

De Barcelona Traction Light and Power Co Affaire

IN HET LICHT VAN DE NATIONALITEIT ALS UITOEFENINGS- VOORWAARDE VAN DE DIPLOMATIEKE BESCHERMING.

1. Op 12 februari 1948 werd de Barcelona Traction C^o, een volgens Canadees recht opgerichte en in Canada geregistreerde maatschappij, door de rechtbank van Reus (Tarragona, Spanje) failliet verklaard. Door een reeks van rechterlijke en administratieve beslissingen, waarvan België de rechtmatigheid naar internationaalrecht betwistte, werden de goederen van de vennootschap en haar dochtermaatschappijen aan derden toegekend.

Op 15 september 1958 richtte de Belgische regering een verzoekschrift tot het I.C.J. (Internationaal Gerechtshof) waarbij schadevergoeding werd gevraagd, op grond van rechtsweigering (*déni de justice*), voor de schade geleden door de maatschappij naar canadees recht en subsidiair voor de schade geleden door de aandeelhouders. Met Spanje's akkoord werd dit verzoekschrift door de Belgische regering terug ingetrokken, omwille van de aan de gang zijnde onderhandelingen tussen de bij het geschil betrokken partijen en ook omdat de Belgische regering inzag dat een aldus geformuleerd verzoek geen kans maakte (cfr. *infra*).

Op 19 juni 1962 nochtans werd door België een tweede verzoekschrift ingediend waarbij alleen schadevergoeding werd gevraagd ten voordele van de Belgische aandeelhouders in voormelde maatschappij. Hiertegen bracht Spanje 4 preliminaire verweermiddelen in :

1. door afstand te doen van haar eerste klacht had België het recht verloren om zich opnieuw op het Hof te beroepen ;
2. de onbevoegdheid van het Hof (art. 37 van het statuut van het I.C.J. en het Spaans-Belgisch conciliatieverdrag van 19 juli 1927 zijn hier van belang) ;
3. België heeft niet het recht de bescherming op zich te nemen van aandeelhouders van een maatschappij van vreemd (nml. canadees) recht ;
4. de interne rechtsmiddelen waren niet uitgeput.

Over deze preliminaire excepties deed het Hof op 24 juli 1964 uitspraak ¹⁾. 2. Daar 88 % van de aandelen van deze vreemde maatschappij, zowel op de datum van het faillietverklaren als op de datum van de indiening van de verzoekschriften in Belgische handen lag, valt de interesse door België betoond voor het wedervaren van de Barcelona Traction en haar dochtermaatschappijen gemakkelijk te begrijpen. Op internationaalrechtelijk gebied is deze zaak evenmin van belang ontdaan. De positie van de aandeelhouders in een vennootschap is in het internationale recht en meer bepaald op het gebied van de diplomatieke bescherming, onzeker. Vandaar ook het duidelijk belang dat het arrest, dat ten gronde zal beslissen over het geschil tussen Spanje en België, in zich houdt. Dit arrest wordt verwacht in de loop van 1966.

3. Het antwoord van het Hof op de preliminaire excepties op 24 juli '64 was een verwerping van de eerste twee verweermiddelen²⁾, terwijl voor de uitspraak omtrent de overige verweermiddelen verwezen werd naar het arrest dat ten gronde moet beslissen. In dit artikel willen wij trachten het rechtskader te situeren waarin de Barcelona Traction case zich ontwikkelt en meer bepaald de diplomatieke bescherming en haar uitvoeringsvoorwaarden inzonderheid de nationaliteitsband.

4. Uitgangspunt van onze uiteenzetting is het derde Spaanse verweermiddel : België heeft niet het recht de bescherming op zich te nemen van de aandeelhouders van een vreemde maatschappij.

5. Diplomatieke bescherming is een aktie gevoerd door een staat tegen een andere staat, welke laatste een volkenrechtelijk onrechtmatige daad heeft gesteld waaruit schade is voortgevloeid voor ee onderdaan (natuurlijke of rechtspersoon) van de beschermende staat³⁾. Het blijft een omstreden vraag of er een schuldelement dient aanwezig te zijn bij de staat door wiens organen de onrechtmatige daad werd gepleegd. Sommigen, waaronder Anzillotti, menen dat men hier staat voor een gevolgaansprakelijkheid. In ieder geval moet er tussen de onrechtmatige daad en de schade een causaliteitsverband bestaan. Te noteren valt ook dat de staat niet verplicht is de diplomatieke bescherming aan zijn benadeelde onderdanen te verlenen, hoewel zij zich verbinden kan stelselmatig hiertoe over te gaan (cfr. de grondwet van de Weimar republiek).

Opdat dit internationaal gewoonterechtelijk instituut zou kunnen uitgeoefend worden is het nodig dat de benadeelde persoon in de staat waar de onrechtmatige daad plaats greep, eerst alle interne rechtsmiddelen zou uitputten. De ratio van deze regel is dat men het konflikt niet dadelijk op internationaal plan moet brengen, maar het eerst op intern vlak moet trachten te regelen. Een tweede voorwaarde is dat de benadeelde persoon zich korrekt heeft gedragen (clean hands voorwaarde). Daarbij komt nog, althans volgens bepaalde auteurs en sommige rechtspraak, dat de eis niet verjaard mag zijn. De aanvaarde termijn variëert van 20 tot 30 jaar. Zijn deze voorwaarden voldaan dan stelt zich nog de vraag voor welke persoon de staat mag bescherming verlenen.

6. Volgens een volkenrechtelijke gewoonte is de staat gerechtigd zijn onderdanen te beschermen. Dit zijn in de eerste plaats zijn nationalen. Volgens het huidige volkenrecht zal dus alleen de heimatstaat gerechtigd zijn de diplomatieke bescherming - als een eigen statelijk recht - uit te oefenen ten behoeve van zijn nationalen.

Het internationale recht laat iedere staat vrij in het bepalen van de kriteria tot het verkrijgen van zijn nationaliteit. In hoofdzaak worden met betrekking tot de nationaliteit van enkelingen twee normen aangewend : het jus sanguinis (bevoordeligt de emigratielanden) en het jus soli (alleen aanvaardbaar voor immigratielanden). Staat een internationale rechter voor een nationaliteitsvraag, dan zal hij de oplossing dienen te zoeken in het interne recht. Hij behoudt nochtans de mogelijkheid de konformiteit van het interne recht met het internationale recht te verifiëren. Uit het Nottebohm arrest⁴⁾ kan worden afgeleid dat, zelfs indien de nationale wetgeving regelmatig is, de internationale rechtbanken het als hun recht beschouwen te onderzoeken of de nationaliteit van dergelijke aard is dat het de diplomatieke bescherming met zich medebrengen kan.

7. In verband met de nationaliteit der enkelingen als voorwaarde tot het uitoefenen van de diplomatieke bescherming is het nuttig een onderscheid te maken tussen de gevallen van enkelvoudige en meervoudige nationaliteit. Voor een enkelvoudige nationaliteit, dit is iemand die de nationaliteit bezit van één staat, zijn er geen bijzondere problemen in verband met de diplomatieke bescherming, tenzij de effectiviteitstheorie, die wij weervinden in het belangrijke Nottebohm arrest.

Nottebohm, Duitser door geboorte, had zich in 1905 in Guatemala gevestigd, dat het centrum van zijn activiteit werd. Een maand na het uitbreken van de tweede wereldoorlog gaat hij naar Liechtenstein, vraagt de naturalisatie en verkrijgt ze op 13 oktober 1939. Bij zijn terugkeer in Guatemala werd deze verandering in het vreemdelingenregister geregistreerd.

Als gevolg van oorlogsmaatregelen werd hij in Guatemala gearresteerd en in 1943 aan de U.S.A. overgeleverd, waar hij twee jaar verblijft.

Na een vergeefse poging tot terugkeer naar Guatemala, worden zijn eigendommen, die daar gelegen zijn, gekonfiskeerd. Liechtenstein bracht de zaak voor het internationaal gerechtshof en beweerde dat Guatemala gehandeld had in strijd met het internationaal recht, vroeg restitutie en schadevergoeding. De vraag waarvoor het Hof uiteindelijk kwam te staan was of de door Liechtenstein toegekende nationaliteit opwerpelijk was aan Guatemala. Bracht de unilaterale daad van Liechtenstein (namelijk de naturalisatie) de verplichting met zich mee voor Guatemala het gevolg ervan op internationaal gebied te erkennen: het recht van Liechtenstein om de diplomatieke bescherming uit te oefenen?

Het Hof aanvaardde dat elke staat de verkrijging van zijn nationaliteit mag regelen volgens zijn eigen wetgeving. Maar eenmaal dat Liechtenstein de diplomatieke bescherming wil uitoefenen plaatst het zich op het internationaalrechtelijk plan. Het Hof maakt dan ook een onderscheid tussen de nationaliteit op internationaal en de nationaliteit op intern vlak.

Op grond van de praktijk der staten, rechterlijke beslissingen en rechtsleer besluit het Hof: «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs, conférée par un état: elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection diplomatique vis à vis d'un autre état que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'état qui en a fait son national»^o). Het Hof toetste de feiten aan deze stelling en konstateerde dat een dergelijke band tussen Liechtenstein en Nottebohm niet bestaat, zodat Guatemala de naturalisatie niet diende te erkennen en Liechtenstein geen diplomatieke bescherming kon uitoefenen tegen Guatemala.

De rechtsleer reageerde overwegend afkeurend tegenover dez uitspraak^o). Kritiek werd naar voor gebracht op een dubbel vlak:

a) het Hof ontnam aan Nottebohm één der essentiële voordelen die aan de nationaliteit waren gehecht, waardoor hij ongeveer in de positie van een apatried werd geplaatst, daar waar het moderne recht de vaderlandsloosheid tracht uit te schakelen. Het gevolg van de theorie van de reële band zou zijn dat de meeste uitwijkingen, die zich in een vreemd land vestigen en daar werkzaam zijn, de diplomatieke bescherming gaan ontberen.

b) de theorie van de reële band zou slechts spelen in geval van dubbele of meervoudige nationaliteit.

Positief tegenover het arrest staan echter o.m. Prof. P. De Visscher en Prof. S. Bastid⁷⁾. Zij zien er een duidelijke beperking in van het klassieke soevereiniteitsbegrip van de staat. Het aanvaarden van de regel van de effectieve nationaliteit zal geleidelijk een andere volkenrechtelijke regel elimineren nml. dat de diplomatieke bescherming niet mag worden uitgeoefend ten gunste van iemand die de nationaliteit bezit én van de staat-eiser én van de staat-verweerder (cfr. infra). De niet-ontvankelijkheid zou slechts bewaard blijven wanneer de effectiviteit van beide nationaliteiten wordt vastgelegd. Zo biedt dit arrest naast een onmiskenbare inkrimping van de diplomatieke bescherming ook de mogelijkheid tot het uitbreiden ervan. In verband met de rechtspersonen wijst de «genuine link» theorie op een evolutie naar de erkenning van het recht tot bescherming van de aandeelhouders door hun nationale staat. Uit dit alles blijkt dat voor een enkelvoudig nationaal de nationaliteit als zodanig, zonder een daarmee gepaard gaande reële band, onvoldoende is om een staat toe te laten zijn diplomatieke bescherming te verlenen⁸⁾.

9. Wat de positie van de meervoudige nationalen betreft, dit zijn de enkelingen die de nationaliteit van verschillende staten tegelijk bezitten, moeten wij twee situaties onderscheiden.

a) het betrokken individu heeft de nationaliteit en van de eisende en van de verwerende staat. De oplossing kan men zoeken ofwel langs het principe van de gelijkheid van de staten ofwel langs het effectiviteitsbeginsel. Beide hebben overigens hun aanhang in doktrine en rechtspraak⁹⁾. Het gelijkheidsbeginsel houdt voor dat beide nationaliteiten van gelijke waarde zijn. Derhalve mag geen van de nationale staten een eis tegen de andere staat instellen. Op te merken valt dat men op grond van een even logische redenering tot het tegenovergestelde resultaat kan konkluderen. Dit principe vond weerklank in de Konventie van Den Haag, 12 april 1930, art. 4.

Het effectiviteitsprincipe aanvaardt dat het individu de nationaliteit heeft die hij werkelijk uitoefent. Ook dit principe liet zijn spoor na op de Haagse Konventie in art. 5. Na de Nottebohm case menen we wel te mogen bevestigen dat deze laatste opvatting aan de winnende hand is¹⁰⁾.

b) de bipatried bezit de nationaliteit van de eisende staat en van een andere staat, verschillend van de verwerende staat. Hier kan een konflikt ontstaan wanneer beide staten wensen op te treden. Dan moet, ons inziens, het effectiviteitsbeginsel worden toegepast.

10. Ook voor de rechtspersonen is hun nationaliteit van belang voor het uitoefenen van diplomatieke bescherming ten hunnen voordele¹¹⁾. Het is duidelijk dat het begrip nationaliteit bij een rechtspersoon niet dezelfde emotionele gebondenheid vertonen kan als voor het individu. Nochtans is het nuttig dat een rechtspersoon een nationaliteit bezit onder meer in verband met de diplomatieke bescherming. Deze bewering mag niet te absoluut worden opgevat daar de praktijk uitwijst dat wanneer een staat het voor een vennootschap opneemt dit gebeurt met het oog op de belangen van zijn nationalen (namelijk die van de aandeelhouders) die in de vennootschap hun belangen hebben. Indien een staat het zou opnemen voor een maatschappij die haar nationaliteit bezit, maar waarvan de meerderheid van de aandelen in handen zijn van nationalen van een vreemde staat dan heeft de eisende staat alle kans om zijn klacht onontvankelijk te horen verklaren op grond van de controle-theorie, volgens de-

welke men de economische en financiële toehorigheid dient te onderzoeken. Deze theorie vertoont veel gelijkenis met de theorie van de reële band (genuine link)¹³⁾.

Voor het verlenen van hun nationaliteit aan rechtspersonen gebruiken de staten twee criteria: de inkorporatie en de werkelijke zetel¹³⁾.

Volgens de inkorporatietheorie verkrijgt men de nationaliteit door de oprichting van de rechtspersoon volgens een bepaald recht en door ze als dusdanig te laten registreren, ongeacht de maatschappelijke zetel, de samenstelling van het kapitaal enz. ... Deze opvatting wordt gevolgd in de V.S.A., Groot-Brittannië, Canada, U.S.S.R., Zuid-Amerikaanse staten. Bij het tweede criterium kijkt men naar het recht volgens hetwelk de rechtspersoon werd opgericht, gekombineerd met feitelijke konstataaties van economische aard zoals de oorsprong van het kapitaal, de nationaliteit van de geassocieerden, de exploitatiezetel, de maatschappelijke zetel. Daar de eerste drie elementen veelvuldig kunnen veranderen neemt men doorgaans de maatschappelijke zetel als criterium, waaronder men de plaats verstaat waar de leiding der vennootschap effectief wordt gevoerd (België, Frankrijk, Duitsland).

Het criterium van de controle wordt niet als een derde criterium beschouwd op grond waarvan men een nationaliteit verkrijgt¹⁴⁾ maar wel als een middel om zich tegen de ontvankelijkheid van een klacht te verzetten (een exceptie).

Wanneer een staat een rechtspersoon die zijn nationaliteit bezit niet wil of kan beschermen (bv. omwille van het controle-criterium als exceptie aangewend)¹⁵⁾, dan stelt zich het probleem van de bescherming van de aandeelhouders door hun nationale staat. De internationale rechtspraak en doktrine zijn verdeeld over de al of niet toelaatbaarheid van dergelijke akties. Nochtans, zoals wij reeds eerder aanstipten, valt de veralgemening van de effectiviteitstheorie op volkenrechtelijk gebied, ten gunste van de aandeelhouders uit. Men kijkt niet zozeer meer naar het scherm dat de rechtspersoon is, maar wel naar hetgeen erachter steekt o.m. de aandeelhouders. De billijkheid van de rechtsbescherming zal, ons inziens, de evolutie in de zin van een bescherming van de aandeelhouders begunstigen.

11. De continuïteitsregel vereist dat de nationaliteitsvoorwaarde bestaat niet enkel op het ogenblik van de indiening van de eis of zelfs van de toewijzing van de eis. Deze regel mag men nochtans niet te absoluut opvatten. In verschillende, na de tweede wereldoorlog afgesloten verdragen tussen landen van West- en Oost-Europa in verband met schadeloosstelling voor genaaste eigendommen, week men van de strenge continuïteitsregel af (deze regel is trouwens alleen maar te verantwoorden zo er slechts een korte tijd verliep tussen het tijdstip van de schade en dat van de indiening van de eis). Het volstond dat men de nationaliteit van de beschermde staat had op het ogenblik van de schade en op het moment van het afsluiten van het verdrag.

12. In het arrest van 24 juli 1964 bleek een meerderheid van 9 rechters het nodig te vinden dat de uitspraak over het derde spaanse verweermiddel zou gebeuren na een onderzoek ten gronde van de zaak. Wellington Koo, vice-voorzitter van het Hof, deelde deze mening niet en was voorstander van een dadelijke verwerping van de derde Spaanse objektie. Hij aan-

vaardt dt België op grond van het interntaionaal recht voor de aandeelhouders op te treden. Een zeker antwoord op deze vraag zal slechts na de uitspraak van het arrest dat ten gronde beslist, kunnen gegeven worden.

Hans Ketsman.

* * *

¹⁾ Voor het vonnis en voor meer uitgebreid feitenmateriaal: I.C.J., Rec. 1964, 6.

²⁾ Voor meer commentaar: J. V. Louis, R.B.D.I. 1965, 252; Verzijl, Ned. T.I.R. 1965, 2; S. Bastid, Journal du droit international, 1965, 495.

³⁾ Te onderscheiden van de funktionele bescherming die uitgeoefend wordt door een intrernationaal organisme zoals bv. de UNO (zie Reparation case, I.C.J. 11 april 1949).

⁴⁾ Nottebohm, I.C.J. 6 april 1955, I.C.J. Reports 1955, 4-65.

⁵⁾ I.C.J. Reports 1955, 23.

⁶⁾ Verzijl, The international court of justice, Ned. T. I. R. 1956, 33-40. Makarov, Osterr. Z.O.R. 1965-426. Kunz, A.J.I.L. 1956, 536-571.

⁷⁾ P. De Visscher, Rev. Gén. 1956, 238-266.
S. Bastid, Rev. Dr. Int. Pr. 1956, 607.

⁸⁾ De houding van het Hof in het geval Nottebohm werd nagevolgd in Florence Strumsky Mergé vs Italian Republic (Conciliating commission USA - Italy, A.J.I.L. 1956, 154) waar het echter ging om een geval van dubbele nationaliteit. Daarentegen werd in USA ex re Flegenheid vs Italian Republic (A.J.I.L. 1959, 957) het principe van het Nottebohm arrest beperkt tot de gevallen van dubbele nationaliteit.

⁹⁾ Voor nadere gegevens: Van Panhuys, The rôle of nationality in international law, Leiden, 1956.

¹⁰⁾ contra: Van Panhuys: op. cit.

¹¹⁾ Het gaat hier om rechtspersoon van intern recht, niet van internationaal recht (vb. UNO). Wij beperken ons tot de privaatrechtelijke rechtspersoon.

¹²⁾ Befaamd in dit verband is de I'm Alone case (Canada vs USA): een in Canada geregistreerd schip werd, nadat het betrappt werd op alkoholsmokkel naar de V.S.A., buiten de amerikaanse territoriale waten gekelderd door de amerikaanse kustwacht. De eis van Canada werd afgewezen daar amerikaanse burgers de facto de finantiele controle op het schip in handen hadden.

¹³⁾ G. Van Boxsom, Rechtsvergelijkende studie over de nationaliteit der vennootschappen, Brussel, 1964.

¹⁴⁾ P. De Visscher, La protection diplomatique des personnes morales, Leiden, Rec. des Cours 1961.

¹⁵⁾ Dit zou het geval geweest zijn indien Canada de diplomatieke bescherming had willen uitoefenen ten voordele van de Barcelona Traction.