zal blijven. Ten aanzien van deze beide publieke belangen is noodzakelijk dat er een veel zorgvuldigere en grondigere analyse en afweging van de effecten van de maatregel uit het Wetsvoorstel plaatsvindt, welke nu geheel ontbreekt in de Toelichting.

## 2.2 Het Wetsvoorstel leidt tot schending van artikel 10 ECT

49. Naast artikel 13 ECT is ook artikel 10 ECT relevant in het kader van het met het Wetsvoorstel beoogde verbod op elektriciteitsproductie met kolen. Artikel 10 ECT verplicht de Verdragsluitende Staten onder het Energiehandvestverdrag om buitenlandse investeerders *fair and equitable* (FET) te behandelen ten aanzien van hun investeringen in de betreffende Verdragsluitende Staat. Deze FET-verplichting heeft, onder andere, tot gevolg dat een overheid niet zonder meer maatregelen kan nemen die het economische en juridische investeringsklimaat ingrijpend wijzigen en de stabiliteit van het investeringsklimaat zodoende aantasten. Wanneer sprake is van een (directe of indirecte) onteigening in de zin van artikel 13 ECT, is veelal ook sprake van een schending van de FET-standaard.
50. De omstandigheden die in het voorgaande hebben geleid tot de conclusie dat het Wetsvoorstel (wanneer dat als wet van kracht wordt) een onteigeningsmaatregel vormt die onrechtmatig is in de zin van artikel 13 ECT, leiden in elk geval ook tot een schending van de FET-standaard: het Wetsvoorstel leidt tot een oneerlijke en onrechtvaardige behandeling van de eigenaren van kolencentrales om elk van de redenen die in het bovenstaande uiteengezet is, onder meer gelet op de instabiliteit van het investeringsklimaat

<sup>29</sup> *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, 1857.

<sup>30</sup> *Kamerstukken II* 2016/17, 30 196, nr. 505 (Kamerbrief van 19 januari 2017).

dat daardoor wordt gecreëerd en op de bestaande verwachtingen die door de overheid worden geschonden. Ook op grond van artikel 10 ECT heeft ENGIE aldus recht op financiële compensatie van de Nederlandse Staat.

### 2.3 Arbitrage onder de ECT is wel degelijk mogelijk

51. Naast de stelling dat geen sprake is van onteigening onder de ECT en de stelling dat geen verplichting bestaat tot financiële compensatie onder de ECT, wordt in de Toelichting ook gesteld dat een beroep op het arbitragebeding onder de ECT niet mogelijk zou zijn.<sup>31</sup> Deze conclusie is onjuist. Europese investeerders kunnen zich nog ook na de uitspraak inzake *Slowakije v. Achmea* wel degelijk beroepen op de arbitragebepaling in de ECT. Het HvJEU heeft in dit arrest, kortgezegd, geoordeeld dat een arbitrageregeling zoals opgenomen in een bilateraal investeringsverdrag (in de zaak tussen *Slowakije v. Achmea* betrof het een bilateraal investeringsverdrag tussen Slowakije en Nederland) strijdig is met het EU-recht.<sup>32</sup> Het HvJEU heeft echter in dat arrest op voorhand bepaalde uitzonderingen gemaakt, die van toepassing zijn op de ECT.
52. De belangrijkste uitzondering die het HvJEU maakt is dat een arbitrageregeling in een internationaal investeringsverdrag niet strijdig is met het EU-recht, wanneer de EU zelf partij is bij een dergelijk verdrag.<sup>33</sup> Hier voldoet de ECT aan: de EU is namelijk zelf partij bij de ECT, waarmee de EU zelf expliciet haar akkoord heeft gegeven aan de mogelijkheid tot arbitrage. In een recente arbitragezaak onder de ECT (de zaak *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. het Koninkrijk van Spanje*) is dit bevestigd door het scheidsgerecht, dat inderdaad oordeelde dat het *Slowakije v. Achmea* arrest geen verband hield met de ECT aangezien de EU zelf partij is bij het ECT.<sup>34</sup> Alleen al op basis van deze uitzondering volgt dat een beroep op het arbitragebeding in de ECT mogelijk is door een Europese investeerder in een geschil met een EU lidstaat.
53. Een tweede uitzondering die het HvJEU maakt, ziet op het geval dat een scheidsgerecht onder een verdrag geen nationaal recht toepast, en dus ook geen Unierecht dat in nationaal recht doorwerkt. In dat geval blijft namelijk de autonomie van de EU blijft gewaarborgd.<sup>35</sup> Ook aan dit vereiste voldoet de ECT: artikel 26 lid 6 ECT bepaalt expliciet op welke grondslag een scheidsgerecht onder de ECT mag beslissen, namelijk slechts op basis van: (i) de bepalingen van de ECT zelf en (ii) de toepasselijke internationale rechtsregels en -beginselen. Een scheidsgerecht onder de ECT past dus geen nationaal recht toe (waar Unierecht in doorwerkt). Dit vormt een belangrijk onderscheid met de meeste bilaterale investeringsverdragen (zoals in de zaak *Slowakije v. Achmea*) omdat die dikwijls bepalen dat het scheidsgerecht ook nationaal recht dient toe te passen, waarmee Unierecht ook direct doorwerkt. Na de uitspraak in de *Slowakije v. Achmea* zaak is dit laatste punt recent door de Nederlandse Staat ook

<sup>31</sup> Toelichting, p. 16.

<sup>32</sup> *Slowakische Republiek v. Achmea* (6 maart 2018), zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, para. 60.

<sup>33</sup> *Slowakische Republiek v. Achmea* (6 maart 2018), zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, paras. 57-58.

<sup>34</sup> *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Koninkrijk van Spanje* (16 mei 2018), ICSID zaaknummer ARB/14/1 (Award), para. 679.

<sup>35</sup> *Slowakische Republiek v. Achmea* (6 maart 2018), zaak C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, paras. 57-58.

bevestigd in het kader van een vergelijkbare bepaling in het CETA-verdrag.<sup>36</sup> Artikel 8.31 CETA bepaalt net als artikel 26 lid 6 ECT dat een arbitragetribunaal slechts mag beslissen aan de hand van (i) de bepalingen van dat verdrag zelf en (ii) de toepasselijke internationale rechtsregels en -beginselen. De Nederlandse Staat concludeert om die reden dat een bevoegd tribunaal onder die bepaling geen bindende uitleg mag geven aan EU-recht, zodat de autonomie van het HvJEU aldus is verzekerd. De Nederlandse Staat voegt ook toe dat het in deze redenering wordt gesteund door de Europese Commissie, de Raad en andere EU lidstaten.

54. Dit standpunt heeft de Nederlandse Staat ook eerder consistent ingenomen. Gedurende de behandeling door het HvJEU van de *Slowakije v. Achmea* procedure was de Nederlandse Staat zelfs nog van mening dat ook in bilaterale investeringsverdragen een arbitrageclausule niet in strijd was met het Unierecht.<sup>37</sup> Na de uitspraak in *Slowakije v. Achmea* gaf de Nederlandse Staat aan het arrest te zullen (moeten) volgen en te zullen aandringen op de beëindiging van de bilaterale investeringsverdragen, maar juist niet op de beëindiging van de ECT. Ten aanzien van de ECT werd slechts gesteld dat de "*EU-lidstaten en de Europese Commissie zullen moeten onderzoeken op welke wijze gevolg wordt gegeven aan de uitspraak in de context van het Energiehandvestverdrag.*"<sup>38</sup>
55. Tot slot geldt dat, zelfs als Europese investeerders zich niet meer zouden kunnen beroepen op de arbitragebepaling in de ECT, zij de ECT in elk geval nog kunnen inroepen bij de overheidsrechter. De overheidsrechter zal het handelen van de Nederlandse Staat dan evengoed aan de ECT moeten toetsen. De Nederlandse Staat zal dus nog altijd moeten voldoen aan de vereisten van de ECT tegenover Europese investeerders, waaronder de eigenaren van kolencentrales.

### **3 ARTIKEL 1 VAN HET EERSTE PROTOCOL EVRM**

#### **3.1 Het Wetsvoorstel leidt tot een onrechtmatige inmenging van eigendom**

56. Naast een (onrechtmatige) onteigening onder de ECT, levert de maatregel uit het Wetsvoorstel ook een inmenging van eigendom op in de zin van artikel 1 EP. Dat wordt in de Toelichting ook erkend.<sup>39</sup> Het Wetsvoorstel voldoet echter niet aan de strikte voorwaarden voor een dergelijke inmenging en leidt daarom tot een verplichting tot schadevergoeding voor de Nederlandse Staat. ENGIE zal dat hieronder op hoofdlijnen nader toelichten.
57. In de eerste plaats kan het Wetsvoorstel het belang van klimaatbescherming niet dienen vanwege het waterbedeefteffect, zoals hiervoor uiteengezet (paragraaf 2.1.3). Om die reden voldoet het Wetsvoorstel niet aan de legitimiteitstoets die in het kader van artikel 1 EP wordt gesteld.

<sup>36</sup> Kamerbrief over investeringsakkoorden met andere EU-lidstaten van de minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking d.d. 26 april 2018.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> Toelichting, p. 11.



58. Het Wetsvoorstel voldoet evenmin aan het vereiste van evenredigheid (*fair balance*) tussen het publiek belang dat het Wetsvoorstel tracht te dienen en het recht van eigenaren van kolencentrales om ongestoord van hun eigendom gebruik te kunnen maken. Vooral relevant in dit verband zijn de aan de eigenaren van de kolencentrales geboden overgangsperioden. In het advies van 10 juli 2017 stelt de Raad van State aan dergelijke overgangsperioden de volgende eisen in het kader van artikel 1 EP:<sup>40</sup>

*"Van essentieel belang is dan wel dat de overgangsperioden een adequate mogelijkheid bieden voor de eigenaren van de kolencentrales om hun schade te beperken. De overgangsperioden worden in de toelichting niet gemotiveerd. Daardoor zijn ze arbitrair. Indien wordt volstaan met overgangsperioden zal nader moeten worden onderzocht en gemotiveerd waarom die toereikend worden geacht. In dit verband kan onder meer van belang zijn wat de technische en economische levensduur van de kolencentrales is, of de eigenaren van de kolencentrales voorafgaand aan het aannemen van de genoemde motie investeringen hebben gedaan om de levensduur te verlengen en of de kolencentrales gedurende de overgangsperioden winstgevend kunnen blijven opereren. De Afdeling beschikt niet over deze gegevens en kan daarom niet vaststellen of de overgangsperioden adequaat zijn."*

59. Uit de Toelichting blijkt niet van enig onderzoek naar noch motivatie van de toereikendheid van de geboden overgangsperiode; integendeel, in de Toelichting wordt erkend dat de overgangsperiode uitsluitend is gekoppeld aan de (politiek en beleidsmatig gemotiveerde) klimaatdoelstellingen van Europa en Nederland (zie hiervoor paragraaf 2.1.2).<sup>41</sup> Daarmee is de overgangsperiode ook volgens het advies van de Raad van State arbitrair.
60. De voorgestelde overgangsperiode is in elk geval ook ruimschoots onvoldoende voor ENGIE om haar investering terug te verdienen en anderszins haar schade te beperken. In de Toelichting is ook niet aangetoond, laat staan onderbouwd, dat een dergelijke periode daarvoor voldoende zou zijn. Daar komt nog bij, zoals de Raad van State in haar advies tevens relevant acht, dat ENGIE haar investering pas zeer recent heeft gedaan. Een ander relevant aspect is volgens de Raad van State of de kolencentrales tijdens de overgangsperiode winstgevend kunnen blijven opereren. Zoals hiervoor uiteengezet, is de overgangsperiode reeds ontoereikend om de gemaakte investering terug te verdienen, laat staan om een centrale om te kunnen bouwen naar biomassa (als dat al een economisch rendabele optie zou zijn; zie paragraaf 2.1.1) en de centrale ook nog winstgevend te opereren in dezelfde overgangsperiode. Ook deze twee voornoemde aspecten zijn blijkens de Toelichting niet meegenomen bij de bepaling van de overgangstermijn in het Wetsvoorstel tot 1 januari 2030.
61. Verder is ook onder artikel 1 EP van belang dat de uitfasering van kolen voor ENGIE op geen enkele manier voorzienbaar is geweest (zie paragraaf 2.1.1), zoals ook expliciet is bevestigd in het advies van de Raad van State van 10 juli 2017.<sup>42</sup>
62. Tot slot wordt in de Toelichting gesteld dat geen "*minder ingrijpende maatregelen*" mogelijk zijn om te

<sup>40</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13.

<sup>41</sup> Toelichting, pp. 3, 13.

<sup>42</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 15, p. 13.

voldoen aan de doelstellingen omtrent CO<sub>2</sub>-reductie uit het Parijs Akkoord. Ter onderbouwing hiervan wordt volstaan met een verwijzing naar paragraaf 3 van de Toelichting. In die paragraaf wordt echter slechts een aantal alternatieve maatregelen genoemd en afgedaan als onvoldoende, terwijl een toelichting of onderbouwing daarvan naar huidige inzichten ontbreekt.

63. In de Toelichting wordt nog gewezen op het feit dat de regering bij de vergunningverlening heeft "ingezet" op de mogelijkheid van de afvang en opslag van CO<sub>2</sub> (*carbon capture and storage* oftewel CCS), maar dat de toepassing op dit moment nog niet mogelijk is. De Toelichting doet daarmee voorkomen alsof de toepassing van CCS zou fungeren als juridische voorwaarde voor het exploiteren van de centrales. Dit is volledig onjuist en de Toelichting geeft hier dan ook een verkeerd beeld, omdat de toepassing van CCS op geen enkele wijze verplicht is gesteld. In de vergunning is hier ook geen enkel vereiste over opgenomen. ENGIE heeft zich in het kader van het ROAD-project, zoals bij de regering bekend, ingespannen om CCS mogelijk te maken, maar helaas is CCS niet haalbaar gebleken vanwege omstandigheden die buiten de invloedssfeer van ENGIE hebben gelegen. De Toelichting stelt niet anders, maar suggereert helaas wel anders.
64. Om de voornoemde redenen is de maatregel uit het Wetsvoorstel ook in strijd met artikel 1 EP, en is de Nederlandse Staat verplicht tot het vergoeding van de schade die de eigenaren van kolencentrales door de maatregel lijden.

#### **4 CONCLUSIE**

65. ENGIE staat achter de Europese en mondiale doelstellingen om het klimaat te beschermen. De Toelichting stelt dat het Wetsvoorstel klimaatdoelstellingen nastreeft, meer specifiek zelfs strengere doelstellingen dan gelden op Europees en mondiaal niveau. Het nastreven van dergelijke doelstellingen leidt in geval van het Wetsvoorstel in de huidige vorm echter onder meer tot een onteigeningsmaatregel ten aanzien van kolencentrales in Nederland waarbij het Wetsvoorstel niet voldoet aan de daarbij geldende verplichtingen. Meer specifiek betreft dit de verplichting om een prompte, adequate en effectieve compensatie te verschaffen aan de getroffen investeerders ter waarde van de marktwaarde van de getroffen investering die door de maatregel teniet wordt gedaan. Verder kan uit de Toelichting niet afgeleid worden dat de voorgestelde maatregelen wel degelijk tot het beoogde resultaat zullen leiden en het publiek belang dienen, noch dat er geen minder stringente maatregelen voorhanden zijn.

#### **ENGIE S.A.**

François Graux  
Group General Counsel

