

Internationale financiële sancties: de positie van deelnemingen van gesanctioneerde entiteiten

*Mr. J. Heurkens en mr. J. Tonino**

Unum castigabis, centum emendabis: door er één te straffen kan men honderd tot beter inzicht brengen. Dit zal het motto zijn van de internationale gemeenschap bij het opleggen van sancties ter handhaving en bescherming van de internationale rechtsorde. Sancties zijn een politiek instrument om de juridische normen van de internationale rechtsorde te handhaven.

Waar in het verleden met name algemene sancties werden afgekondigd die alle burgers van een land raakten, proberen de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties, de Verenigde Staten, de Raad van de Europese Unie en de overheden van individuele landen tegenwoordig veelal specifieke (rechts)personen of specifieke handelingen te sanctioneren; zogenoemde ‘*smart sanctions*’, die afgestemd zijn op de relevante situatie.¹ Wapenembargo’s, economische sancties (bijvoorbeeld een handelsembargo) of politieke sancties (bijvoorbeeld het opschorten van het lidmaatschap van een internationale organisatie) zijn niet erg effectief gebleken. Financiële sancties, zoals het bevriezen van banktegoeden, lenen zich beter voor een gericht effect. Veel financieel en handelsverkeer loopt op enigerlei wijze via de landen die dergelijke sancties actief initiëren en handhaven. Waar bijvoorbeeld door bepaalde regimes via bevriende of afhankelijke (buur)landen en groepen veel economische sancties en embargo’s feitelijk kunnen worden omzeild (bijvoorbeeld via smokkel), is dat bij financiële sancties lastiger. Dit komt door de grote verwevenheid van het financiële stelsel met vooral de landen die de internationale rechtsorde met het nemen van sancties wensen te handhaven. De gerichte financiële sancties zijn dan ook in populariteit toegenomen en thans van toepassing ten opzichte van onder andere de machthebbers in Syrië, Iran en Zimbabwe en lopen af voor wat betreft Libië.

Met name bij financiële sancties zijn de strekking en reikwijdte echter niet altijd duidelijk. Het is voor het internationale bedrijfsleven en de financiële wereld van groot belang om hier wel volledige duidelijkheid over te verkrijgen. Het handelen in strijd met een sanctieregime kan immers leiden tot (strafrechtelijke) vervolging en/of boetes van de bevoegde nationale toe-

zichhouders en aanzienlijke reputatieschade. En door de zeer brede normstellingen binnen een sanctieregime is al snel elke vorm van indirecte handel of verkeer met een gesanctioneerde entiteit verboden. Met name in geval van het overschrijden van de sanctieregels van de Verenigde Staten, die ook een vergaande extraterritoriale werking plegen te hebben, kunnen deze boetes hoog oplopen. Ook kan een partij bij een overeenkomst zich mogelijk beroepen op overmacht als zij bij het voortzetten van de handelsrelatie op grond van de sanctie maatregelen ‘met ernstige belemmeringen en maatregelen geconfronteerd zal worden’.²

In deze bijdrage zal de reikwijdte van financiële sancties aan de orde komen, meer specifiek de vraag in hoeverre dochterondernemingen van gesanctioneerde entiteiten vallen onder het sanctieregime. Hiertoe zullen eerst de kenmerken en de reikwijdte van de reguliere financiële sancties uiteen worden gezet. Daarna zal aan de hand van twee voorbeelden meer worden ingezoomd op hoe financiële sancties uitwerken bij dochterondernemingen van gesanctioneerde entiteiten: (1) de zaak van Melli Bank plc Iran en (2) het sanctieregime ten aanzien van Libische entiteiten. De Europese sanctieregelgeving staat hierbij centraal.

Reikwijdte gerichte financiële sancties

Gerichte financiële sancties betreffen een bepaalde doelgroep en zien op specifieke (geldelijke) middelen:

‘Sanctions are targeted in the sense that they apply only to a subset of the population – usually the leadership, responsible elites, or operationally responsible individuals; they are financial in that they involve the use of financial instruments, such as asset freezes, blocking of financial transactions, or financial services; and they are sanctions in that they are coercive measures applied to effect change or constrain action.’³

* Mr. J. Heurkens is werkzaam als advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Mr. J. Tonino is advocaat bij Tonino & Partners te Amsterdam.

1. Vgl. Kamerstukken II 2000/01, 27 477, nr. 1, p. 11.

2. Zie bijv. recentelijk Rb. Zutphen 10 februari 2012, LJN BV8592, r.o. 4.4.

3. Watson Institute Project on Targeted Financial Sanctions, in: Targeted Financial Sanctions: A manual for design and implementation – Contributions from the Interlaken Process, 2001, p. IX.

Het doel van de sancties is om druk uit te oefenen op de gesanctioneerde (rechts)personen, zonder de belangen van derde niet-gesanctioneerde (rechts)personen, vaak primair de burgerbevolking, te schaden. In de sanctieregelgeving is voorts meestal bepaald dat partijen die te goeder trouw handelden, beschermd worden (zie bijvoorbeeld art. 11 lid 2 van EU-verordening 204/2011 van 2 maart 2011 ten aanzien van Libië). Aangezien dochters en/of deelnemingen van gesanctioneerde entiteiten niet ook zelf direct gesanctioneerd hoeven te zijn, zouden hun belangen dan ook niet geschaad hoeven te worden.

Daar staat tegenover dat in sanctieregelgeving meestal is opgenomen dat de relevante financiële sanctie, zoals een bevrozing van vermogen, geldt voor alle vermogensbestanddelen die de gesanctioneerde (rechts)persoon in eigendom heeft of waar hij zeggenschap over heeft ('owned or controlled by'). Voorts mogen vermogensbestanddelen niet aan een gesanctioneerde entiteit direct of *indirect* ter beschikking worden gesteld ('be made available, directly or indirectly', zie bijvoorbeeld art. 5 lid 1 en 2 van EU-verordening 204/2011 van 2 maart 2011 ten aanzien van Libië). Onder 'owned or controlled by' wordt mede bedoeld op het hebben van een meerderheidsbelang en/of het hebben van doorslaggevende invloed in de deelneming van de gesanctioneerde entiteit die de vermogensbestanddelen houdt zoals het daarin kunnen benoemen van (de meerderheid van de) bestuurders of het kunnen uitoefenen van feitelijke zeggenschap over het vermogen van de deelneming. Dit is bijvoorbeeld specifiek neergelegd in een van de eerste financiële sanctieverordeningen van de Raad van de Europese Unie, die tegen de voormalige Federale Republiek Joegoslavië.⁴ Met het verbod om direct of indirect vermogensbestanddelen ter beschikking te stellen aan gesanctioneerde entiteiten wordt mede op dergelijke deelnemingen gedoeld.⁵

De zaak Melli Bank Plc⁶

Melli Bank Plc is een zelfstandige juridische entiteit, opgericht naar het recht van het Verenigd Koninkrijk en een 100%-dochter van Bank Melli Iran (hierna: BMI), een Iraanse vennootschap die volledig in eigendom is van de Iraanse overheid. In het kader van het beteugelen van de nucleaire ambities van Iran en het tegengaan van verdere proliferatie van kernwapentechnologie is ter implementatie van een resolutie van de Veiligheidsraad⁷ in EU-verordening 423/2007 van 19 april 2007 in artikel 7 lid 2 neergelegd dat:

'All funds and economic resources belonging to, owned, held or controlled by the persons, entities and bodies listed in Annex IV shall be frozen (...) No funds or economic

resources shall be made available, directly or indirectly, to or for the benefit of the natural or legal persons, entities or bodies listed in Annexes IV and V.'

Resoluties van de Veiligheidsraad richten zich tot de lidstaten en leggen hun de verplichting op om de betreffende sancties in eigen regelgeving op te nemen en uit te voeren.

Aanvankelijk was noch Melli Bank Plc, noch BMI op deze annexen geplaatst. Maar bij aanvullende resolutie van de Veiligheidsraad⁸ werden lidstaten opgeroepen 'to exercise vigilance over the activities of financial institutions in their territories with all banks, in particular with Bank Melli Iran and (...), and their branches and subsidiaries abroad'. Op 23 juni 2008 werd voornoemde EU-verordening dan ook aangevuld ter implementatie van deze Veiligheidsraadresolutie, waarbij zowel BMI als Melli Bank Plc op de lijst van gesanctioneerde entiteiten is toegevoegd. Het plaatsen van Melli Bank Plc en BMI werd gemotiveerd met de overweging dat deze entiteiten financiële ondersteuning verlenen aan ondernemingen die betrokken zijn bij nucleaire programma's van Iran door tal van aankopen van gevoelige materialen te faciliteren en financiële diensten te verlenen aan entiteiten betrokken in Iraanse nucleaire activiteiten. Op grond van voornoemd artikel 7 lid 2 van EU-verordening 423/2007 werden vervolgens alle fondsen en tegoeden van Melli Bank Plc bevroren.

Melli Bank Plc is opgekomen tegen haar plaatsing op de lijst met de volgende argumenten. Ten eerste stelde zij dat de Raad van de Europese Unie eerst had moeten onderzoeken of Melli Bank Plc naast BMI wel daadwerkelijk zelf was betrokken bij nucleaire activiteiten. Dit argument werd verworpen door het Europese Hof van Justitie (hierna: EHJ) nu de Raad kennelijk had geoordeeld dat Melli Bank Plc *owned or controlled* was door een entiteit die bij dergelijke onwenselijke activiteiten betrokken was geweest en dat er daarom ook een verplichting bestond op grond van de aanvullende resolutie van de Veiligheidsraad om de fondsen van de dochter te bevriezen. De Raad van de Europese Unie is overigens verder gegaan dan het bevriezen alleen door ook Melli Bank Plc zelf op de lijst te plaatsen. Dit wordt door het EHJ geaccepteerd, met de overweging dat bij het treffen van sancties jegens de moeder de verplichting bestaat ook sancties te richten tegen de dochter als is vastgesteld dat deze dochter *owned or controlled* wordt door de gesanctioneerde moeder. Daarmee oordeelt het EHJ dat dochters van gesanctioneerde entiteiten op grond van het criterium *owned or controlled* aldus zelfstandig op de sanctielijst geplaatst kunnen worden zonder dat de betreffende entiteit daadwerkelijk zelf betrokken hoeft te zijn geweest bij de onwenselijk geachte activiteiten.

Voorts beargumenteerde Melli Bank Plc dat ook een lichtere maatregel passend was geweest, zoals het benoemen van een onafhankelijke vertegenwoordiger of bewindvoerder om toe-

4. EU-verordening 1294/1999 van 15 juni 1999, definities 5 en 6.

5. Zie bijv. het rapport Targeted Financial Sanctions: A manual for design and implementation – Contributions from the Interlaken Process, 2001, p. 64.

6. Melli Bank Plc vs. Raad Europese Unie, Frankrijk, Verenigd Koninkrijk, Europese Commissie van 13 maart 2012. Het Europese Hof van Justitie (Grote Kamer), kenmerk C-380/09 P.

7. United Nations Security Council Resolution 1793 (2006).

8. United Nations Security Council Resolution 1803 (2008).

zicht te houden op transacties van Melli Bank Plc, of het vereisen van voorafgaande toestemming voor transacties van Melli Bank Plc door een dergelijke functionaris. Met een dergelijke minder draconische maatregel had kunnen worden voorkomen dat Melli Bank Plc als gesanctioneerde entiteit zou worden opgenomen op de sanctielijsten, waardoor elke voortgang van de zakelijke activiteiten onmogelijk werd. Dit punt werd verworpen door het EHJ nu dergelijke maatregelen niet adequaat het risico zouden afwenden dat de dochtermaatschappij Melli Bank Plc zou worden gebruikt door BMI om de sancties te omzeilen.

Voor genoemde zaak toont de ene kant van het spectrum rond deelnemingen en sancties: het EHJ geeft een zeer brede uitleg aan de reikwijdte van de sancties. Het feit dat de Veiligheidsraad de moeder van de entiteit als een te sanctioneren entiteit had bestempeld en opgeroepen had waakzaam te zijn ten aanzien van dochterondernemingen van BMI, was voldoende om daarmee de dochter zelf op de sanctielijsten te mogen plaatsen. Dit moge misschien niet geheel onlogisch zijn bij 100%-deelnemingen, het wordt lastiger bij entiteiten die maar gedeeltelijk in handen zijn of onder zeggenschap staan van gesanctioneerde entiteiten dan wel waar er bij de moeder geen sprake is van feitelijke controle.

Een andere benadering van 100%-deelnemingen

Het punt van de gevolgen van sancties voor deelnemingen van een gesanctioneerde entiteit, 100%-deelnemingen of minder, kan echter ook op een geheel andere wijze en met een volledig andere uitkomst worden beoordeeld. Relevant in dit kader is een document van de Relex/Sanctions Formations Working Party, genaamd *EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures* van 24 april 2008 (hierna: Best Practices). De Best Practices bevatten niet-limitatieve aanbevelingen en houden geen wettelijke verplichtingen in. Hierin is als uitgangspunt opgenomen dat bevrozing geen fondsen en economische tegoeden dient te raken die noch eigendom zijn van, noch behoren tot, noch gehouden of gecontroleerd worden door aangewezen gesanctioneerde personen of entiteiten. Dit geldt evenzeer voor niet-aangewezen entiteiten die als een aparte rechtspersoon zijn te onderscheiden van een gesanctioneerde entiteit, tenzij de gesanctioneerde entiteit die betreffende rechtspersoon controleert of houdt. Er is sprake van het houden of controleren indien de betreffende gesanctioneerde entiteit gerechtigd is om de economische tegoeden of fondsen over te dragen of te vervreemden zonder voorafgaande toestemming van de eigenaar, zelfs indien de entiteit zelf geen titel van eigendom bezit.

De uitspraak in de Melli Bank-zaak past binnen dit uitgangspunt nu het EHJ oordeelde dat een 100%-dochter *owned or controlled* zal zijn, overigens zonder hiervoor zeer specifieke omstandigheden vast te stellen. Het EHJ zal waarschijnlijk de uitgebreidere bewoordingen *owned or controlled* gebruikt hebben in plaats van de bewoordingen uit de EU-verordening, nu de woorden *owned or controlled* gebruikt worden in de Veilig-

heidsraadresolutie. In een andere uitspraak in de zaak van Melli Bank Plc (een verzoek tot nietigverklaring van Besluit 2008/475/EG)⁹ heeft het Gerecht in Eerste Aanleg overwogen dat het op zich wel mogelijk is dat de tegoeden van een 100%-dochter van een gesanctioneerde entiteit niet bevroren hoeven te worden, bijvoorbeeld indien er voldoende garanties bestaan dat de dochter niet door de moeder zal worden misbruikt om de sancties tegen haarzelf te omzeilen. In die zaak meende het Gerecht in Eerste Aanleg echter dat daar geen sprake van was.

Hieruit blijkt dat er dus wel degelijk ruimte is bij een 100%-dochter van een gesanctioneerde entiteit voor het niet bevriezen van haar tegoeden en dat een dergelijke dochter dan ook zou kunnen blijven deelnemen aan het reguliere handelsverkeer. Essentieel hierbij is het ontbreken van effectieve controle en bevoegdheid van de gesanctioneerde moeder over de bezittingen van de dochter en/of een systeem van voldoende waarborgen dat de dochter niet zal worden gebruikt voor het omzeilen van de sancties. De uitspraak als hiervoor genoemd in de Melli Bank-zaak illustreert goed dat dit oordeel ook geheel anders zou kunnen uitpakken en zelfs tot zelfstandige vermelding op de sanctielijsten kan leiden.

Een voorbeeld van een recente zaak waarbij dit punt van controle op een andere manier is gewaardeerd en opgelost, heeft zich onder andere in Nederland afgespeeld. Naar aanleiding van de Libische opstand en de in dat kader genomen sanctie-maatregelen tegen de (nu voormalige) Libische machthebbers is een groot aantal Libische entiteiten op de sanctielijst geplaatst, waarmee ook een aantal in Europa gevestigde dochtermaatschappijen en deelnemingen dreigde te worden geraakt. Zo werd de Libian Investment Authority (met vele investeringen in de westerse wereld) op enig moment op de lijst geplaatst als gesanctioneerde entiteit. De potentiële gevolgen van deze sancties werden alom in Europa gevoeld; zo waren er diverse ondernemingen waarvan een deel van de aandelen gehouden werd door gesanctioneerde entiteiten, zoals het Engelse mediabedrijf Pearson en de Italiaanse bank Unicredit. Dit waren ondernemingen waarvan de autoriteiten geheel niet wensten dat alle fondsen en economische tegoeden bevroren zouden worden, aangezien er geen positief effect op de situatie in Libië van mocht worden verwacht en de schade van bevrozing met name binnen de Europese Unie zeer substantieel zou kunnen zijn.

Uiteindelijk is op 26 maart 2011 de EU-verordening 204/2011 ten aanzien van sancties in Libië aangepast en is artikel 6bis toegevoegd.¹⁰ Krachtens deze bepaling worden niet-aangewezen entiteiten, waarin gesanctioneerde entiteiten of personen een belang hebben, niet weerhouden van het continueren van hun legitieme bedrijfsvoering zolang dit zal

9. Gerecht van Eerste Aanleg 9 juli 2009, in de zaak Melli Bank Plc vs. de Raad van de Europese Unie, T-246/08 en T-332/08.

10. EU-verordening 296/2011 van 25 maart 2011 tot wijziging van EU-verordening 204/2011.

inhouden dat geen fondsen of economische tegoeden ter beschikking worden gesteld aan gesanctioneerde entiteiten.

Aldus wordt op de regel, die het EHJ in de Melli Bank-zaak (gemakkelijk) accepteerde, dat 100%-dochters van gesanctioneerde entiteiten onder het sanctieregime vallen (als zelfstandig te sanctioneren entiteit dan wel ten aanzien van het bevriezen van alle vermogensbestanddelen), in de Libische situatie een expliciete uitzondering in de regelgeving opgenomen voor legitieme ondernemingen; een mogelijke uitzondering die ook door het Gerecht van Eerste Aanleg in de Melli Bank-zaak al was onderkend.

In Europa, met de hoofdvestiging in Nederland, is de indirect onder Libisch staats eigendom vallende Oilinvest groep actief. Deze groep opereert onder andere drie olieraffinaderijen en een groot aantal tankstations in de Europese Unie. De aandeelhouders van de groep waren op enig moment allen op de sanctielijsten vermeld. In een brief van de minister van Financiën¹¹ aan het parlement inzake de Oilinvest groep heeft de Nederlandse overheid uiteengezet op welke wijze zij de toepassing van artikel 6bis van EU-verordening 204/2011 heeft beoordeeld en dit met extra waarborgen heeft omkleed. In overleg met het ministerie van Financiën heeft de Oilinvest groep¹² maatregelen genomen om de autoriteiten te kunnen garanderen dat aan de voorwaarden van artikel 6bis van EU-verordening 204/2011 wordt voldaan. Hiertoe is de onderneming losgekoppeld van de Libische aandeelhouders door 94,9% van de aandelen te certificeren en deze certificaten onder te brengen in Stichting Administratiekantoor Oilinvest. Het bestuur van deze stichting wordt in meerderheid gevormd door bestuurders die worden voorgedragen door de Libische aandeelhouders, maar bevat tevens een drietal onafhankelijke bestuurders die na consultatie van en met instemming van het ministerie van Financiën zijn gekozen en die specifieke bevoegdheden hebben indien er besluiten door de groep worden genomen die kunnen afdoen aan het naleven van het sanctieregime. Daarnaast werd een uitvoerig compliancesysteem opgezet met betrokkenheid van onafhankelijke experts, waarbij relevante betalingen en transacties vooraf dienen te worden goedgekeurd.

Aldus zijn onder de vlag van artikel 6bis van EU-verordening 204/2011 aan de theoretische uitzondering die in de zaak van Melli Bank Plc nog genoemd werd voor 100%-dochters handen en voeten gegeven. Met het certificeren van de (meerderheid van de) aandelen is het element *'controlled'* ook in juridische zin geëlimineerd, maar het element *'owned'* feitelijk is blijven bestaan nu de oorspronkelijke aandeelhouders als thans (grotendeels) certificaathouders het economisch eigendom van de groep behouden. Tevens waren er voldoende

waarborgen ingebouwd om te zorgen dat voorkomen zou worden dat op enigerlei wijze de gesanctioneerde aandeelhouders de sancties zouden proberen te omzeilen via de niet-gesanctioneerde dochter. Het aanbod dat Melli Bank Plc zelf heeft gedaan om sanctionering te voorkomen, is toen niet door de Europese en nationale autoriteiten als voldoende beoordeeld, welk oordeel het EHJ in stand heeft gehouden. In de zaak van de Oilinvest groep is deze waardering van de spankracht van aanvullende maatregelen echter wel voldoende geacht. Mogelijk heeft het feit dat Melli Bank Plc zelf onderdeel vormde van het financiële stelsel, een rol gespeeld bij het oordeel dat niet kon worden aangenomen dat er voldoende waarborgen tegen misbruik mogelijk waren. Melli Bank Plc zat wat dat betreft misschien te dicht bij het vuur om in de effectiviteit van specifiek deze financiële sancties te kunnen vertrouwen.

Conclusie

Gelet op de specifieke regelgeving in het kader van Libië en de meer algemeen geldende uitspraak in de Melli Bank-zaak, alsmede gelet op de uitgangspunten opgenomen in de hiervoor genoemde Best Practices, is er enige hoop voor dochterondernemingen van gesanctioneerde entiteiten op overleven. Noch de EU-verordening, noch de Nederlandse wetgeving vereist letterlijk op enigerlei wijze dat de maatregelen als hiervoor genoemd worden getroffen om plaatsing op de sanctielijst of bevrozing van de fondsen en tegoeden te voorkomen. De zaak van de Melli Bank Plc laat zien dat het verplichten tot sanctioneren van de moeder door de Veiligheidsraad zeer wel kan leiden tot het sanctioneren van de deelnemingen zelf, dan wel aanleiding kan zijn tot in ieder geval bevrozing van de vermogensbestanddelen van de dochter.

Een regeling waarin een uitzondering wordt gecreëerd voor het beperken van de reikwijdte van de sancties voor een deelneming, zoals artikel 6bis van EU-verordening 204/2011, past op zich in het systeem van sancties. Echter, de wijze van uitwerking van de toepasbaarheid van deze mogelijkheid is niet verder geregeld en vormt dan ook eerder een kader voor de beleidsvrijheid van autoriteiten om deelnemingen eveneens onder de sancties te laten vallen dan een recht van een dochterentiteit waar zij zelf en haar handelspartners op kunnen rekenen. Sancties lijken daarmee niet alleen te kwalificeren als juridische instrumenten om politieke doeleinden te bereiken, ook de toepassing heeft ontegenzeggelijk een politiek gehalte. Dit leidt mogelijk tot weinig zekerheid vooraf over de status van een dochter van een gesanctioneerde entiteit, maar biedt wel ruimte voor overleg, aanpassing en oplossingen, zowel om te (blijven) voldoen aan de doeleinden van de sancties als om belangrijke economische activiteiten buiten de invloedssfeer van het regime of de groepering te behouden die met de sancties aangepakt wordt.

11. Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 24 augustus 2011 betreffende sancties Libië en de Oilinvest Group, Kamerstukken II 2011/12, nr. 22, item 15 (2011D40320).

12. Volledigheidshalve dient hier te worden opgemerkt dat Clifford Chance hierbij de Oilinvest Group heeft bijgestaan.