

Indirecte onteigeningen in het internationaal investeringsrecht

*Mr. S. Rezaei**

Algemeen

Bij internationale onteigeningen denkt men al snel aan omvangrijke nationalisaties zoals de nationalisaties van Amerikaanse eigendommen in Latijns-Amerika, ingezet door regeringsleiders als Castro, Chavez en Morales. Dergelijke directe onteigeningen – waarbij simpelweg de eigendomstitel van de investeerder wordt weggenomen – spelen in het huidige internationaal investeringsrecht een geringe rol. De aandacht gaat op dit moment vooral uit naar zogenoemde indirecte onteigeningen (in het Engels: *'indirect (of creeping) expropriations'*).

Indirecte onteigeningen

Een indirecte onteigening tast de eigendomstitel van een investeerder niet aan. De investeerder blijft eigenaar van zijn investering. Echter, de getroffen overheidsmaatregel kan de rendabiliteit van een investering dermate verminderen, dat het voor de investeerder niet langer winstgevend is de investering te houden. Men denke bijvoorbeeld aan een producent van chemicaliën die, vanwege nieuwe milieubelastingen, zijn economische activiteit niet langer rendabel kan voortzetten. De producent is dan indirect onteigend.

De legitimiteit van een indirecte (maar ook van een directe) onteigening is in het internationale recht afhankelijk van de vervulling van enkele voorwaarden. Deze voorwaarden staan (veelal) in bilaterale investeringsverdragen, ofwel verdragen tussen twee staten die de voorwaarden benoemen waaronder hun onderdanen in elkaars grondgebied kunnen investeren. Doorgaans zijn de voorwaarden (1) dat de overheidsmaatregelen een publiek belang dienen, (2) dat deze niet discriminatoir zijn en (3) dat de schade van de investeerder wordt gecompenseerd.¹

Een belangrijk rechtsgevolg van de vaststelling van een indirecte onteigening is de (op het betreffende investeringsverdrag gestoelde) plicht van de overheid om de schade van de getroffen investeerder te compenseren. Maar hoe stelt men vast dat er sprake is van een indirecte onteigening? Dat is de hamvraag waar zowel advocaten als arbitragetribunalen en wetenschap-

pers sinds lange tijd mee worstelen. Het resultaat van de penningstrijd is (vooralsnog) dat het leerstuk van de indirecte onteigening als een van de meest onduidelijke leerstukken in het internationaal investeringsrecht kan worden beschouwd. Deze bijdrage beperkt zich tot een bespreking van twee invalshoeken van waaruit deze vraag kan worden benaderd, namelijk die van het doel en van de effecten van de overheidsmaatregel. Overige factoren zouden, onder andere, kunnen zijn: de proportionaliteit van de door de overheid getroffen maatregelen (ten opzichte van de schade die de investeerder door de maatregel lijdt) en mogelijke specifieke toezeggingen aan investeerders over de verwachtingen die zij redelijkerwijs van de overheid hebben.

Een beladen onderwerp

Het ongrijpbare karakter van dit onderwerp maakt niet alleen het werk van de advocaat lastig, maar met name dat van de overheid. De tegenwoordige grensoverschrijdende uitdagingen (zoals milieuvraagstukken en de volksgezondheid) vereisen veelal grootschalige regelgevingsprojecten waarbij ook vaak enige inbreuk wordt gemaakt op de eigendomsrechten van buitenlandse investeerders. Overheden dienen met deze mogelijke inbreuken rekening te houden en het gevaar dat zij, uit angst voor dreigende claims van buitenlandse investeerders, zullen afzien van maatschappelijk belangrijke regelgeving maakt het onteigeningsleerstuk tot een (politiek) beladen onderwerp. Deze problematiek heeft haar weerslag gevonden in de zogenoemde *'police powers'*-doctrine.

De *police powers*-doctrine

Met de term *'police powers'* wordt bedoeld op de bevoegdheden van een overheid om maatregelen te nemen in het publiek belang. De essentie van de *police powers*-doctrine wordt treffend verwoord in de Marvin Feldman-zaak.² Het tribunaal in de Marvin Feldman-zaak stelt:

[G]overnments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases of tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensa-

* Mr. S. Rezaei is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Rotterdam in de praktijkgroep ondernemingsrecht en adviseert tevens – onder leiding van mr. Gerard Kreijen – over investeringsrecht en investeringsbescherming.

1. Zie bijv. art. 5 van het bilateraal investeringsverdrag tussen Nederland en Turkije, te vinden op de website: <www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779>.

2. ICSID 16 december 2002, zaak ARB(AF)/99/1 (Marvin Feldman/Mexico).

tion, and it is safe to say that customary international law recognizes this.³

Redelijk overheidshandelen in het publiek belang, dat wil zeggen een uitoefening van de *police powers* van een overheid, leidt niet tot een schadevergoedingsplicht jegens de buitenlandse investeerder. De vervolgvraag is welke overheidsbevoegdheden onder het bereik van de *police powers* vallen. Volgens het tribunaal in de Saluka-zaak geeft het internationale recht nog geen antwoord op deze vraag.⁴ Het tribunaal in de Methanex-zaak lijkt een behoorlijk ruim antwoord te formuleren en stelt dat alle mogelijke non-discriminatoire regelgeving voor een publiek doel binnen het kader van de *police powers* kan vallen.⁵ Mostafa, die deze uitspraak bekritiseert vanwege zijn geringe beperkende werking, geeft vervolgens zelf een eveneens weinig beperkende opsomming van mogelijke *police powers*-maatregelen, namelijk maatregelen op het gebied van belastingen, criminaliteit, behoud van de openbare orde, gezondheidszorg, veiligheid en moraal.⁶

Geheel in lijn met de onduidelijkheid die het onteigeningsleerstuk kenmerkt, gaat het tribunaal in de Santa Elena-zaak uit van een ander uitgangspunt en stelt:

‘Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are in this respect similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains.’⁷

In tegenstelling tot de tribunalen in de Marvin Feldman- en Saluka-zaken meent dit tribunaal dus (in ieder geval met betrekking tot het milieu, maar waarschijnlijk in algemene zin) dat een onteigening, ongeacht het doel dat wordt nastreeft, steeds gepaard dient te gaan met een schadevergoedingsplicht.

Ter beantwoording van de vraag of een indirecte onteigening heeft plaatsgevonden, is het onvoldoende om louter (in het kader van de *police powers*-doctrine) te kijken naar het doel van de overheidsmaatregel. Het doel dient te worden gezien in samenhang met de effecten van de maatregel op de investering van de buitenlandse investeerder.

De effecten van een overheidsmaatregel op een investering

De mate waarin een overheidsmaatregel inbreuk maakt op het vermogen van de investeerder om met zijn investering winst te genereren, is eveneens een zeer belangrijke factor bij de bepaling of er een indirecte onteigening heeft plaatsgevonden.⁸ Verschillende tribunalen stellen zelfs dat deze factor belangrijker is dan het doel dat met de maatregelen wordt nastreeft.⁹

De lat wordt hoog gelegd. Alleen een zeer aanzienlijke inbreuk op de eigendomsrechten van de investeerder kan de conclusie rechtvaardigen dat deze indirect is onteigend. De in de rechtspraak gehanteerde standaarden van inbreuk zijn bijvoorbeeld: ‘*substantial deprivation*’¹⁰ of ‘*effective neutralization*’.¹¹ De vraag is dan natuurlijk wat onder deze termen dient te worden verstaan. Volgens het tribunaal in de Tokios-zaak (waarin het specifiek ging om de term ‘*substantial*’) heeft de rechtspraak ook deze vraag niet beantwoord, maar zou men kunnen zeggen dat een waardeverlies van 5% van de investering niet en een waardeverlies van 95% van de investering waarschijnlijk wel afdoende is om een onteigening vast te stellen. Veel helderheid verschaft het tribunaal in de Tokios-zaak hiermee niet. Duidelijk is wel dat het moet gaan om een (welhaast) gehele aantasting van het vermogen van de investeerder om nog met zijn investering geld te verdienen. De situatie dient doorgaans gelijk te zijn aan die waarin de eigendomstitel zelf zou zijn weggenomen.¹²

De ernst van de inbreuk op de eigendomsrechten van de investeerder wordt tevens bepaald door (1) de duur van de inbreuk en (2) de gevolgen van de maatregel op de zeggenschap van de investeerder over zijn investering.

Met betrekking tot de duur bepaalt het tribunaal in de SD Myers-zaak dat de aantasting van het vermogen van de investeerder om zijn eigendomsrechten uit te oefenen over het algemeen (dus niet altijd) blijvend moet zijn.¹³ Ook volgens het tribunaal in de LG&E-zaak dient de inbreuk ‘*generally permanent*’ te zijn. Hier wordt dus eveneens de deur opengehouden voor de vaststelling van een indirecte onteigening in het geval van een tijdelijke maatregel.¹⁴ Zo heeft het tribunaal in de Wena Hotels-zaak, vanwege de ernst van de betreffende

3. ICSID 16 december 2002, zaak ARB(AF)/99/1 (Marvin Feldman/Mexico).

4. PCA 17 maart 2006 (Saluka Investments BV/Tsjechië). Te raadplegen via <www.pca-cpa.org/>.

5. B. Mostafa, The sole effects doctrine, police powers and indirect expropriation under international law, Australian International Law Journal 2008 (267), p. 273.

6. Mostafa 2008, p. 274.

7. ICSID 17 februari 2000, zaak ARB/96/1 (Compania Del Desarrollo de Santa Elena, S.A./Costa Rica).

8. R. Dolzer & C. Schreuer, Principles of international investment law, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 101; ICSID 14 juli 2006, zaak ARB/01/12 (Azurix Corporation/Argentinië); Mostafa 2008, p. 279; ICSID 26 juli 2007, zaak ARB/02/18 (Tokios Tokeles/Oekraïne).

9. ICSID 29 mei 2003, zaak ARB/(AF)/00/2 (Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A./Mexico); ICSID 6 februari 2007, zaak ARB/02/8 (Siemens A.G./Argentinië).

10. ICSID 13 september 2006, zaak ARB/04/15 (Telenor Mobile Telecommunications A.S./Hongarije); ICSID 26 juli 2007, zaak ARB/02/18 (Tokios Tokeles/Oekraïne); U. Kriebaum, Partial expropriation, Journal of World Investment and Trade 2007, jrg. 8, nr. 1, p. 69.

11. ICSID 12 mei 2005, zaak, ARB/01/8 (CMS Gas Transmission Company/Argentinië).

12. UNCITRAL 26 juni 2000 (Pope and Talbot Inc./Canada); Kriebaum 2007, p. 69.

13. NAFTA-tribunaal 13 november 2000 (S.D. Myers Inc./Canada).

14. ICSID 3 oktober 2006, zaak ARB/02/1 (LG&E/Argentinië).

inbreuk op de eigendomsrechten van de investeerder, een indirecte onteigening vastgesteld, hoewel de maatregel een duur had van slechts één jaar.¹⁵

Bij de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk op de eigendomsrechten moet tevens worden meegewogen of de investeerder (na de getroffen overheidsmaatregel) de zeggenschap over zijn investering heeft behouden of dat deze bij de overheid is komen te rusten. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat een behoud van zeggenschap over de investering wel degelijk tot de conclusie kan leiden dat de inbreuk op de rechten van de investeerder niet ernstig genoeg is om van een indirecte onteigening te kunnen spreken.¹⁶

Conclusie

Een door overheidshandelen indirect onteigende investeerder heeft recht op een schadevergoeding. De vaststelling van een indirecte onteigening is echter een zeer lastige (met onduidelijkheden doordrongen) exercitie. Twee relevante factoren voor een dergelijke vaststelling zijn in ieder geval het doel van de overheidsmaatregel en de mate waarin de maatregel een inbreuk maakt op de eigendomsrechten van de investeerder. Daarbij zal het doorgaans een (welhaast) totale inbreuk op de eigendomsrechten van de investeerder moeten betreffen en moet de duur van de inbreuk eveneens veelal (welhaast) permanent zijn. Tevens dient ook de zeggenschap over de investering als additionele factor te worden meegenomen in de afweging. In ieder geval is wel duidelijk dat de lat voor de vaststelling van een indirecte onteigening hoog wordt gelegd. Dit wordt treffend verwoord door Weiler in zijn stelling: *'Expropriation only applies to the nuclear warheads of governmental action.'*¹⁷

Een advocaat doet er dan ook goed aan om de vordering van zijn cliënt nimmer uitsluitend te baseren op het indirecte onteigeningsleerstuk, maar ook steeds andere beschermende bepalingen uit bilaterale investeringsverdragen (met name de zogenoemde *'fair and equitable treatment'*-standaard) in het geweer te brengen.

15. ICSID 8 december 2000, ARB/98/4 (Wena Hotels Ltd./Egypte).

16. ICSID 16 december 2002, zaak ARB(AF)/99/1 (Marvin Feldman/Mexico); ICSID 12 mei 2005, zaak ARB/01/8 (CMS Gas Transmission Company/Argentinië); Dolzer & Schreuer 2008, p. 107.

17. Mostafa 2008, p. 288 verwijst naar T. Weiler, *Interpreting substantive obligations in relation to health and safety issues*, in: T. Weiler (red.), *NAFTA investment law and arbitration: Past issues, current practice, future prospects*, New York: Transnational 2004, p. 128-129.