

ENKELE PROBLEMEN IN VERBAND
MET DE UITOEFENING
VAN HET RECHT OP NATIONALISATIE

door

K. WELLENS

SCHEMA VAN DE UITEENZETTING

Inleiding

- I. *Korte historiek en begripsomschrijving van de permanente soevereiniteit.*
 1. Korte historiek
 - a. Tot resolutie 1803 (XVII)
 - b. Na resolutie 1803 (XVII)
 2. Het begrip « permanente soevereiniteit »
 3. Wie kan zich op deze permanente soevereiniteit beroepen ?
- II. *Het recht op nationalisatie.*
 1. Terminologie
 2. Bestaat er een recht op nationalisatie ?
 3. Is een nationalisatiemaatregel aan voorwaarden en beperkingen onderworpen ?
- III. *Voorwaarden en beperkingen waaraan een nationalisatiemaatregel is onderworpen.*
 1. De « public utility »-vereiste
 2. Verloop volgens « a due process of law »
 3. Non-discriminatoir karakter
- IV. *Rust er een schadevergoedingsplicht op de staat die tot de nationalisatie overgaat ?*
 1. Standpunten van de staten
 2. Standpunten in de rechtsleer vertolkt
- V. *Kenmerken van de schadevergoeding*
 1. Standpunten door de staten vertolkt
 2. Standpunten in de rechtsleer verdedigd
 3. De notie « *prompte compensation* »

4. De notie « *effective compensation* »
5. De notie « *adequate compensation* »
6. De verschillende valuatiemethoden
7. Enkele beschouwingen

VI. *De rol van de nationale jurisdicties.*

VII. *Het nationalisatierecht in het Handvest van economische rechten en plichten van staten.*

1. Besprekingen vóór de behandeling in de Tweede Commissie
2. Behandeling in de Tweede Commissie en in de Algemene Vergadering

Besluit.

INLEIDING

Bij onze studie van het Handvest van economische rechten en plichten van staten (1) is vrij vlug uit de voorgeschiedenis en de uiteindelijk tekst ervan (2) gebleken dat de bepalingen betreffende de permanente soevereiniteit een centrale plaats hadden ingenomen. Inderdaad, want niet alleen artikel 2 houdt met deze ganse problematiek verband : daar wordt het principe gesteld en worden de voornaamste rechten geformuleerd die daaruit rechtstreeks kunnen worden afgeleid. De kwestie van de permanente soevereiniteit komt echter ook nog in een aantal andere bepalingen aan de orde. Zo kunnen vermeld worden het informatie- en consultatiesysteem voor de uitbating van gemeenschappelijke hulpbronnen (artikel 3) en de vrijwaring van en de schadevergoeding voor de exploitatie van de hulpbronnen van gebieden en volkeren zonder zelfbeheer (artikel 16).

Tegen de achtergrond van het principe van de permanente soevereiniteit moeten eveneens worden geplaatst : het verenigingsrecht voor grondstoffenproducenten (artikel 5) de regelmatige bevoorrading in alle handelsproducten (artikel 6) en de aanpassing van de prijzenrelatie voor de ontwikkelingslanden (artikel 28). De progressieve realisatie van de in artikels 5, 6 en 28 geformuleerde doelstellingen wordt in de huidige internationale betrekkingen een belangrijke rol toegekend. Men kan moeilijk ontkennen dat de problemen die ermee gepaard gaan in toenemende mate om normering zullen vragen door de internationale rechtsorde. De behandeling van deze

(1) Aanvaard door de Algemene Vergadering op 12 december 1974 met 120 stemmen tegen 6 bij 10 onthoudingen.

(2) Voor een korte schets van de werkzaamheden die tot e aanvaarding van het Handvest hebben geleid zie o.m. Wellens, K., *Het Handvest van economische rechten en plichten van staten*. Enkele hoofdmomenten uit zijn wordingsgeschiedenis, *R. W.*, 1977-1978, kol. p. 801-826.

De Engelse tekst ervan werd o.m. opgenomen in *I.L.M.*, 1975, p. 251-265.
De Franse tekst werd o.m. opgenomen in *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 307-320.

drie, nauw met elkaar verweven kwesties in het kader van de internationale organisaties heeft in feite nog maar net een aanvang genomen.

De samenhang tussen de verschillende bepalingen van het Handvest heeft er o.m. toe geleid dat de eensgezindheid over de ganse problematiek van de permanente soevereiniteit van bij het begin geconditioneerd was door het bereiken van een accoord over de afzonderlijke artikels in verband ermee. In tegenstelling tot artikels 5, 6 en 28 ging het in artikel 2 (3) niet meer zozeer om een begin van erkenning van de opgenomen « rechten » als zodanig, maar veeler om de vraag of de erin geformuleerde en op zich niet bestreden rechten gekwalificeerd dienden te worden door het volkenrecht. Dit probleem doet zich nog niet voor bij de artikels 5, 6 en 28 van het Handvest. De controverse rond artikel 2 was omwille van de cruciale plaats ervan in het ganse Handvest bovendien scherper en vormde de voornaamste reden waarom over het geheel geen consensus kan worden bereikt.

We beperken ons in deze bijdrage tot enkele aspecten van de nationalisatieproblematiek. Het reglementeringsrecht op investeringen komt hier niet als afzonderlijk probleem aan de orde. Teneinde deze bijdrage ook binnen redelijke perken te houden laten we hier eveneens buiten beschouwing de weliswaar belangrijke vraag of aan het recht op nationalisatie kan worden verzaakt via een non-nationalisatieclausule in een verdrag of in een overeenkomst met de vreemde investeerder. Het is niet onze bedoeling bijzondere aandacht te besteden aan enkele uitgekozen nationalisatiegevallen; veeler zullen we trachten enkele deelaspecten algemeen te benaderen. We zullen nagaan of en in hoever de formulering gehanteerd in het Handvest van economische rechten en plichten van staten een manifestatiemoment zou kunnen zijn van een mogelijke evolutie in de volkenrechtelijke regels die verband houden met de uitoefening van het recht op nationalisatie. Op sommige punten zal uitvoeriger worden ingegaan, terwijl voor andere elementen zal worden volstaan met het aanduiden van de bevindingen waartoe ons onderzoek van het Handvest heeft geleid.

I. KORTE HISTORIEK EN BEGRIPSOMSCHRIJVING VAN DE PERMANENTE SOEVEREINITEIT

1. KORTE HISTORIEK

a. *Tot resolutie 1803 (XVII)*

Resolutie 523 (VI) levert ons de eerste vermelding in een VN-tekst van het recht om vrij over de natuurlijke rijkdommen te beschikken : dit recht wordt toegekend aan « les pays insuffisamment développés » en de uitoefening

(3) Wellicht in mindere mate voor artikel 2, paragraaf 2, alinea b. We hopen in een afzonderlijke bijdrage nader te kunnen ingaan op de juridische problemen die worden gesteld in verband met de wenselijk geachte reglementering van de transnationale korporaties.

ervan moet zowel hun eigen economie als de wereldeconomie ten goede komen. Deze eerste vermelding van dit probleem was een gevolg van resolutie 545 (VI) waarbij de Algemene Vergadering besloot het zelfbeschikkingsrecht op te nemen in de Convenants on Human Rights waaraan door de Human Rights Commission werd gewerkt. Het is in dit laatste kader dat werd gesteld dat politieke onafhankelijkheid als basis economische zelfbeschikking moest hebben waarvan de vrije beschikking over de natuurlijke rijkdommen een essentieel element vormt (4).

In resolutie 626 (VII) werd, in tegenstelling tot de oorspronkelijke ontwerp tekst niet meer expliciet over het nationalisatierecht gesproken, maar werd het recht op natuurlijke rijkdommen inherent verklaard aan het begrip soevereiniteit. Een amendement tot inlassing van een passage over de eerbiediging van het internationaal recht en het principe van de schadevergoeding was verworpen.

Het probleem van de permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen werd dus in een vrij vroeg stadium van zijn geschiedenis benaderd zowel vanuit zijn inherentie aan de soevereiniteit als vanuit het standpunt van het zelfbeschikkingsrecht der volkeren. De Human Rights Commission werd via resolutie 837 (IX) gevraagd zijn besprekingen terzake verder te zetten « having due regard to the rights and duties of states under international law and to the importance of encouraging international cooperation in the economic development of underdeveloped countries ».

Opmerkelijk is dat tijdens de besprekingen reeds werd gezinspeeld op argumenten die later door de ontwikkelingslanden zullen worden gebruikt wanneer zij tot nationalisatie zijn overgegaan en hun de vraag naar de schadevergoeding wordt gesteld.

De kapitaalexporterende landen bekwamen de weglating van de term « permanente soevereiniteit » en de inlassing van een referentie naar bestaande internationale verplichtingen (5). Wat verder de grond van de zaak betreft draaide de discussie op de 20^e sessie van de Ecosoc rond de vraag of permanente soevereiniteit een attribuut was van de staatssoevereiniteit en het dus met zelfbeschikking niets te maken had, dan wel of het principe erg met economische zelfbeschikking van de ontwikkelingslanden was verbonden (6).

(4) BANERJEE, S., The concept of permanent sovereignty over natural resources. An analysis, *Indian Journal of International law*, 1968, p. 518.

(5) De uiteindelijke tekst luidde : « Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation give rise to a controversy, the national jurisdiction of the State staking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication ».

(6) BANERJEE, S., *op. cit.*, p. 524.

Door resolutie 1314 (XIII) werd een « Commission on Permanent Sovereignty over Natural Resources » opgericht met als opdracht een diepgaande studie aan dit vraagstuk te wijden, met inachtnaam van de rechten en plichten van de staten naar internationaal recht. Het al of niet door het volkenrecht gekwalificeerd karakter van de permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen stond bij deze discussies centraal (7). Het zijn de besprekingen in het kader van deze Commissie die uiteindelijk hebben geleid tot de aanvaarding van resolutie 1803 (XVII). We komen nog herhaaldelijk op deze resolutie terug. Hier wezen slechts volgende elementen aangestipt. In de eerste considerans van de preambule van de resolutie werd de vroeger reeds omstreden zinsnede opgenomen « having due regard to the rights and duties of states under international law... ». Deze zin werd door een aantal staten (8) geïnterpreteerd als van toepassing op alle bepalingen van het beschikkend gedeelte van de resolutie (9).

Misschien omdat de ontwerp tekst van de speciale Commissie naar de Tweede Commissie van de Algemene Vergadering werd verzonden (10) geeft resolutie 1803 (XVII) nergens een klare omschrijving van het begrip permanente soevereiniteit, zodat hier vooral de verklaringen van de delegaties enige houvast moeten bieden. Inderdaad omschrijft de resolutie noch de draagwijdte van de term « peoples and nations » noch wordt nader bepaald waaruit « wealth and natural resources » bestaan, terwijl alleen de term « sovereignty » een rol heeft gespeeld in de discussie.

De controversen betreffende de uitoefeningsmodaliteiten van de permanente soevereiniteit mogen niet doen vergeten dat over het principe zelf van permanente soevereiniteit geen fundamentele discussie meer bestond. Tot de 87 stemmen voor de resolutie behoorden de meeste ontwikkelde landen die daarmee duidelijk een eindpunt wensten te zetten achter de discussie die sinds resolutie 523 (VI) eerder op het beginsel zelf betrekking had. Het Sovjetblok leverde de meeste van de 12 onthoudingen omdat de resolutie het absolute karakter van de permanente soevereiniteit niet had weerhouden. De uitslag van de stemming kan moeilijk worden geïnterpreteerd als de afwijzing door een belangrijk gedeelte van de internationale gemeenschap van het principe zelf van de permanente soevereiniteit. We beperken ons in de uiteenzetting tot deze bepalingen van resolutie 1803 (XVII) die rechtstreeks onze problematiek aanbelangen (11).

(7) BANERJEE, S., *op. cit.*, p. 526-527.

(8) De lijst hiervan geeft GESS, K., « Permanent sovereignty over natural resources », *I.C.L.Q.*, 1964, p. 406, noot 6.

(9) GESS, K., *op. cit.*, p. 406.

Deze discussie zal zich twaalf jaar later herhalen in verband met artikel 2 van het Handvest.

(10) Over de vraag of de Tweede Commissie wel bevoegd was zie GESS, K., *op. cit.*, p. 417-419.

(11) Een aantal bepalingen houden inderdaad verband met de eerder algemene problemen van toelating van en toezicht op vreemde investeringen.

Gelet op de latere resoluties over hetzelfde onderwerp kan worden aanvaard dat resolutie 1803 (XVII) een belangrijk element is in de vorming van de opinio juris dat er een recht op permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen bestaat. Permanente soevereiniteit en het nationalisatierecht als belangrijk attribuut ervan worden na resolutie 1803 (XVII) niet meer als zodanig bestreden door de staten; de controverse heeft zich toegespitst op de schadevergoedingsplicht en de vereisten waaraan deze schadevergoeding moet voldoen. Beschouwt men de oplossing van deze problemen als voorwaarde om van een erkenning van een recht op permanente soevereiniteit te kunnen spreken, dan moet de bijdrage van resolutie 1803 (XVII) tot de vorming van een opinio juris in dezelfde mate worden genuanceerd.

Het tot stand komen van resoluties zoals 1803 (XVII) heeft het voordeel dat de staten de gelegenheid wordt geboden hun visie op de problematiek duidelijk te maken, te meer daar zeker niet de meerderheid van de VN-leden dezelfde kans reeds hadden naar aanleiding van een concreet geval. De zo duidelijk mogelijk aflijning van de verschillende standpunten moet als relatief positief worden omschreven: het onvermijdelijke compromis kan o.m. op deze manier naderbij worden gebracht. Later zullen we de tekst van resolutie 1803 (XVII) vergelijken met de formulering van het Handvest, een formulering die wellicht kan geïnterpreteerd worden als een belangrijke verschuiving in de opinio juris van de meerderheid der staten met betrekking tot de uitoefeningsmodaliteiten van de permanente soevereiniteit. Op de vraag of deze verschillende opinio juris ook nog kan steunen op een conforme, aan het Handvest voorafgaande statenpraktijk komen we nog terug.

b. *Na resolutie 1803 (XVII)*

In resolutie 2158 (XXI) werd het belang onderstreept van de uitbating van de natuurlijke rijkdommen voor de ontwikkelingslanden, die door de VN moeten worden bijgestaan om dit onvervreemdbaar recht, dat nogmaals werd bevestigd, volledig uit te oefenen. De resolutie duidde eveneens een aantal gevolgtrekkingen aan van resolutie 1803 (XVII): een verhoogde deelname aan beheer en winsten van vreemde ondernemingen en beheersing van de exploitatie van de natuurlijke rijkdommen door de nationale wetgeving (paragrafen 5 en 4).

Wat meteen opvalt is de verdere concretisering van de permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen, waar dit in 1962 blijikbaar alleen het nationalisatierecht omvatte en daarom wellicht ook verder als politieke doelstelling werd geïnterpreteerd. Eens geproclameerd wordt het principe minder verbonden met de strijd om het zelfbeschikkingsrecht (er zijn 4 jaar van voortschrijdende decolonisatie verlopen) dan wel geplaatst in het teken van de ontwikkelingsproblematiek (12). Dit laatste is nog veel meer het geval

(12) Dat het principe een logisch gevolg was van het zelfbeschikkingsrecht werd nog onlangs voor het Committee on Natural Resources onderstreept door de Algerijnse vertegenwoordiger (E/C.7/SR.64, p. 43).

bij resolutie 2386 (XXIII) waarin het belang wordt onderstreept van de volledige uitoefening van de permanente soevereiniteit voor de realisering van de doelstellingen van het tweede ontwikkelingsdecennium (13).

Resolutie 2692 (XXV) handelt enkel over de permanente soevereiniteit in hoofde van de ontwikkelingslanden en « *accroissement des ressources internes pour le développement économique* ». De verschuiving van loutere proclamatie naar concrete toepassing in functie van de ontwikkelingsproblematiek zet zich hier door : de ontwikkelingsplannen zijn voor hun financiering afhankelijk van het aandeel in de winsten van de vreemde maatschappijen die de natuurlijke rijkdommen exploiteren.

In de preambule van resolutie 3016 (XXVII) wordt verwezen naar reeds eerder aanvaarde UNCTAD-resoluties met betrekking tot de permanente soevereiniteit. Paragraaf 1 bevestigt het recht op permanente soevereiniteit en omschrijft nader het territoriaal toepassingsgebied. De resolutie beoogt vooral een veroordeling van de dwangmiddelen die een staat kunnen hinderen bij de uitoefening van zijn soevereiniteitsrechten (14). Resolutie 88 (XII) van de Trade and Development Board werd aanvaard naar aanleiding van discussies omtrent de Chileens nationalisatiemaatregelen uit 1971 en zal dan ook in dat verband opnieuw ter sprake worden gebracht.

Op de 28^e sessie van de Algemene Vergadering was de permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen onderwerp van enkele resoluties. Resolutie 3171 (XXVIII) stelt dat soevereiniteit intrinsiek, volledig en effectief over alle natuurlijke rijkdommen moet worden uitgeoefend, legt opnieuw de band met de doelstellingen van het ontwikkelingsdecennium en preciseert andermaal het territoriaal toepassingsgebied. Steun wordt toegezegd aan ontwikkelingslanden, maar ook aan alle afhankelijke gebieden in hun pogingen om de effectieve controle op hun natuurlijke rijkdommen te heroveren. Opnieuw worden maatregelen en actie ter vermindering van de uitoefening van dit recht veroordeeld, terwijl paragraaf 3 over het nationalisatierecht handelt.

(13) Deze gerichtheid op de ontwikkelingsproblematiek is stilaan een constante gebleven in de besprekingen rond de permanente soevereiniteit : zie bijvoorbeeld de Zaïrese tussenkomst tijdens de Zevende Speciale Sessie van de Algemene Vergadering (A/PV. 2332, p. 59/60). Tevens werd de uitoefening van de permanente soevereiniteit en van het nationalisatierecht omschreven als « *des conditions préalables indispensables pour la restructuration des relations économiques internationales existantes* » (A/PV. 2343, p. 51 : de Tsjechische afgevaardigde tijdens de Zevende Speciale Sessie). Deze situering in het kader van de uitbouw van een nieuwe internationale economische orde komt als begrijpelijk voor gelet op de vitale plaats van de ganse problematiek; anderzijds heeft het controversieel karakter ervan tot gevolg gehad dat men precies deze uitbouw niet in het gedrang wenste te brengen : de kwestie werd in resolutie 3362 (S-VII) zelf van de Zevende Speciale Sessie daarom niet aangeraakt.

(14) De kwestie van de dwanguitoefening is tijdens de werkzaamheden met het oog op de redactie van het Handvest van economische rechten en plichten van staten aan de orde gekomen en werd opgenomen in artikel 32.

Zie over de problematiek in het algemeen o.m. Lillich, R.B., *Economic Coercion and the international legal order*, International Affairs, 1975, p. 358-371.

Resolutie 3175 (XXVIII) bevestigt het recht van staten en volkeren wier gebied is bezet, beheerst wordt door coloniale mogendheden of apartheid op hun natuurlijke rijkdommen (paragrafen 1 en 4). Onwettige exploitatie van natuurlijke rijkdommen in bezet gebied door Israël geeft, aldus de resolutie, recht op volledige schadeloosstelling. De Algemene Vergadering bevestigde tijdens haar 29^e sessie in resolutie 3336 (XXIX) het recht op permanente soevereiniteit in hoofde van de Arabische staten en volkeren (eerste paragraaf) de onwettigheid van de reeds door Israël genomen exploitatiemaatregelen met een hernieuwd verzoek ze ongedaan te maken (tweede paragraaf) terwijl tevens het recht op schadevergoeding werd geaffirmeerd in hoofde van Arabische volkeren, grondgebieden en staten (derde paragraaf). Resolutie 3185 (XXX) bestempelde elke poging tot verhindering van de permanente soevereiniteit in haar uitoefening als een schending van het zelfbeschikkingsrecht en van het non-interventieprincipe, die eventueel een inbreuk op vrede en veiligheid zou kunnen uitmaken bij voortdoring. Hiermee werd dan weer aangesloten bij de zevende paragraaf uit resolutie 1803 (XVII), althans wat de idee zelf betreft; de formulering is duidelijk scherper gesteld.

Tijdens de 31^e sessie van de Algemene Vergadering werd in resolutie 31/92 « Implementation of the Declaration on the Strengthening of International Security » aangeknoopt bij de zoëven vermelde resolutie 3185 (XXX). In resolutie 31/106, deel C werd de onwettige exploitatie veroordeeld door Israël van de natuurlijke rijkdommen en de hulpbronnen « of the occupied territories » (paragraaf 5, j). Nadere specificering naar de bevolking toe was niet aanwezig, al had de resolutie in haar geheel betrekking op « Israeli practices affecting the Human Rights of the population of the occupied territories ».

De Algemene Vergadering legde opnieuw de band met resolutie 3336 (XXIX) in de als resolutie 31/186 aanvaarde tekst « Permanent sovereignty over natural resources in the occupied Arab territories ». De hoger vermelde relevante bepalingen uit resolutie 3336 (XXIX) werden in de nieuwe tekst overgenomen, met uitzondering van de onwettigheid van de terzake reeds door Israël getroffen maatregelen.

In hoofdstuk VII van de Economische Declaratie, aanvaard op de Vierde Conferentie van de niet-gebonden landen, te Algiers, van 5 tot 9 september 1973, werd het onvervreemdbaar recht bevestigd om soevereiniteit uit te oefenen op de natuurlijke rijkdommen en op alle economische activiteiten (15). De uitbreiding tot economische activiteiten vindt ongetwijfeld haar grondslag in de toenemende tendens bepaalde sectoren van de economische bedrijvigheid aan buitenlandse bedrijven te ontzeggen en een daadwerkelijke controle op vreemde investeringen in de toegelaten sectoren uit te

(15) Een bijna identieke formulering werd opgenomen in Ecosoc-resolutie 1956 (LIX) van 25 juli 1975.

oefenen (16). In aansluiting op de Declaratie van Algiers werd dezelfde uitbreiding van het toepassingsgebied van permanente soevereiniteit vastgesteld tijdens de besprekingen over het Handvest van economische rechten en plichten van staten.

Tot slot van deze historiek (17) weze nog aandacht geschonken aan de Zesde Speciale Sessie van de Algemene Vergadering tijdens de maand april 1974. Punt E van de « Déclaration sur un nouvel ordre économique international » bevestigt « la souveraineté permanente intégrale de chaque Etat sur toutes les activités économiques... » (18) en sluit hiermee aan bij de toepassingsfeer die het principe in de Declaratie van Algiers had gekregen. Punten F en H hernemen de basisideeën van resolutie 3175 (XXVIII). De debatten in de speciale commissie ad hoc betroffen vooral het principe van de nationalisaties.

In deel VIII van het « Programme d'action relatif à l'instauration d'un nouvel ordre économique international » wordt gesteld dat al het mogelijke zou moeten worden gedaan om initiatieven ter vermindering van de uitoefening van de permanente soevereiniteit te neutraliseren en ervoor zou moeten worden gezorgd dat de gevraagde hulp wel degelijk wordt gegeven opdat genationaliseerde productiemiddelen goed zouden werken (19).

Na de aanvaarding van het Handvest in december 1974 kwam de kwestie van de permanente soevereiniteit bijvoorbeeld ook nog ter sprake in « La Déclaration solennelle de l'Organisation des Pays Exportateurs du Pétrole » (20). De idee van permanente soevereiniteit wordt hier verder geconcretiseerd naar eigendomsrecht en prijsbepaling, wat in het verlengde ligt van de door de OPEC-landen gevolgde gedragslijn.

In de Lima Declaration and Plan of Action on Industrial Development and Cooperation wordt het principe van de permanente soevereiniteit eveneens geformuleerd; de klemtoon ligt hier op de uitoefening van de geografisch omschreven permanente soevereiniteit, terwijl een opgenomen non-dwangclausule duidelijk is geïnspireerd op de formuleringen die in verband met het Handvest waren voorgesteld (21).

Wat tenslotte de Zevende Speciale Sessie van de Algemene Vergadering betreft, werd in resolutie 3362 (S-VII) geen melding gemaakt van de kwestie

(16) Over de oorzaken tot nationalisatiemaatregelen zie o.m. U.S. Department of State report on nationalization, expropriation and other taking of U.S. and certain foreign property since 1960, *I.L.M.*, 1972, p. 84-85.

(17) Omdat het de bedoeling is de problematiek vooral vanuit het Handvest te belichten, laten we een aantal internationale documenten, na de aanvaarding van het Handvest tot stand gekomen, buiten beschouwing, ook om de tekst niet te overladen.

(18) Resolutie 3201 (S-VI), paragraaf 4 (e).

(19) Resolutie 3202 (S-VI), Deel VIII, a en b.

(20) De tekst werd door de OPEC zelf aan *Le Monde* overgemaakt ter publicatie : *Le Monde*, 20 maart 1975, p. 34.

(21) ID/B/155/Add.1, p. 7, § 32.

van permanente soevereiniteit waardoor een belangrijk punt van konfrontatie uit de tekst werd weggelaten. In een aantal tussenkomsten werd niettemin op de problematiek ingegaan.

Tot zover dit korte overzicht van de belangrijkste resoluties welke over permanente soevereiniteit handelen. De relevante bepalingen over het knelpunt van de nationalisaties komen nog aan de orde. Waar het principe van de permanente soevereiniteit in het begin met moeite burgerrecht verwierf als attribuut van soevereiniteit of basiselement van zelfbeschikking, is nu toch wel gebleken dat de proclamatie ervan in resolutie 1803 (XVII) een belangrijke stap betekende in de vorming van de opinio juris dat het om een werkelijk juridisch beginsel gaat. Latere teksten hebben vooral tot doel gehad de uitoefening van de permanente soevereiniteit te vrijwaren, concrete toepassingsmogelijkheden aan te geven en het globale toepassingsgebied niet alleen ruimtelijk te preciseren. Steeds meer aandacht werd daarbij geschonken aan de eigenlijke problemen van ontwikkeling waarvoor daadwerkelijke en volledige, ongehinderde uitoefening van permanente soevereiniteit een begin van oplossing kan bieden.

2. HET BEGRIP « PERMANENTE SOEVEREINITEIT »

Soevereine gelijkheid van staten is pas mogelijk indien zelfbeschikking niet louter politiek wordt gerealiseerd maar ook op het vlak van de economische betrekkingen waarvoor de permanente soevereiniteit een onmisbare voorwaarde vormt. Deze gedachtengang vormt de achtergrond van de discussies rond de permanente soevereiniteit, en zal zijn weerslag hebben bij de vraag wie er zich mag op beroepen.

De delegaties vermeden tijdens de jarenlange besprekingen een accoord over de inhoud van de term zelf; iedereen behield dus zijn eigen interpretatiemogelijkheid. Het juridisch karakter van de permanente soevereiniteit is voorwerp van discussie in de rechtsleer. Het essentieel aanbevelingskarakter van de resoluties van de Algemene Vergadering, het niet-exclusieve interpretatievermogen in hoofde van de Algemene Vergadering ten opzichte van het Handvest en de noodzaak te bewijzen dat een algemene consensus aan de basis ligt van declaraties vormen de voornaamste hinderpalen om van een werkelijk recht te kunnen spreken. Daarom besluit Lamodière « (qu')il est impossible d'affirmer de façon absolue que le droit de souveraineté des peuples sur leurs richesses et ressources naturelles a un caractère juridique » (22).

De bezwaren van Lamodière tegen het juridisch karakter zijn niet eigen voor het concept van permanente soevereiniteit, maar houden eerder verband met de functie van de Algemene Vergadering in de totstandkoming en

(22) LAMODIERE, J., Les dahirs marocains du 2 mars 1973 portant reprise des terres et marocanisation de certaines activités économiques et le droit international, J.D.I., 1974, p. 326.

evolutie van het internationaal recht. We hebben deze vragen in verband met de juridische aard en draagwijdte van het Handvest van economische rechten en plichten van staten elders reeds behandeld (23). Ik moge daarnaar verwijzen en volstaan met de vaststelling dat de bezwaren van Lamodière toch niet overtuigend genoeg zijn om het juridisch karakter van de permanente soevereiniteit af te wijzen.

Het juridisch karakter van de permanente soevereiniteit wordt door Schwarzenberger afgewezen omdat het niet de bedoeling van de Algemene Vergadering kan geweest zijn een dwingende regel van volkenrecht daar te stellen, waardoor de uitoefening ervan uit de sfeer van de « domestic jurisdiction » zou worden gehaald (24). Deze redenering lijkt niet bevredigend omdat zij uitgaat van een enigszins bevreemdende visie op « domestic jurisdiction ». Ofschoon natuurlijk kan worden beweerd dat de ganse kwestie in verband met de permanente soevereiniteit er juist om draait of de rechten eruit voortvloeiend al of niet absoluut zijn op te vatten, is toch moeilijk op dit ogenblik een positieve en duidelijke volkenrechtelijke tussenkomst aan te wijzen die het ganse domein tot de exclusieve bevoegdheid van de staat rekent. De uiteindelijke formulering in artikel 2, paragraaf 2, alinea c van het Handvest is wel zeer ver in deze richting gegaan, door de eventualiteit van schadevergoeding volledig aan het oordeel van de betrokken staat over te laten en de geschillenregeling aan de nationale jurisdicties voor te behouden tenzij door de staten anders overeengekomen. Dat was dan o.m. de oorzaak van de grote verdeeldheid die zich bij de stemming hierover manifesteerde. De visie van Schwarzenberger gaat er echter van uit dat de aanwezigheid van volkenrechtelijke regels met betrekking tot de uitoefening van de permanente soevereiniteit de inhoud van de domestic jurisdiction zelf zou uithollen, terwijl ten eerste domestic jurisdiction de algemene regels van het volkenrecht niet buiten werking vermag te stellen en men ten tweede juist poogt een accordé te bereiken over deze algemene regels. De permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen zou tot de domestic jurisdiction behoren van de staten die in principe ook bevoegd zijn wat betreft de uitoefening, maar waaraan het volkenrecht restricties aanbrengt. Juist de vraag naar de mogelijkheid van volkenrechtelijke restricties ligt aan de basis van de huidige controverse. We komen hierop nog terug bij de beantwoording van de vraag naar beperkingen en voorwaarden waaraan de uitoefening van het nationalisatierecht is onderworpen.

Vastgesteld moet worden dat het juridisch karakter al te gemakkelijk wordt afgewezen zonder dat men voldoende oog heeft én voor de latere evolutie én voor de uit het principe voortvloeiende consequenties. Het principe van de permanente soevereiniteit inherent aan de soevereiniteit en

(23) WELLENS, K., Het Handvest van economische rechten en plichten van staten. Juridische aard en draagwijdte.

(24) SCHWARZENBERGER, G., *Economic World Order? A basic problem of international economic law*, Manchester University Press, Manchester Oceana Publications, Inc., N.Y., 1970, p. 42.

basiselement van het zelfbeschikkingsrecht, heeft duidelijk als gevolg dat rechten en plichten worden bevestigd of gecreëerd voor volkenrechtelijke subjecten. Dit criterium (25) om zuiver politieke van juridische beginselen te onderscheiden, werd in de discussie vaak over het hoofd gezien, wat nogal verwonderlijk is, vermits de relevante resoluties zelf, na het proclameren van de permanente soevereiniteit, vrij vlug overgaan tot de gevolgen ten aanzien van rechten en plichten van staten. Het aanknopen van de permanente soevereiniteit aan het zelfbeschikkingsrecht is waarschijnlijk grotendeel ervoor verantwoordelijk dat sommigen in de rechtsleer het tevens politieke karakter van dit beginsel verabsoluteren.

Wegens het belang dat de volledige en effectieve realisatie van permanente soevereiniteit heeft voor het bereiken van de economische onafhankelijkheid — onvoldoende maar onmisbare voorwaarde voor de politieke zelfstandigheid — lijkt het verantwoord te spreken over een « legal-economic principle » zoals Hyde dit heeft gedaan (26).

De vraag of dit principe reeds deel uitmaakt van de positieve volkenrechtelijke orde komt vervolgens aan de orde. Hierbij moet er van worden uitgegaan dat talrijke resoluties dit principe hebben geproclameerd en bevestigd met een steeds afnemend aantal tegenstemmen : zij vormen telkens elementen die kunnen bijdragen tot de vorming van een werkelijke opinio juris — die nu toch wel in de internationale gemeenschap aanwezig mag worden geacht — dat permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen als instrument ter realisatie van zelfbeschikking, een soevereiniteitsattribuut vormt. Gaat men echter over naar de realisatie ervan via het uitoefenen van de eruit voortvloeiende rechten en het nakomen van plichten, dan laat een opinio juris zich niet zo gemakkelijk vormen.

Het onvervreemdbaar karakter van de permanente soevereiniteit laten we hier buiten beschouwing omdat een behandeling van de ermee samenhangende problematiek van de non-nationalisatieclausule evenmin in het kader van deze bijdrage kan worden besproken.

De o.m. in het Handvest te constateren tendens tot afwijzing van elke volkenrechtelijke interventie moet worden geplaatst tegen de achtergrond o.m. van de sinds oktober 1973 tijdens de energiecrisis eenzijdig genomen maatregelen van de petroleumexporterende landen op het vlak van energiekosten en participatie, waardoor mogelijk het stadium van een vrijwel ongelimiteerde soevereiniteit (tijdelijk) werd bereikt (27) waarbij de bestaansredenen van juridische normering in het gedrang kan worden gebracht

(25) VIRALLY, M., « Le rôle des « principes » dans le développement du droit international » in *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à P. Guggenheim*, I.U.H.E.I., Genève, 1968, p. 531-554.

(26) HYDE, J., « Permanent sovereignty over natural wealth and resources », *A.J.I.L.*, 1956, p. 85.

(27) COMBACAU, J., « La crise de l'énergie au regard du droit international » in *La crise de l'énergie et le droit international*, Colloque S.F.D.I., 1975, p. 38.

(28) en waar alleen een minimale solidariteit in staat zou zijn de beperking van het rechtsmisbruik op te leggen (29). Hierdoor is even aangestipt hoe de ganse nationalisatieproblematiek slechts een manifestatiemoment zou kunnen vormen in een samenloop van fenomenen, die naast de natuurlijke rijkdommen waarop ze betrokken zijn, een fundamentele in vraagstelling van het volkenrecht gemeenschappelijk zouden kunnen hebben. Alleen de statenpraktijk die nog voor ons ligt kan terzake opheldering verstrekken.

Deze laatste evolutie wordt dan ook weerspiegeld in een wisselende formulering van het toepassingsgebied van de permanente soevereiniteit. We hebben reeds gewezen op de uitbreiding tot alle economische activiteiten. Wat het territoriaal toepassingsgebied betreft, moet, met uitzondering van de resoluties betreffende Namibië en de bezette Arabische gebieden, worden vastgesteld dat daarin nogal wat variatie en vaagheid aanwezig is. Het gebruik van het neutrale « within its jurisdiction » in het Handvest van economische rechten en plichten van staten, werd duidelijk ingegeven door de zorg niet vooruit te lopen op de resultaten van de Derde VN-Zeerechtsconferentie met betrekking tot een preciesere afbakening van de nationale maritieme zones.

3. WIE KAN ZICH OP DEZE PERMANENTE SOEVEREINITEIT BEROEPEN ?

Reeds in 1955 was deze vraag even aan de orde gesteld. De terminologie in dit verband is nooit erg homogeen geweest. Resoluties 523 (VI) en 626 (VII) hadden het recht om vrij over de natuurlijke rijkdommen te beschikken toegekend aan « les pays insuffisamment développés » terwijl resolutie 1314 (XIII) sprak over « peoples and nations ». Resolutie 1515 (XV) had dit recht dan weer gevestigd in hoofde van elke staat. Resolutie 1803 (XVII) verwees naar al deze resoluties, sprak in de vierde considerans van zijn preambule over « all states », maar had het in de eerste paragraaf van het beschikkend gedeelte opnieuw over « peoples and nations ». Gaat het echter over de uitoefening van permanente soevereiniteit dan wordt opnieuw naar de staat verwezen. Het afwisselend gebruik in dezelfde resolutie 1803 (XVII) van « states » en « peoples and nations » maakt er de zaak niet eenvoudiger op en is waarschijnlijk te wijten aan de sfeer van het ganse debat en wellicht ook aan het feit dat de tekst niet aan de VI^e Commissie werd overgemaakt (30).

De uitdrukking « peoples and nations » bedoelt ook niet zelf besturende gebieden drager van soevereiniteit te verklaren hierin is het « permanente » karakter ervan gelegen, met dien verstande dat de soevereiniteit wordt uitgeoefend door territoriale eenheden zoals die nu bestaan (31).

(28) COMBACAU, J., *op. cit.*, p. 40.

(29) COMBACAU, J., *op. cit.*, p. 45.

(30) Dezelfde omstandigheid heeft ongetwijfeld ook zijn weerslag gehad op inhoud en formulering van het Handvest van economische rechten en plichten van staten.

(31) GESS, K., *op. cit.*, p. 446-447.

Toch moet men er rekening mee houden dat de uitoefening van de permanente soevereiniteit gebaseerd is op « rights and duties of states under international law ». De uitoefening van de soevereiniteit, met zijn onmiskenbare internationale weerslag, gebeurt door het volkenrechtelijk subject « staat »; dit is zeker het geval voor de meest ingrijpende daad van permanente soevereiniteit : het is de staat die overgaat tot de nationalisatie via de daartoe grondwettelijk bevoegde organen.

De meest plausible interpretatie van het afwisselend gebruik van « peoples and nations » en « states » lijkt mij te zijn : over volkeren en naties wordt gesproken, wanneer men er geen twijfel wil over laten bestaan dat de bevoegdheden in de resolutie vervat principieel ook de bevolking van afhankelijke gebieden toekomen, terwijl de concrete uitoefening en toepassing slechts kunnen worden verricht door de staten in de gangbare volkenrechtelijke zin van het woord (32). De betekenis te hechten aan het gebruik van « peoples and nations » zal afnemen met de zich voltooiende decolonisatie getemperd evenwel door toepassing ervan op bezette gebieden.

In resolutie 3016 (XXVII) wordt het principe van de permanente soevereiniteit bevestigd in hoofde van de staten. Deze duidelijke formulering houdt natuurlijk verband met de vermelding binnen welke territoriale grenzen de uitoefening ervan zich moet situeren : dit zou uiteraard onmogelijk zijn geweest indien de resolutie « peoples and nations » als titularissen van dit recht had blijven aanduiden. Ook resolutie 3171 (XXVII) herhaalt op haar beurt dat dit recht de staten behoort : de staatssoevereiniteit in het algemeen is door de volledige en effectieve uitoefening van de soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen trouwens geconditioneerd, aldus de resolutie. Paragraaf twee van het beschikkend gedeelte handelt over « peoples of the territories under colonial and social domination and foreign occupation... ». De gebruikte formulering maakt waarschijnlijk dat eerder gebruik van « peoples » inderdaad de bedoeling had de virtuele rechten op de natuurlijke rijkdommen te vrijwaren. De effectieve controle erover is pas mogelijk door een volwaardige staatkundige entiteit.

Wat resolutie 3175 (XXVIII) betreft « Permanent sovereignty over national resources in the occupied Arab territories » moet toch worden opgemerkt dat de preambule niet zoals gewoonlijk de nominatieve opsomming bevat van alle relevante resoluties maar er zich toe beperkt voorgaande resoluties in herinnering te brengen, met afzonderlijke vermelding evenwel van resolutie 1803 (XVII) « in which it declared the right of peoples and nations... ». Dit kan erop wijzen dat de Algemene Vergadering door alleen resolutie 1803 (XVII) uitdrukkelijk te vermelden juist wenste aan te sluiten bij de in resolutie 1803 (XVII) dooreenlopende terminologie, waar later steeds weer van staten zonder meer wordt gesproken; het Palestijnse vraagstuk zal hieraan wel niet vreemd geweest zijn. Dit laatste komt tot uiting

(32) Zie in dezelfde zin MUGHRABY, M.A., *Permanent sovereignty over oil resources*, The Middle East Research and Publishing Centre, Beirut, 1966, p. 40.

in paragraaf 1 zonder dat er eigenlijk uitdrukkelijk van het Palestijnse volk melding wordt gemaakt. Dit Israël-gerichte karakter is meteen ook duidelijk wanneer men er resolutie 3336 (XXIX) van 17 december 1974 op naleest.

Het duidelijk concrete karakter van deze resoluties heeft de beschreven tendens echter niet gewijzigd. Met de nodige voorzichtigheid kan wellicht worden gesteld dat het toekennen van de permanente soevereiniteit aan de volkeren toch wel noodzakelijk ingegeven was door de bekommernis dit nieuwe principe zijn grondslag te verlenen in het zich toen eveneens opdringende zelfbeschikkingsrecht. Het compromiskarakter van resolutie 1803 (XVII) heeft zich wellicht ook hier laten voelen. De gebruikte terminologie zal ook wel haar oorzaak gevonden hebben in de zorg van juist onafhankelijk geworden entiteiten om de volkeren die nog niet ontvoegd waren deze permanente soevereiniteit reeds toe te zeggen, in de hoop dat koloniale mogendheden daar reeds rekening mee zouden houden, zoals trouwens resolutie 1514 (XV) aangeeft. De verdere concretisering van de permanente soevereiniteit via de talrijker wordende toepassingsmodaliteiten en de noodzaak tot territoriale beperking zullen er ook wel toe bijdragen nog uitsluitend staten als titularis ervan aan te duiden (33) met als uitzonderingen de resoluties die betrekking hebben op de restanten van het colonialisme en waar het vroeger kenmerkende door elkaar gebruik van verschillende termen nog kan worden geconstateerd.

II. HET RECHT OP NATIONALISATIE

1. TERMINOLOGIE

Een eerste lezing van de relevante resoluties maakt reeds duidelijk dat men helemaal niet van een uniforme terminologie kan spreken in de VN-praktijk. Omwille van de verwarrende terminologie neemt men in de rechtsleer zijn toevlucht tot vage, algemene noties zonder zich reeds in de gebruikte aanduidingen te moeten uitspreken over de grond van de zaak — althans over een aspect ervan namelijk of er een schadevergoedingsplicht bestaat — door wettige en illegale nationalisatie reeds te onderscheiden.

Voor de goede orde wordt eerst nagegaan of en welk onderscheid in feite kan worden gemaakt tussen nationalisatie en « other forms of taking of property ». Tot de meest courante onderscheidingscriteria die in de rechtsleer worden voorgestaan, behoren : het motief, het voorwerp, de bedoeling, het onpersoonlijk karakter en de juridische aard van de procedure. Gelet op de nadelen die elk van de onderscheidingscriteria vertoont wanneer men ze afzonderlijk als beslissend wenst te beschouwen, kan worden gesteld dat « the best definitions are those which reflect the purpose of the phenomenon

(33) Zie in dezelfde zin de beschouwingen van O'KEEFE, P.J., « The United Nations and Permanent Sovereignty over natural resources », *J.W.T.L.*, 1974, p. 245-248.

in specific terms and also acknowledge the particularly economic nature of the motives behind it » (34). Toch moet ergens worden duidelijk gesteld welke inhoud men aan gebruikte begrippen geeft. Voor het goede verloop van de verdere uiteenzetting gaan we uit van de door Suy (35) voorgestelde begripsomschrijving : « Onder onteigening verstaat men, in het algemeen, iedere handeling waardoor een Staat de private goederen van een enkeling tot zich trekt. In het bijzonder kan het woord onteigening worden gebruikt voor een individuele onteigening die aan de vereisten van het recht voldoet. Een beslag of konfiskatie daarentegen is ofwel een wederrechtelijke onteigening, ofwel een onteigeningsmaatregel die als strafmaatregel is gedacht en in dit laatste geval wel toelaatbaar is. Een nationalisatie is een onteigeningsmaatregel genomen in het kader van economische hervormingen, die een gehele sector van de economie betreft ».

Dit onderscheid is gebaseerd op de personele werkingssfeer van de maatregel en het toepassingsgebied wat het voorwerp aangaat, en kan mijns inziens, gelet ook op de statenpraktijk, toch niet rechtvaardigen dat andere regels toepasselijk zouden zijn op onteigening en nationalisaties. Wel kan worden aangenomen dat de na te leven regels een andere klemtoon kunnen krijgen in het ene of het andere geval. Met name zal discriminatie zich gemakkelijker laten onderkennen bij nationalisaties en zal de rol van de « public utility » dan weer niet zo marginaal zijn als bij onteigeningen. De feitelijke verscheidenheid van de situaties kan wel haar invloed doen gelden op de appreciatie over de naleving van de voorwaarden waaraan de schadevergoeding zou moeten voldoen evenals op de valuatiemethode die zal worden gevolgd.

De permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen houdt voor de staten het recht in er vrij over te beschikken. De staat beslist welke natuurlijke rijkdommen zullen worden geëxploiteerd, tot op welke hoogte en door wie. Het is pas in het kader van de voor de exploitatie noodzakelijk *vreemde* investeringen dat zich volkenrechtelijke vragen gaan stellen. Het geheel van mogelijkheden en bevoegdheden waarover de staat via wetten, reglementering en overeenkomsten met de vreemde investeerders beschikt om aan de volledige en efficiënte uitoefening van zijn permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen zoveel mogelijk gestalte te geven, is ruimeer dan het voorlopig toch nog altijd eerder als uitzondering op de algemene regel voorkomende fenomeen van nationalisatie.

De discussie concentreert zich zowel bij de staten als in de rechtsleer rond het probleem van de nationalisatie, die wordt gehanteerd als meest direct middel om efficiënte controle mogelijk te maken, waarbij niet mag vergeten worden « dass die Staaten bei der Lösung dieser Probleme von eminenter

(34) AMERASINGHE, G., *State responsibility for injuries to aliens*, Clarendon Press, Oxford, 1967, p. 126.

(35) SUY, E., *Leerboek van het volkenrecht*, Acco, Leuven, 1972, deel I, p. 123-124.

wirtschaftlicher und politischer Bedeutung Zweckmässigkeitserwägungen im allgemeinen den Vorrang vor ethischen, ja selbst vor rechtstheoretischen Argumenten geben » (36). Daarom ook bevat volgende uitspraak een grond van waarheid : « Le problème des nationalisations est d'une ampleur exceptionnelle et relève de la politique au sens le plus élevé du terme. Il échappe dans une large mesure à l'approche scientifique » (37).

2. BESTAAT ER EEN RECHT OP NATIONALISATIE ?

Noch resolutie 523 (VI) noch resolutie 626 (VII) maakten melding van nationalisaties of een eventueel recht daartoe. Dit heeft echter niet belet dat staten zich op de resoluties hebben beroepen om hun nationalisatie te rechtvaardigen en rechtbanken hen hierin zijn gevolgd.

Het is pas bij de voorbereiding van resolutie 1803 (XVII) dat men in de discussies gewag begint te maken van een recht op nationalisatie als één van de concrete toepassingsmogelijkheden van de permanente soevereiniteit op de natuurlijke rijkdommen. De discussies ter voorbereiding van resolutie 1803 (XVII) bevatten geen elementen die er zouden kunnen op wijzen dat het recht zelf tot nationalisering, voorwerp van controverse is geweest. Blijkbaar gingen alle staten erover accoord dat de territoriale soevereiniteit ook inhield het recht om vreemde eigendom op zijn grondgebied over te nemen. Strikt genomen wordt dit recht niet met zoveel woorden in paragraaf 4 van het beschikgedeelte van resolutie 1803 (XVII) tot uitdrukking gebracht : de paragraaf beschrijft eerder de gevolgen van een gegeven situatie.

De algemene aanvaarding van dit « recht » op nationalisatie kan ook de verklaring vormen van het feit dat in de latere VN-resoluties over permanente soevereiniteit op de nationalisatie niet meer uitdrukkelijk wordt ingegaan; wellicht speelde hierbij ook een rol de overweging dat de discussies vóór resolutie 1803 (XVII) maar dan over de uitoefening van het recht hadden geleid tot een compromis, dat ook nu nog het maximaal haalbare zou uitmaken. Latere resoluties handelen over de nationalisatie als manifestatie van soevereiniteit (38). Het is pas in het kader van de werkgroep, belast met het opstellen van het ontwerp-handvest van economische rechten en plichten

(36) SEIDL-HOHENVELDERN, I., *Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht*, W. De Gruyter & Co., Berlin, J.C.B., Mohr, Tübingen, 1952, p. 4.

(37) KAHN, P., « Etat actuel du droit des investissements étrangers dans les pays en voie de développement » in *The Present State of International Law and Other Essays written in honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973*, Ed. M. Bos, Kluwer, The Netherlands, 1973, p. 285.

(38) Zie bijvoorbeeld resolutie 88 (XII) van de Trade and Development Board : « ... such measures of nationalization as States may adopt in order to recover their natural resources are the expression of a sovereign power... ». Ongeveer een gelijklopende formulering vinden we terug in resolutie 3171 (XXVIII), paragraaf 3 : « Affirms that the application of the principle of nationalization carried out by States, as an expression of their sovereignty in order to safeguard their natural resources... ».

van staten, dat ook in de formulering zal gesproken worden over een werkelijk nationalisatierecht.

Dat een staat vermag over te gaan tot nationalisatie van vreemde eigendommen die zich op zijn grondgebied bevindend is in de statenpraktijk geen voorwerp van meningsverschil. Dit komt tot uiting in de discussies rond de problematiek van de permanente soevereiniteit, in de reacties op doorgevoerde nationalisaties en in een aantal verdragen bedoeld om garantie te verlenen aan vreemde investeringen (39). Ons inziens zijn er in de statenpraktijk voldoende gegevens voorhanden om voorop te stellen dat het nationalisatierecht zelf stilaan tot het gewoonterecht is gaan behoren. In de rechtsleer ook wordt het nationalisatierecht op zich niet meer voor betwisting vatbaar geacht (40). De eensgezindheid van praktijk en rechtsleer houdt echter op zodra het erop aankomt te bepalen of en aan welke voorwaarden en beperkingen een staat is onderworpen die tot nationalisatie wenst over te gaan.

3. IS EEN NATIONALISATIEMAATREGEL AAN VOORWAARDEN EN BEPERKINGEN ONDERWORPEN ?

De afwijzing door de Westerse landen van resolutie 626 (VII) wegens haar absolute formulering kon reeds doen veronderstellen dat elke poging om de permanente soevereiniteit op natuurlijke rijkdommen als absoluut te omschrijven op weerstand zou stuiten. De later herhaaldelijk weerkerende zinsnede « due regard would be paid to the rights and duties of States under international law... » vormt reeds een eerste aanduiding tegen een mogelijk absolute interpretatie.

De ganse discussie tijdens de afgelopen jaren draaide dan ook om de vraag of de permanente soevereiniteit, en meer bepaald de nationalisatiemaatregel al of niet beperkt wordt door het internationaal recht. Concreet werd dit

(39) Zie bijvoorbeeld a contrario artikel 5, 1 van de Frans-Koreaanse overeenkomst van 22 januari 1975 (*J.D.I.*, 1975, p. 631).

Eveneens a contrario artikel 5, 1 van de Brits-Egyptische overeenkomst van 11 juni 1975 (*I.L.M.*, 1975, p. 1471).

Zie ook de bepalingen in verband met de Arab Investment Guarantee Corporation weergegeven bij SHIHATA, I., « Arab Investment Guarantee Corporation. A regional insurance project », *J.W.T.L.*, 1972, p. 192.

Zie eveneens a contrario artikel 5 van de investeringsgarantieovereenkomst van 22 juli 1975 tussen Singapore en het Verenigd Koninkrijk (*I.L.M.*, 1976, p. 592).

(40) Zie bijvoorbeeld :

MARILLAT, R., « Les fondements juridiques de l'indemnisation des Français dépossédés de leurs biens par les États anciennement sous souveraineté, tutelle ou protectorat français », *Annales de la Faculté DES*, Lyon II, 1973-I, p. 89.

TOUSCOZ, J., « La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international », *R.B.D.I.*, 1972, p. 495.

WEHSE, E., « Völkerrechtswidrige Verstaatlichung der Kupferminen in Chile ? » *J.Z.*, 1974, p. 118 en noot 22.

verwoord in amendementen tot opname in de tekst van gronden van nationalisatie en compensatieverplichting.

Bij de voorbereiding van resolutie 1803 (XVII) werden sovjet-amendementen ter bevestiging van het ongeconditioneerde nationalisatierecht verworpen. De kwestie van de nationalisatiegronden komt na 1962 in de discussie niet meer opnieuw aan de orde zodat men kan aannemen dat deze beperking door het internationaal recht aan de nationalisatie was aanvaard door de staten. Later komen we hierop terug o.m. bij de behandeling van de activiteiten van de werkgroep.

De Declaratie van de Zesde Speciale Sessie handelt in punt E over het nationalisatierecht, maar somt geen speciale gronden meer op. Een in de commissie ad hoc door de Westduitse delegatie voorgestelde tekst waarin de uitoefening van de permanente soevereiniteit wordt ondergeschikt aan de regels van het internationaal recht (41) werd door verscheidene afgevaardigingen van de hand gewezen. Het voorbehoud dat door een aantal geïndustrialiseerde landen werd gemaakt t.o.v. de Declaratie betrof dan ook de rol van het internationaal recht inzake nationalisaties (42). Het recht op nationalisatie « is vested in the rules of international law. It should, in our view, be exercised in accordance with these rules » (43). De standpunten verdedigd zowel in de Commissie ad hoc van de speciale sessie als in de werkgroep lieten veronderstellen dat het decennium sinds 1962, vooral op het einde gekenmerkt door een toenemend aantal nationalisaties, opnieuw zal leiden tot een poging het absoluut karakter van het nationalisatierecht in teksten weer te geven.

De in resolutie 1803 (XVII) limitatief opgesomde gronden werden niet alleen in artikel 2 van het Handvest volledig verdrongen, maar het discriminatieverbod is nergens in de tekst opgenomen, terwijl wat de schadevergoeding betreft, het hypothetisch karakter ervan toch wel de bovenhand kreeg, terwijl alleen nog de kwalificatie « adequate » uit resolutie 1803 (XVII) werd weerhouden. Op de discussies binnen de werkgroep komen we nog terug.

Ook in de rechtsleer vindt men het standpunt terug dat het nationalisatierecht naast zijn onvervreemdbaar karakter-een staat kan van dit recht niet geldig afstand doen bij wijze van verdrag, ook volledig discretionair is (44).

De reglementering door het internationaal recht van deze staatsbevoegdheid ontnemt haar evenwel precies elk discretionair karakter (45). Wat tot het voorbehouden domein blijft behoren is niet zonder meer vast te

(41) A/AC.166/SR.6, p. 9-10.

(42) Zie de Amerikaanse reactie, weergegeven in *I.L.M.*, 1974, p. 746.

(43) Reactie van de Duitse Bondsrepubliek, aldus weergegeven in *I.L.M.*, 1974, p. 749. De verklaringen van de Franse, de Japanse en de Britse delegatie gingen in dezelfde zin: zie respectievelijk *I.L.M.*, 1974, p. 755, 759 en 764.

(44) TOUSCOZ, J., « Le régime juridique des hydrocarbures et le droit international du développement », *J.D.I.*, 1973, p. 320-321.

(45) ROUSSEAU, CH., *Droit International Public*, t. II, Sirey, Paris, 1974, p. 87.

stellen. Het zijn de staten zelf die een groot gedeelte van de internationale praktijk uitmaken en die zullen bepalen wat ze aan internationale reglementering wensen te onderwerpen.

Enerzijds moet worden opgemerkt dat het volkenrecht geen regels bevat die een absolute bescherming van de eigendom op het oog hebben (46). Anderzijds moet gelet o.m. op resolutie 1803 (XVII) o.i. worden volgehouden « (que) la référence au droit international, aussi incertaines qu'en soient les exigences, exclut du moins une souveraineté affranchie de toutes limites » (47). Hier weze reeds gesteld dat we van oordeel zijn dat rechtsleer, rechtspraak en statenpraktijk nog steeds een volledig ongelimiteerd nationalisatierecht afwijzen en zich alleen een verschuiving heeft voorgedaan, onder invloed van de statenpraktijk, in de interpretatie van de in 1962 geformuleerde beperkingen en voorwaarden.

Hier stelt zich dan de vraag naar het statuut van de beperkingen die door het volkenrecht aan het nationalisatierecht worden aangebracht. Eens met het bestaan van deze beperkingen als zodanig heeft aanvaard, worden ze omschreven als geldigheids- of legaliteitsvoorwaarden (48). We geven er de voorkeur aan de term geldigheid voor te behouden aan de conformiteit van de nationalisatiemaatregel met de interne rechtsorde van de staat, en de legaliteitsvoorwaarden te hanteren waar het de toetsing van dezelfde maatregel aan het volkenrecht betreft. Deze voorkeur wordt o.m. verantwoord door het feit dat de sancties die het volkenrecht kan verbinden aan de niet-naleving van geldigheidsvoorwaarden, met name de nietigheid, om een aantal redenen, eigen aan het volkenrecht, en om andere uit de aard van de hier besproken unilaterale rechtshandeling voortvloeiende redenen (bijvoorbeeld het meestal onomkeerbaar karakter van het ganse proces) nu niet bepaald de meest voor de hand liggende sanctie zal zijn.

Hieraan moet nog worden toegevoegd de aanslepende onzekerheid over de preciese inhoud van de door het volkenrecht aan het nationalisatierecht aan te brengen beperkingen en de sterk aan het individueel geval gebonden hantering ervan, met sterk wisselende nuanceringen en schakeringen, die zich moeilijk laten plaatsen naast over het algemeen minder controversiële, want formelere geldigheidsvereisten.

Vooreerst kan worden gesteld dat de legaliteitsvoorwaarden voor nationalisatie niet vereisen dat niet-naleving ervan met absolute, automatische intredende nietigheid zou worden gesanctioneerd. Hiermee wordt echter onmiddellijk het probleem opgeworpen van de afwezigheid van verplichte internationale jurisdictie die dan deze niet-automatische nietigheid zou kunnen vaststellen en tevens de moeilijkheid voortspruitend uit de onnauw-

(46) SEIDL-HOHENVELDERN, I., « Völkerrechtswidrige staatliche Eigentumseingriffe und deren Folge », *Die Friedenswarte*, 1955-1956, p. 3.

(47) COMBACAU, J., *op. cit.*, p. 27.

(48) De terminologie is hier allesbehalve eenvormig ofschoon men het wel eens is over de sanctionering van de voorwaarden.

keurigheid van de na te leven voorwaarden (49). En bij dit alles speelt de effectiviteit natuurlijk een belangrijke rol en dit geldt zowel voor de met de legaliteitsvoorwaarden strijdige nationalisatie als voor de nietigheid daaraan eventueel als sanctie verbonden.

Wat de sanctie betreft is de nationalisatie in kwestie bijna altijd reeds doorgevoerd in deze zin dat het meestal om een onomkeerbaar proces gaat waarbij herstel in de vroegere toestand onmogelijk is.

Wat de nationalisatie betreft, zij zal in een aantal gevallen pas haar volledige effectiviteit bereiken indien de economische activiteit, nu door de staat overgenomen, ongehinderd kan worden voortgezet, ook en voornamelijk in het buitenland.

Bij dit alles moet worden opgemerkt dat de niet-naleving van legaliteitsvoorwaarden, naar ons oordeel tevens een onrechtmatige daad uitmaakt, die op haar beurt een recht op schadevergoeding doet ontstaan op basis van internationale aansprakelijkheid, gaande te maken door de staat waarvan de door de nationalisatiemaatregel getroffen vreemdeling de nationaliteit bezit. Het gaat hier om een schadevergoeding die duidelijk in grondslag en hoegrootheid te onderscheiden is van de schadevergoeding uit te keren in het kader van de nationalisatiemaatregel zelf.

Gelet op de onmogelijkheid de nietigheidssanctie efficiënte te verlenen, deels te wijten aan de onvolmaakte structuur van de internationale gemeenschap, deels voortspruitend uit de aard van de nationalisatiemaatregel in het algemeen, lijkt de enige uitweg ons te zijn deze van de niet-erkenning van de door de nationalisatie beoogde rechtsgevolgen door vreemde rechtbanken. Bij afwezigheid van een volkenrechtelijk verbod van niet-erkenning kan o.i. niet genoeg nadruk worden gelegd op de noodzaak van deze via de nationale rechtbanken lopende, relatieve sanctionering van de legaliteitsvoorwaarden gebruik te maken. Deze niet-erkenning is uiteraard een sterk afgezwakte sanctie in vergelijking met een door een internationale jurisdictie uit te spreken nietigheid van een nationalisatiemaatregel, getoetst aan legaliteitsvoorwaarden die precies daardoor aan klaarheid zouden winnen. In de huidige stand van het volkenrecht lijkt het de enige mogelijkheid voor de vreemdeling, niet om te verhinderen dat de rechtsgevolgen van de nationalisatiemaatregel intreden — want daartoe is a fortiori ook hij niet in staat — maar wel om ze in hun wezen, want effectiviteit aan te tasten. Hier kan aan worden toegevoegd dat — zoals bij gebrek aan een volkenrechtelijke plicht tot erkenning of aan een verbod tot niet-erkenning, de internationale aansprakelijkheid van de forumstaat niet door een uitspraak van zijn nationale jurisdictie kan ontstaan-evenmin, ook niet indirect (voor staten waar de tussenkomst van de uitvoerende macht kan worden vastgesteld) de uitspraak van een rechtbank mag geïnterpreteerd worden als het afzien door de forumstaat van de mogelijkheid de nationaliserende staat wegens schending van de legaliteitsvoorwaarden internationaal aansprakelijk te stellen.

(49) CAHIER, PH., « La nullité en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1972, p. 647-648.

III. VOORWAARDEN EN BEPERKINGEN WAARAAN EEN NATIONALISATIEMAATREGEL IS ONDERWORPEN (50)

1. DE « PUBLIC UTILITY »-VEREISTE

In de klassieke benaderingswijze van de nationalisatieproblematiek wordt deze « public utility »-vereiste gesteld (51). Resolutie 1803 (XVII) heeft daarvan evenwel geen omschrijving gegeven; ook na resolutie 1803 (XVII) kwam er geen verdere precisering van de inhoud. Uit de afwezigheid van een volkenrechtelijke omschrijving wordt dan ook afgeleid dat de staat die tot de nationalisatie overgaat, zelf oordeelt over de inhoud van deze « public utility » (52), omdat hij toch soeverein zijn eigen socio-economisch systeem kiest « provided it acts in good faith and within reasonable limits » (53). Rekent men de omschrijving van wat al of niet tot « public utility » behoort tot de « domestic jurisdiction » dan wordt de hantering van het criterium van zijn betekenis beroofd, zo wordt elders gesteld (54).

De soevereine beoordeling van de nationalisatiegrond door de staat zelf, hoe wenselijk en gerechtvaardigd ook door het principe van economische zelfbeschikking en soevereine gelijkheid van staten, is natuurlijk niet van aard om elke discussie bij voorbaat haar voorwerp te ontnemen, wel integendeel. Zonder het recht op nationalisatie zelf te betwisten, zal de controverse na de nationalisatie zich zeker in een aantal gevallen richten op de gegrondheid van deze « public utility » als basis voor de maatregel, vooraleer men zal overgaan tot de behandeling van het schadevergoedingsprobleem.

Dit heeft zich met name voorgedaan bij de nationalisatie van Nederlandse bezittingen in 1958 waar zelfs in de preambules van de desbetreffende wet

(50) Voor bilaterale vastlegging van deze beperkingen en voorwaarden zie o.m. FRICK, H., *Bilateraler Investitionsschutz in Entwicklungsländer. Ein Vergleich der Vertragssysteme der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland*, Düncker & Humblot, Berlin, 1975, p. 134-147 (F.N.C.-verdragen der Verenigde Staten) en p. 206-222 (garantie-verdragen door de Duitse Bondsrepubliek gesloten).

(51) Zie bijvoorbeeld WEHSE, E., *op. cit.*, p. 119 en ZÖLLER, A.G., Algerian nationalizations. The legal issues, *J. W. T. L.*, 1972, p. 47.

(52) in die zin : O'Keefe, P.J., *op. cit.*, p. 259.

Verder ook nog o.m. Amerasnighe, G., *op. cit.*, p. 137.

Zie eveneens BREHME, G., *Souveränität der jungen Nationalstaaten über die natürlichen Reichtümer und Hilfsquellen. Völkerrechtliche Probleme des Kampfes der jungen Nationalstaaten um ökonomische Unabhängigkeit*, Staatverlag der D.D.A., Berlin, 1967, p. 113. Een recente illustratie daarvan vormt de uitlating na de nationalisatie van Miferma op 28 november 1974, door de president van Mauretanië : « ... que cette décision, prise dans le cadre de la souveraineté mauritanienne, n'avait pas besoin d'être justifiée... » (*R.G.D.I.P.*, 1975, Chronique des faits internationaux, p. 844).

(53) WOOLDRIDGE, F. en SHARMA, V., « The expropriation of the property of the Ugandan Asians », *Indian Journal of International Law*, 1974, p. 59.

(54) BAADE, H.W., « Permanent sovereignty over natural wealth and resources » in *Essays on Expropriations*, Edited by R.S. Miller and R.J. Shanger, Ohio State University Press, 1967, p. 23 en de rechtsleer weergegeven bij BREHME, G., *op. cit.*, p. 114.

verwezen werd naar het politieke vraagstuk van West-Irian (55), terwijl de Cubaanse nationalisatiewet van 7 juni 1960 als verweermiddel tegen de Amerikaanse economische aggressie werd aangeduid (56). Het meer recente voorbeeld van de nationalisatie van de British Petroleum Exploration Company door de Lybische wet van 7 december 1971 maakt duidelijk hoe de door Marillat gebezigde term « utilité politique » ook wel eens in zijn meest strikte betekenis kan worden gehanteerd omdat « ce n'est un secret pour personne que la nationalisation de la B.P... a été décidée pour riposter à l'occupation par l'Iran le 30 novembre de trois îles du détroit d'Ormuz... » (57).

De Britse protestnota stelde dan ook duidelijk dat « nationalisation measures which are... motivated by considerations of a political nature unrelated to the internal well being of the taking State are, by a reference to those principles (of international law) illegal and invalid » (58).

Een verdere illustratie van het hanteren van de « utilité politique » vormt de nationalisatie in februari 1974 van de maatschappij Amoseas (filiaal van Standard Oil of California an Texaco) en de Lybian American Oil Company « (comme) une réponse directe à la prétendue conférence des pays consommateurs de pétrole réunie à Washington qui représente une tentative de provocation dirigée contre les pays producteurs » (59).

Deze enkele gevallen (60) tonen aan dat waar het nationalisatierecht zelf tot de domestic jurisdiction zou worden gerekend en de staat althans voor

(55) Er schijnt geen twijfel mogelijk te zijn over het feit « que la nationalisation a été décrétée comme une façon de répondre par un acte inamical, voire hostile à un acte ou une attitude des Pays-Bas jugés hostile » (ROLIN, H., *Avis, N.T.I.R.*, 1959, p. 265).

(56) Op het vlak van de motivering was de nationalisatie conform grondwetsartikel 24. De beschuldiging tegen de Amerikaanse economische politiek was evenwel beslissend: « Sur ce motif, seul exprimé et seul juridiquement admis, était donné au gouvernement cubain le pouvoir d'appliquer au moment opportun la procédure reconnue à l'article 24 de la Constitution... » (GARREAU DE LOUBRESSE, G., « De quelques éléments de la législation de la République de Cuba en matière d'intervention et de nationalisation », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, p. 787.

Over deze concrete problematiek zie BREHME, G., *op. cit.*, p. 115-120.

(57) *R.G.D.I.P.*, 1973, *Chronique des faits internationaux*, p. 270.

Deze motivering werd door de Lybische VN-vertegenwoordiger voor de Veiligheidsraad bevestigd (O'KEEFE, P.J., *op. cit.*, p. 278-279).

(58) Aldus weergegeven in *I.L.M.*, 1974, p. 769.

Een Amerikaanse nota ging in dezelfde zin met betrekking tot de Bunker-Hunt-maatregel: *I.L.M.*, 1974, p. 771.

De nationalisatie van Bunker Hunt was gericht tegen de Amerikaanse politiek in het Midden-Oosten. « This is not to say that the seizures were not for a public purpose, but merely that the public purpose served was not a permissible one » (RIEGER, D.F., « Public policy and negating discriminatory expropriations in municipal courts », *Cornell International Law Journal*, 1974, p. 174, noot 20).

(59) Aldus weergegeven door CARREAU, D., e.a., « *Chronique de droit international économique, A.F.D.I.*, 1974, p. 693.

(60) Slechte arbeidsomstandigheden waren dan weer de aanleiding voor de Peruviaanse maatregel tegen de Cerro de Pasco Corporation: « Mais l'exposé du décret-loi se borne à justifier la mesure d'expropriation par des considérations tirées de la nécessité nationale et de l'intérêt social » (*R.G.D.I.P.*, 1975, *Chronique des faits internationaux*, p. 204).

deze eerste uitoefeningsmodaliteit over een beoordelingsbevoegdheid beschikt, dit niet betekent dat het volkenrecht geen restricties mag aanbren- gen; een aantal van de geciteerde gevallen zouden de kritiek van de goede trouw waarschijnlijk niet succesvol doorstaan.

Globaal kan men stellen dat de vermelding in resolutie 1803 (XVII) en nu ook weer in enkele voorstellen bij artikel 2 van het Handvest van economische rechten en plichten van staten, van juist de vereiste van « public utility » niet de bedoeling heeft dit begrip nader te omschrijven of de beoordeling ervan aan de staten te onttrekken, maar wel uitdrukking geeft aan het als gewonterechtelijke regel kwalificeerbare principe (61) dat er werkelijk een dergelijke grondslag moet aanwezig zijn, waarover de staat zelf oordeelt binnen de grenzen van rechtsmisbruik en goede trouw. De beoordeling door de nationaliserende staat kan eigenlijk slechts in extreme gevallen, en dan meestal buiten de nationale rechtsorde, voor betwisting vatbaar worden, alhoewel volledige afwezigheid van een degelijke nationalisatiegrond biezonder moeilijk te bewijzen zal zijn (62).

De afwezigheid van een volkenrechtelijke omschrijving van « public utility » is niet zo verwonderlijk wanneer men vaststelt dat ook in de nationale rechtsorden deze vereiste tot sterk uiteenlopende en wisselende interpretaties aanleiding kan geven. De wenselijkheid van een dergelijke omschrijving moet beoordeeld worden in het licht van wat zoëven over de mogelijke functie en daadwerkelijke hantering ervan werd gezegd. Gesteld dat de wenselijkheid van een dergelijke omschrijving werd aanvaard, dan zou de verscheidenheid van socio-economische systemen een uniforme definitie bijna onmogelijk maken.

De « public utility »-vereiste kan eigenlijk best worden gehanteerd wanneer redelijkerwijze mag worden aangenomen dat bij de bestreden nationalisatiemaatregel de grenzen van rechtsmisbruik en goede trouw werden

Corruptie praktijken vormden dan weer de aanleiding en grondslag voor de nationalisatie door Peru op 13 mei 1975 van de Amerikaanse Gulf Oil Corporation (*R.G.D.I.P.*, 1976, Chronique des faits internationaux, p. 258-259).

Verkoop van minderwaardige producten was aanleiding en grondslag voor de nationalisatie door Peru op 24 juli 1975 van de Amerikaanse Marcona Mining Company (*R.G.D.I.P.*, 1976, Chronique des faits internationaux, p. 603).

(61) PETERSMANN, E.U., « Die Nationalisierung der Chilenischen Kupferindustrie als Problem des internationalen Wirtschaftsrechts » *Wirtschaftsrecht*, 1973, p. 283.

Recente investeringsovereenkomsten houden eveneens vast aan de « public utility »-vereiste. Zie bijvoorbeeld de Brits-Egyptische overeenkomst van 11 juni 1975, artikel 5 : « ... except for a public purpose related to the *internal needs of that Party...* » (cursiveerden wij) (*I.L.M.*, 1975, p. 1471). Deze laatste toevoeging wijst er op dat men vermoedelijk de mogelijkheid wenste uit te sluiten sanctie-nationalisaties, zoals de Lybische maatregelen die duidelijk gerelateerd waren aan doelstellingen van buitenlandse politiek, voor te stellen als conform aan de « public utility »-vereiste. Eenzelfde bepaling werd opgenomen in de Investeringsgarantieovereenkomst die het Verenigd Koninkrijk met Singapore sloot op 22 juli 1975 (*I.L.M.*, 1976, p. 592 : artikel 5 (i)).

(62) DOMKE, M., « Foreign nationalizations : Some aspects of contemporary international law », *A.J.I.L.*, 1961, p. 590-591 en noot 44.

overschreden; de overwegende of uitsluitende plaats die bij nationalisaties aan politieke doelstellingen wordt toegekend, zou hierbij een belangrijk beoordelingselement kunnen vormen. De komende verdragspraktijk terzake zou moeten aantonen of het Brits-Egyptische voorbeeld navolging krijgt zodat zich een relatief duidelijke scheidingslijn op dat vlak zou kunnen laten afleiden.

De vraag of aan deze « public utility »-vereiste — waarvan momenteel de eerder marginale functie niet kan worden ontkend — dezelfde waarde moet worden gehecht als aan de andere legaliteitsvoorwaarden is secundair in deze zin dat zelden een non-discriminatoire nationalisatie, gepaard gaande met aangepaste schadevergoeding, om duidelijk aanwijsbare redenen als uitsluitend extern politiek gericht, en daarom alleen als illegaal zal moeten worden bestempeld. Immers, in dergelijke gevallen zal meestal via een uitblijvende schadevergoeding getracht worden verdere druk uit te oefenen op de staat wiens onderdanen in hun bezittingen werden getroffen, misschien bij uitsluiting van het toepassingsgebied van de betrokken nationalisatiemaatregel van andere vreemdelingen in dezelfde sector werkzaam. Maar het kan soms de enige toetssteen vormen voor volkenrechtelijke legitimiteit van nationalisatiemaatregelen die bijvoorbeeld alleen eigendommen van vreemdelingen met een bepaalde nationaliteit treffen omdat ze een monopoliepositie hadden verworven en gepaard gaan met uitdrukkelijke beloften tot een concrete aanvang met schadevergoeding. Een niet onmiddellijk duidelijke politieke beweegreden zou zonder enige toetsing blijven. Gelet op de toenemende aantasting vooral dan van de schadevergoedingsplicht zelf, lijkt het niet wenselijk de « public utility »-vereiste zonder meer over boord te gooien. Alles bij elkaar gaat het o.i. om een legaliteitsvoorwaarde, waarvan de gewonterechtelijke waarde sinds 1962 nu niet bepaald werd versterkt (63) maar die van eerder secundair belang blijft, voor de flagrante gevallen waar bij de grenzen van rechtsmisbruik en goede trouw werden overschreden.

2. VERLOOP VOLGENS « A DUE PROCESS OF LAW »

De nationalisatie moet niet alleen ingegeven zijn door overwegingen van « public utility » maar moet bovendien verlopen volgens « a due process of law », een gerechte procedure. Deze bijkomende voorwaarde wordt niet in resolutie 1803 (XVII) vermeld, ook niet in het Handvest van economische rechten en plichten van staten, maar wordt in de rechtsleer verdedigd (64).

(63) Zie o.m. ook AMMAN, U., *Der Schutz ausländischer Privatinvestitionen in Entwicklungsländer aus völkerrechtlicher, volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht*, Polygraphischer Verlag, A.G., Zürich, und St. Gallen, 1967, n° 64.

(64) Volgens Abdel-Wahab wordt door deze vereiste het zelfbeschikkingsrecht wel degelijk beperkt (ABDEL-WAHAB, S., « Economic Development Agreements and Nationalization », *University of Cincinnati Law Review*, 1961, p. 455). Hier geldt dezelfde opmerking als werd gemaakt met betrekking tot volkenrechtelijke beperkingen aan de uitoefening van permanente soevereiniteit in het algemeen: de aanwezigheid van volkenrechtelijke regels op een bepaald gebied betekent niet dat het recht zelf daardoor verloren gaat of onredelijk wordt beperkt.

Het begrip « due process of law » houdt volgende elementen in : « de maatregelen moeten wettelijk zijn, zij moeten genomen worden op de daartoe in de Grondwet of de wet voorziene wijze, zij moeten voor verhaal vatbaar zijn, en niet op arbitraire wijze tot stand gekomen » (65). In de ganse problematiek rond de nationalisatie wordt veeleer het aksent gelegd op de schadevergoeding, maar de vereiste van « due process of law » heeft plots weer aan belang gewonnen door de Chileense kopernationalisaties ten aanzien waarvan met name ook op dit punt kritiek werd geuit. Het arbitraire en onbillijke karakter van de gevolgde procedure werd van Amerikaanse zijde als een van de motieven voor de onwettigheid van de nationalisatie aangevoerd en dit verwijt betrof zowel de administratieve als rechterlijke fase van de procedure (66).

De oprichting van een afzonderlijke, alleen voor een bepaalde nationalisatiemaatregel bevoegde rechtbank kan reeds een aanduiding betekenen in de richting van een onregelmatige procedure, die a fortiori aanwezig is wanneer de vreemdeling elke verhaalsmogelijkheid is ontnomen (67).

In de rechtsleer wordt ook aandacht besteed aan het tijdstip van de nationalisatiemaatregel : indien deze zonder dwingende redenen, korte tijd na de voltooiing van de investering plaatsgrijpt, is de staat internationaal aansprakelijk (68). Ook hier zal de beoordeling van de goede trouw belangrijk zijn en zal het bewijs dat de « due process of law » in het gedrang werd gebracht niet eenvoudig kunnen geleverd worden, indien het niet om flagrante gevallen gaat. De nationalisatie van de Bolivian Gulf Oil Company kwam zonder waarschuwing « for BOGOC had begun operations in Bolivia in a new era and had been most accomodating to the governments, with which it dealt » (69). Zowel het tijdstip waarop de maatregel werd genomen (70) als het toch wel arbitraire karakter van de wijze waarop hij tot stand kwam (71) zouden als argumenten kunnen worden aangevoerd om te stellen dat deze Boliviaanse nationalisatie in weerwil van een blijkbaar bevredigende schadevergoedingsregeling, precies wegens het tekort komen aan de

(65) SUY, E., *op. cit.*, p. 125.

(66) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1972, p. 677.

(67) AMMANN, U., *op. cit.*, n° 66.

De oprichting van een ad hoc commissie voor de bepaling van de schadevergoeding is gebruikelijk en kan een onderdeel vormen van « a due process of law » indien haar beslissing ten minste nog voor beroep vatbaar is.

(68) ABDEL-WAHER, S.E., *op. cit.*, p. 439, noot 52.

(69) FURNISH, D.B., « Days of Revindication and National Dignity; Petroleum Expropriations in Peru and Bolivia », in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, vol. II, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1973, p. 58.

(70) Zie voor de onmiddellijke eraan voorafgaande investeringen FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 59-60.

(71) « It is difficult to see it as more than a relatively quick decision to gamble for political gain, perhaps influenced by the effect of the IPC expropriation in Peru as a solidifying factor for a new military regime » (FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 85).

vereiste van een « due process of law » toch niet volledig conform het volkenrecht is geschied.

Voor een illustratie van de vraag naar de constitutionaliteit van de gevolgde procedure bij een nationalisatie moge verwezen worden naar de Peruviaanse maatregelen met betrekking tot de International Petroleum Company (72). We komen op deze procedures terug bij de bespreking van de rol van de nationale jurisdicties : hetzelfde geldt voor de Chileense kopernationalisaties. Procedurele aspecten zullen ook nog ter sprake komen bij de behandeling van de valuatie van genationaliseerde bezittingen.

Recente nationalisatiewetgevingen van Latijns-Amerikaanse staten voorzien in een soms vrij gedetailleerde regeling van de beroepsmogelijkheden ten aanzien van het bedrag van de schadevergoeding (73) en van de betalingsmodaliteiten. Deze bepalingen kunnen weliswaar, niet zonder meer worden geïnterpreteerd als een aanvaarding van het bestaan van de vereiste dat de nationalisatie moet verlopen volgens « a due process of law » maar houden wel de mogelijkheid in dat de vereiste in concreto zal worden nageleefd. Een verdragsrechtelijke garantie daarvoor kan dan weer worden gevonden in artikel 5, 1 van de Brits-Egyptische overeenkomst van 11 juni 1975, waar de beroepsmogelijkheid zowel betrekking heeft op de conformiteit van de nationalisatiemaatregel met de nationale wetgeving als op de valuatie overeenkomstig de in hetzelfde artikel vermelde criteria; dit recht wordt evenwel niet afgeleid uit een volkenrechtelijke norm, maar gesteld « under the law of the Contracting Party making the expropriation » (74).

Het gaat in verband met « due process of law » om een legaliteitsvoorwaarde die hoofdzakelijk in de rechtsleer en dan nog niet door iedereen wordt onderschreven en indirect in de statenpraktijk kan opduiken, via de nationale rechtbanken wanneer ze vreemde nationalisatiemaatregelen ter beoordeling voorgelegd krijgen.

Zoals voor de « public utility » voorwaarde, moet ook hier worden vastgesteld dat over de inhoud van deze « due process of law »-vereiste geen eensgezindheid bestaat. We blijven bij de hoger vermelde omschrijving waarvan de verschillende elementen o.i. in staat moeten worden geacht om gehanteerd te worden bij in de praktijk optredende moeilijkheden. De relatieve vaagheid van de regel — mede veroorzaakt door de eigen omstandigheden van elke nationalisatie — maakt dat hij ook eerder gehanteerd zal worden voor de flagrante gevallen en hier ligt dan ook een punt van overeenkomst met de « public utility »-voorwaarde. De niet-naleving ervan zal o.i. evenwel gemakkelijker kunnen worden aangetoond. De toetsing van de

(72) Zie o.m. FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 85.

(73) Venezolaanse wet : art. 13 (*I.L.M.*, 1975, p. 1495).
Chileense wet : art. 6 e.v. (*I.L.M.*, 1975, p. 781).

(74) *I.L.M.*, 1975, p. 1472.

vereiste zal naar ons gevoelen gemakkelijker kunnen worden uitgevoerd door vreemde rechtbanken, wat de sanctioneringsmogelijkheid verhoogt.

De hardnekkigheid waarmee de Derde Wereld er telkens op terugkomt dat elk geschil in verband met nationalisatie tot de jurisdictie van de nationale rechtbanken behoort, wordt o.i. ingegeven door hun overtuiging dat het volkenrecht deze voorwaarde van « due process of law » niet te stellen heeft en dat de onafhankelijkheid van nationale rechtbanken een voldoende waarborg tegen eventuele willekeur biedt. Gelet op de terzake niet eenvormig te interpreteren en onduidelijke statenpraktijk en in mindere mate gelet op de geringe aandacht eraan besteed in de resoluties van de Algemene Vergadering moet o.i. worden aanvaard dat we eerder staan voor een leidraad dan nog hoofdzakelijk door de Westerse rechtsleer aanbevolen, aan staten die tot nationalisatie wensen over te gaan en voor een toetssteen door vreemde rechtbanken in de meest flagrante gevallen gehanteerd. Van een gewoonterechtelijke regel kan o.i. evenwel niet worden gesproken; hier vooral geldt de waarschuwing van Arangio-Ruiz : « The belief that would matter is a belief of States or governments » (75), en dit ontbreekt voorsnog. Wellicht bieden regionale investeringscodes en de nauwkeurige omschrijving van de te volgen gedragslijn bij eventuele nationalisatie in overeenkomsten met buitenlandse investeerders hier toch wel een uitweg, al kan, gelet op de globale kontekst, worden vermoed dat de opinio juris zich slechts uiterst moeizaam zal laten afleiden.

3. NON-DISCRIMINATOIR KARAKTER

Tenslotte belanden we bij de voorwaarde in resolutie 1803 (XVII) afwezig, maar door de rechtsleer gesteld, dat de nationalisatiemaatregelen geen discriminatoir karakter mogen hebben.

Volgens de Amerikaanse en Britse protestnota's (76) bij de Lybische nationalisaties van petroleumbelangen vormt die discriminatie een hinderpaal voor de geldigheid van de maatregel.

Het probleem van de non-discriminatoire behandeling stelde zich ook bij de nationalisatie door Guyanan in 1971 van de Demarare Bauxite Company (Demba) een filiaal van de Canadese Alcan Aluminium Limited. Enkele dagen vóór de nationalisatiemaatregel werd getroffen, drong de Canadese premier er op aan « that Guyana would treat Alcan in a fair and non-discriminatory manner ».

(75) ARANGIO-RUIZ, G., « The normative role of the General Assembly of the United Nations and the declaration of principles of friendly relations » *R.C.A.D.I.*, t. 137, 1972, III, p. 455.

(76) *I.L.M.*, 1974, p. 769 en p. 771.

De Lybische maatregelen betroffen inderdaad alleen British Petroleum Company (1971) en Bunker Hunt (1973) (RIEGER, D.F., *op. cit.*, p. 171).

Ook de Iraakse maatregelen van oktober 1973 waren discriminatoir : Britse, Franse en Panamese bezittingen werden er niet door getroffen (RIEGER, D.F., *op. cit.*, p. 172).

minatory manner » (77). Dit standpunt werd niet verder gepreciseerd, ook niet in een officiële Canadese reactie op de dag zelf van de nationalisatiemaatregel (78). Toch kan moeilijk worden ontkend dat discriminatie voorhanden was : de Amerikaanse maatschappij Reynolds werd pas met ingang van 1 januari 1975 door een nationalisatiemaatregel getroffen (79).

Een ander voorbeeld van discriminatoire behandeling vinden we in de Cubaanse nationalisatiemaatregelen met enerzijds de overname van alle Amerikaanse ondernemingen en de uitsluiting van Canadese banken van de nationalisatie van gans de betrokken sektor (80).

De vraag of non-discriminatie een principe van volkenrecht is, krijgt in de rechtsleer geen eenvormig antwoord. De enen bestrijden zonder meer een gewoonterechtelijk karakter (81), anderen doen een onderzoek naar de statenpraktijk in verband met investeringen (82) weer anderen gaat uit van een door het algemeen volkenrecht aanvaard discriminatieverbod om dit op nationalisaties toe te passen (83). Kewenig stelt « (qu')il n'existe pas d'interdiction de la discrimination dans le droit international général » (84), terwijl Bossuyt ervan uitgaat dat « l'interdiction de la discrimination dans la loi est considérée comme étant inhérente à tout système juridique » (85). Een discriminatieverbod behoeft zich ook niet tot alle terreinen van het internationaal recht uit te strekken. De notie discriminatie krijgt een andere inhoud al naargelang van de terreinen waarop ze zich situeert (86).

Het is duidelijk dat het discriminatoir karakter van een nationalisatie kan gelegen zijn in het toepassingsgebied, in de bepaling van het bedrag van de schadevergoeding — al moet hieraan worden toegevoegd dat de eigen positie

(77) LITVAK, I. en MAULE, G., « Nationalisation in the Caribbean Bauxite Industry », *International Affairs*, 1975, p. 52.

(78) « We put the case that we expect Canadian companies not to be discriminatory against in these matters » aldus de Canadese Minister van Industrie, geciteerd door LITVAK, I. en MAULE, G., *op. cit.*, p. 53.

(79) LITVAK, I. en MAULE, G., *op. cit.*, p. 57-58.

(80) GARREAU DE LOUBRESSE, G., *op. cit.*, p. 744.

De discriminatie strekte zich ook uit tot de betaling van de schadevergoeding. In 1968 ging Cuba ermee accoord Frankrijk een schadeloosstelling uit te keren, maar tot op heden werd nog geen vergoeding betaald voor de Amerikaanse ondernemingen of belangen (Francioni F., *Compensation for nationalisation of foreign property; the borderland between law and equity*, *I.C.L.Q.*, 1975, noot 30.

(81) BAADE, W.H., *op. cit.*, p. 23-24.

(82) CHARPENTIER, J., « De la non-discrimination dans les investissements » *A.F.D.I.*, 1963, p. 35-63.

(83) WEHSE, E., *op. cit.*, p. 199. Zie eveneens Zaphiriou, G.A., *The U.N. Economic Charter and U.S. Investment and Policy*, *Mercer Law Review*, 1976, p. 759.

(84) KEWENIG, W., *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, Athenäum Verlag, Frankfurt, 1972, p. 196.

(85) BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 111.

(86) BOSSUYT, M., *op. cit.*, p. 101.

van elke onderneming en de rol die de billijkheid vermag te spelen bij de bepaling van de schadeloosstelling, het constateren van discriminatie niet zal vergemakkelijken- en in de procedurale mogelijkheden om bijvoorbeeld het bedrag van de schadevergoeding aan te vechten. We beperken ons hier tot mogelijke discriminatie in het toepassingsgebied; de andere elementen komen verder nog aan de orde.

Moeilijkheden kunnen zich in de praktijk voordoen wanneer bepaalde sectoren die onteigend worden uitsluitend toebehoren aan personen van een bepaalde nationaliteit, of wanneer slechts één enkele vreemdeling zich met een bepaalde tak van de economie bezighoudt. Objectief is hier geen discriminatie aanwezig (87). Een speciale vorm van deze situatie kan zich voordoen wanneer een jonge onafhankelijke staat overgaat tot nationalisatie en daarbij uitsluitend goederen van onderdanen van de vroegere koloniale mogendheid worden getroffen. Vaak zal dit wegens de koloniale voorgeschiedenis niet anders kunnen.

Volstaat echter dergelijke discriminatie in toepassingsgebied om de legaliteit van de nationalisatiemaatregel aan te tasten? Daarover lopen de meningen uiteen. De meerderheid van de rechtsleer verdedigt nog steeds de verplichting tot absolute gelijkbehandeling, aldus Wehser (88). Een meer recente tendens in de rechtsleer stelt echter dat nationalisatie op dit punt slechts onwettig wordt, wanneer « *sous la couverture de nationalisation, se révèle une volonté de nuire à l'Etat étranger, c'est-à-dire qu'il y ait, en fait, détournement de procédure. La nationalisation discriminatoire consistera à utiliser la nationalisation comme sanction d'une nationalité déterminée* » (89). De onwettigheid van dergelijke nationalisatie vloeit dus niet zozeer voort uit een verschillende behandeling van vreemdelingen en eigen onderdanen, maar uit de doelstellingen van de staat.

In deze gedachtengang (90) wordt o.i. gelet op de eraan gehechte gevolgen, een onjuiste plaats toebedeeld aan de bij discriminatie aanwezige nagestreefde doelstelling, die precies één van de toetsstenen vormt om na te gaan of het gemaakte onderscheid op objectieve gronden berust. Een weinig verder in deze benaderingswijze zou een samenvallen met de « *public utility* »-vereiste liggen, met alle interpretatiemoeilijkheden vandien. Waar algemeen mag worden aangenomen dat de internationale minimumstandaard geldt ter bescherming van de vreemdelingen, gaat de hoger voorgestelde interpretatie toch wel duidelijk in tegengestelde zin omdat het oogmerk te schaden toch wel bijzonder moeilijk aantoonbaar zal zijn. Het zal voor de vreemdeling inderdaad relatief gemakkelijker zijn aan te tonen dat bij af-

(87) SUY, E., *op. cit.*, p. 125.

(88) WEHSER, E., *op. cit.*, p. 119.

(89) MARILLAT, R., « Les fondements juridiques de l'indemnisation des Français dépossédés de leurs biens par les Etats anciennement sous souveraineté, tutelle ou protectorat français », *Annales de la Faculté DES*, Lyon, II, 1973-I, p. 92.

(90) Zie ook CHARPENTIER, J., *op. cit.*, p. 51.

wegigheid van objectief aanwijsbare criteria het onderscheid bij de nationalisatie doorgevoerd een discriminatie uitmaakt, hetzij ten voordele van eigen onderdanen, hetzij ten voordele van andere nationaliteiten.

Het naleven van het non-discriminatieprincipe vermag niet de wettigheid te redden van een nationalisatiemaatregel die bijvoorbeeld zonder schade-loosstelling is uitgevoerd (91). Een bevoorrechte behandeling kunnen vreemdelingen van een bepaalde nationaliteit wel genieten op basis van de bilaterale verdragen (92). De behandeling van de andere vreemdelingen berust op de minimumstandaard.

De afwezigheid van een discriminatieverbod in resolutie 1803 (XVII), de er op volgende resoluties, en, althans wat nationalisaties betreft ook in artikel 2, paragraaf 2, alinea c van het Handvest van economische rechten en plichten van staten, verhindert nochtans niet dat het discriminatieverbod in toenemende mate mag gerekend worden tot de basisprincipes van het volkenrecht, ofschoon het in de verschillende domeinen van het internationaal recht noch dezelfde draagkracht noch dezelfde toepassing kan vinden. In verband met nationalisaties mag worden gesteld dat een meerderheid in de rechtsleer nog steeds aanvaardt dat het verbod erop van toepassing is, terwijl nationaliserende staten er soms zelf angstvallig zullen over waken dat hen geen discriminatie kan worden verweten. In het licht evenwel van vaak anders georiënteerde statenpraktijk en het ontbreken van een duidelijke stellingname door de staten terzake, moet worden erkend dat de nodige elementen om van een gewoonterechtelijk discriminatieverbod inzake nationalisaties te spreken nog niet voorhanden zijn. De onvoldoende duidelijke stellingnamen door de staten wordt o.m. in de hand gewerkt door het feit dat de aandacht bij nationalisatiegeschillen bijna uitsluitend op de kwestie van de schadevergoeding is geconcentreerd.

Wat de verhouding tot de andere legaliteitsvoorwaarden betreft, moet worden opgemerkt dat het non-discriminatoire karakter in toenemende mate vereist wordt niet alleen voor het toepassingsgebied van de nationalisatiemaatregel, maar ook voor de vereiste van « a due process of law » en de toekenning van de schadevergoeding, in dit laatste geval getemperd door de billijkheid, waarbij de meest markante en gemakkelijkst aantoonbare discriminatievorm zich op het niveau van het toepassingsgebied situeert. De laatste voorwaarde, of zo men wil beperking die aan het nationalisatierecht wordt gesteld, heeft betrekking op de schadevergoeding. Daarover wordt afzonderlijk gehandeld.

(91) MCNAIR, Q.C., « The seizure of property and enterprises in Indonesia », *N.T.I.R.*, 1959, p. 24.

(92) Zie bijvoorbeeld artikel 2 van de Brits-Egyptische overeenkomst van 11 juni 1975 (*I.L.M.* 1975, p. 1471) en artikel 4 van de Frans-Koreaanse overeenkomst van 22 januari 1975 (*J.D.I.*, 1975, p. 631).

IV. RUST ER EEN SCHADEVERGOEDINGSPLICHT OP DE STAAT DIE TOT DE NATIONALISATIE OVERGAAT ?

I. STANDPUNT VAN DE STATEN

Reeds ten aanzien van resolutie 626 (VII) — die geen vermelding over nationalisatie inhield — was door de kapitaalexporterende landen gesteld dat de ongenueanceerde en ongeconditioneerde formulering aanleiding zou kunnen geven tot de interpretatie dat nationalisatie zonder schadevergoeding geoorloofd was.

Resolutie 1314 (XIII) hield de reeds bekende zinsnede in dat door de Commissie voor permanente soevereiniteit « due regard should be paid to the rights and duties of States under international law ». De kapitaalexporterende landen zullen er bij de discussies, die uiteindelijk hebben geleid tot resolutie 1803 (XVII) er dan ook van uitgaan dat precies de plicht tot schadevergoeding bij nationalisaties tot deze « duties » behoort. De Chileense ontwerpresolutie stelde dat « In such cases, the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with internationale law » (93). Deze formulering werd door de commissie weerhouden en kwam dan ook in de definitieve tekst van de resolutie terecht. Met betrekking tot het principe zelf van de schadevergoeding was de grote meerderheid van oordeel dat staten verplicht waren schadevergoeding te betalen bij nationalisatie en zij beschouwden dit dan ook als een volkenrechtelijk principe (94).

Deze laatste vaststelling — op basis van de discussie met betrekking tot resolutie 1803 (XVII) en de latere statenpraktijk (95) — mag ons niet uit het oog doen verliezen dat « there is yet no consensus among States as to the terms or the standards governing the payment of compensation » (96).

Op de eerste UNCTAD-Conferentie in 1964 slaagden de kapitaalexporterende landen er niet in het principe vervat in resolutie 1803 (XVII) op te nemen in het derde algemeen beginsel. In latere teksten o.m. resolutie 88 (XII) van de Trade and Development Board en resolutie 3171 (XXVIII) wordt gesteld dat de staat het bedrag van de vergoeding zal bepalen (97), wat toch wel geïnterpreteerd kan worden als impliciete bevestiging van de plicht tot schadevergoeding, indien de referentie in de preambule naar resolutie 1803 (XVII) daarvoor als onvoldoende wordt aangezien.

(93) Aldus weergegeven bij GESS, K., *op. cit.*, p. 404.

(94) BANERJEE, S., *op. cit.*, p. 530 en GESS, K., *op. cit.*, p. 426.

(95) Zie verder in de uiteenzetting.

(96) BANERJEE, S., *op. cit.*, p. 543.

(97) Resolutie 3171 (XXVIII) spreekt over « possible compensation » o.i. een referentie naar gevallen die zich analoog aan het Chileense zouden kunnen voordoen. Ongeveer dezelfde formulering vinden we terug in de Economische Declaratie van de Vierde Conferentie van niet-gebonden landen te Algiers : « indemnités éventuelles » (A/9330, p. 89).

De Declaratie voortgekomen uit de Zesde Speciale Sessie van de Algemene Vergadering bevestigt uitdrukkelijk het nationalisatierecht, maar zwijgt in alle talen over de schadevergoedingsplicht (98). Kwam dit probleem dan in de Commissie ad hoc dan niet ter sprake? Het in naam van de Negen ingediende West-Duitse voorstel voor de betrokken paragraaf hield ook de vermelding van het nationalisatierecht in, maar voegde er onmiddellijk aan toe: « L'exercice de la souveraineté et des droits en question doit être conforme aux règles applicables du droit international, eu égard en particulier à l'indemnisation prompte, suffisante et efficace des propriétaires » (99). Een aantal ongunstige reacties betroffen o.m. dit element van het EEG-voorstel (100).

Ofschoon de standpunten van de staten ook verder nog zullen worden behandeld, wensen we hier toch enkele elementen aan te stippen in verband met hun concrete houding met betrekking tot de schadevergoedingsplicht (101). Twee frappante voorbeelden waarbij elke schadevergoedingsplicht uitdrukkelijk van de hand werd gewezen maar achteraf toch schadevergoeding werd betaald, vormen de Russische nationalisaties na 1917 en de Mexicaanse maatregelen in 1938 (102). In een aantal gevallen zoals bijvoorbeeld het Mexicaanse, wordt bij de overeenkomst waarin de schadevergoeding wordt geregeld, duidelijk gesteld dat daarmee het principiële standpunt met betrekking tot het al of niet bestaan van een volkenrechtelijke schadevergoedingsplicht niet wordt prijsgegeven (103). Dergelijke situaties hebben zich niet frekwent voorgedaan en het niet nakomen in concreto van de schadevergoedingsverplichting hoeft niet noodzakelijk en per se te betekenen dat men het bestaan ervan afwijst, al kan daaruit wel een begin van een weerlegbaar vermoeden in die zin worden afgeleid, waarbij moet rekening gehouden worden met alle factoren van de concrete situatie (104). Dezelfde

(98) Resolutie 3201 (S-VI), paragraaf 4, (c).

(99) A/AC.166/SR.6, p. 10.

(100) Zie bijvoorbeeld de Algerijnse en Chinese interventies: A/AC.166/SR.6, p. 12 en p. 14.

(101) Aldus de Sovjet-Russische vertegenwoordiger: A/AC.166/SR.7, p. 4.

Ook Ecosoc resolutie 1956 (LIX) spreekt over « indemnités éventuelles ».

Dezelfde eventualiteit van schadevergoeding wordt tot uitdrukking gebracht in de Venezolaanse nationalisatiewet betreffende de petroleumindustrie, waarvan artikel 13 (a) stelt: « The expropriation petition shall set forth the amount of the respective indemnification, if any... » (wij cursiveerden) (*I.L.M.*, 1975, p. 1496).

(102) Japanse en Amerikaanse delegaties eveneens de Australische delegaties: A/AC.166/SR.7, p. 6-8.

(103) De relevante bepaling van de Mexicaanse Amerikaanse overeenkomst is o.m. geciteerd bij BURKHARDT, W., *Völkerrechtliche Aspekte der Latein-amerikanischen Nationalisierungen*, Vrü, 1971, p. 298.

Een min of meer gelijkaardige voorziening, waarbij elk precedent-karakter van de getroffen regeling wordt uitgesloten, is opgenomen in een annex bij de U.S.-Hungarian Claims Agreement uit 1973: LILLICH, R., « The United States-Hungarian Claims Agreement of 1973, *A.J.I.L.*, 1975, p. 542, noot 63.

bemerking geldt t.a.v. de talrijke bepalingen in nationalisatiewetgevingen waarin de schadevergoedingsplicht is opgenomen : ook daar moet worden nagegaan of dit gebeurt op zuiver intern-rechtelijke gronden dan wel of referenties aanwezig zijn die kunnen wijzen op een uitdrukkelijke erkenning van een volkenrechtelijke plicht terzake (105). Op de formulering in het Handvest van economische rechten en plichten van staten komen we nog terug.

Waar dus in 1962 er blijkbaar toch algemene instemming bestond over de plicht tot schadevergoeding bij nationalisatie, zouden de gebruikte formuleringen in recente resoluties en de verklaringen van een aantal afgevaardigden uit de ontwikkelingslanden de indruk kunnen wekken dat dit als algemeen volkenrechtelijk betiteld principe blijkbaar niet meer zo grif wordt aanvaard juist door die landen welke het meest tot nationalisatie overgaan.

Wat de houding van de staten betreft kan worden geconcludeerd dat waar in 1962 de plicht zelf tot schadevergoeding geen voorwerp van discussie kon genoemd worden, dit in de laatste jaren in toenemende mate het geval is geweest. Dat staten uiteindelijk toch schadevergoeding betalen, betekent niet altijd en noodzakelijk dat zij dit doen in het besef van een volkenrechtelijke verplichting : contra-indicaties zijn trouwens in een aantal gevallen aanwezig. Het sluiten van protectieverdragen waarin een schadevergoedingsbelofte is opgenomen, kan evenmin steeds ondubbelzinnig als een erkenning van een volkenrechtelijke plicht worden geïnterpreteerd die zich ook buiten het toepassingsgebied van de overeenkomst zou uitstrekken, vooral gelet op de commerciële en financiële tegenprestatie waarop een kapitaalimporterend land bij een dergelijke overeenkomst kan rekenen. Tenslotte komt het ons voor dat het weglaten van het impliciet hypothetisch karakter van de schadevergoeding in de formulering van het Handvest, eerder door tactische overwegingen is ingegeven dan door de rechtsovertuiging dat er een volkenrechtelijke plicht tot schadeloosstelling bestaat.

Tevens kunnen wij ons niet van de indruk ontdoen, dat het louter formeel erkennen van een schadevergoedingsplicht op volkenrechtelijk vlak de eraan ten grondslag liggende rechtsovertuiging ernstig in gedrang brengt, wanneer men er tegelijk de nadruk op zou leggen dat door de toegepaste berekeningsmethoden deze plicht zonder inhoud zou worden.

(104) De afwezigheid van schadevergoeding aan de International Petroleum Company werd veroorzaakt door de Peruviaanse revindicatio waarvan de tegenwaarde in geld ruim de IPC-bezittingen in Peru overtrof. « The Peruvian Government recognized its *constitutional duty to pay...* » (FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 63 : wij cursiveerden). Deze duidelijke referentie naar een constitutionele schadevergoedingsplicht sluit de aanvaarding van een volkenrechtelijke regel terzake niet uit, maar moet in de meeste gevallen samen gelezen worden met de door dezelfde staat in internationale fora vertolkte opinie terzake. In concreto evenwel zou zich dergelijke vraag niet stellen, omdat de Peruviaanse regering ervan uitging dat de ganse kwestie uitsluitend door de interne Peruviaanse wetgeving werd beheerst (FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 62-63).

(105) Deze plicht kan uiteraard ook een konventioneel karakter krijgen : zie bijvoorbeeld de reeds herhaaldelijk vermelde Frans-Koreaanse en Brits-Egyptische overeenkomsten (telkens artikel 5).

Rekening houdend met dit alles zou de houding van de staten als volgt kunnen worden samengevat : een blijvende beklemtoning vanuit de geïndustrialiseerde wereld van het bestaan van een volkenrechtelijke plicht tot schadeloosstelling, met ernstige aanwijzingen voor een, wellicht tijdsgebonden, afnemende erkenning van dezelfde plicht door de ontwikkelingslanden, gesteld dat hun houding, die uiteraard pas sedert 1962 gestalte kreeg, vroeger ondubbelzinnig als rechtsovertuiging ten gunste van het bestaan ervan kan worden geïnterpreteerd.

2. STANDPUNT IN DE RECHTSLEER VERTOLKT

De vraag wordt gesteld of het nakomen van de schadevergoedingsplicht een essentiële voorwaarde is voor de wettigheid naar volkenrecht van de nationalisering (106). Dat deze vraag überhaupt opduikt is niet zo verwonderlijk gelet op de verscheidenheid van standpunten die daarover geruime tijd althans ook bij de staten bestond.

Schadevergoeding kan gezien worden als een gevolg van de nationalisatie en niet als een legaliteitsvoorwaarde ervan. Voorstanders van deze visie zijn o.m. Rolin en Touscoz (107). De reden voor het afzonderlijk beschouwen van de legale nationalisatiemaatregel en het niet betalen van de schadevergoeding, lijkt te zijn dat de schadevergoeding als geldigheidsvoorwaarde als consequentie zou hebben dat een legale maatregel zijn geldigheid verliest omdat geen vergoeding werd betaald. De logica in deze benaderingswijze lijkt wel zoek : men voert als argument juist de ganse vraagstelling aan. Bovendien wordt in deze zienswijze onvoldoende rekening gehouden met de relatieve praktische betekenis die aan een eventuele nietigheidssanctie moet worden gehecht. We zijn hierop hoger reeds ingegaan.

Fouilloux maakt o.i. onvoldoende onderscheid (108) tussen het wezenlijk geoorloofd karakter van de nationalisatie waarop de staten een in toenemende mate erkend recht kunnen laten gelden, en de o.i. hiermee verzoenbare omstandigheid dat het volkenrecht aan de uitoefening ervan toch vermag legaliteitsvoorwaarden te stellen. Ook Zöller's conclusie : « ... the condition for validity is the *promise* of compensation whose payment is to be considered as a consequence of nationalization » (109) is niet meer aan-

(106) Bij de behandeling van deze problematiek mag niet worden vergeten dat alleen nationalisatiemaatregelen die tot controverse aanleiding hebben gegeven hun weerslag in de rechtsleer hebben gevonden, terwijl de gevallen die op een voor beide partijen bevredigende wijze worden opgelost, bijna niet aan bod komen (AMMANN, U., *op. cit.*, n° 79).

(107) ROLIN, H., in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, t. 52, t. I, p. 723.
TOUSCOZ, J., *op. cit.*, in *J.D.I.*, P. 322.

(108) FOUILLOUX, G., *La nationalisation et le droit international public*, R. Pichon et R. Durand-Anzias, Paris, 1962, p. 420. De auteur stelt dat de schadevergoedingsplicht « n'est pas une condition de légalité interne de l'acte de nationalisation, mais la conséquence formelle de l'acte de nationalisation intrinsèquement légal ».

(109) ZÖLLER, A.G., *op. cit.*, p. 48.

vaardbaar. Alleen de Chileense kopernationalisaties tonen voldoende voldoende het geval van Zöller's zienswijze : de loutere belofte dat tot schadevergoeding zal worden overgegaan aanzien als legaliteitsvereiste betekent o.i. een gevaarlijke uitholling van de schadevergoedingsplicht en kan de aanloop vormen voor de niet naleving van de eis dat de vergoeding effectief moet zijn. De visie op de schadevergoeding als gevolg van de nationalisatiemaatregel lijkt te veel belang te hechten aan de elkaar in de tijd opvolgende fasen van het ganse nationalisatieproces waarbij de vergoeding meestal in laatste instantie komt en het voorafgaandelijk vaststellen en zeker toekennen ervan niet meer wordt vooropgesteld. Dit komt vooral bij Rolin goed tot uiting (110). Een zekere inkonsekwentie is gelegen in het feit dat men het nationalisatieproces als een geheel beschouwt waar de legaliteitsvereiste van de « public utility » vaak slechts kan worden geïnterpreteerd vanuit de ganse voorgeschiedenis van de verhoudingen tussen staten en investeerder, terwijl de schadevergoedingsfase uit het ganse verloop wordt gelicht om niet meer als legaliteitsvereiste te worden aangezien.

Tenslotte moet erop worden gewezen dat deze ganse benaderingswijze niet bevestigd wordt door de statenpraktijk of internationale rechtspraak (111) en dat de meerderheid van de rechtsleer vasthoudt aan de schadevergoedingsplicht als legaliteitsvoorwaarde voor elke nationalisatiemaatregel; de weigering schade te vergoeden maakt de misschien overigens niet aan te vechten nationalisatie tot een « spoliation de nature à engager la responsabilité internationale de l'Etat » (112).

Door de rechtsleer die de schadevergoedingsplicht aanvaardt, werden een aantal beginselen als theoretische grondslag naar voren gebracht. Eens het geoorloofd karakter van de nationalisatie geen probleem meer vormde, werden als argumenten ten gunste van een schadevergoedingsplicht aangehaald : de theorie van het rechtsmisbruik, de eerbied voor verworven rechten, de verrijking zonder oorzaak, de billijkheid en het sluiten van financiële accoorden waaruit de erkenning van de schadevergoedingsplicht kan worden afgeleid. We gaan op deze aangevoerde grondslagen hier niet verder in omdat de relevantie ervan bijna uitsluitend gelegen is in de weerslag op het bedrag van de schadevergoeding, maar vooral omdat de evolutie van volledige naar billijke schadevergoeding de discussie ruim aan belang heeft doen verliezen.

Aangenomen dat de opname van een schadevergoedingsplicht en het nakomen ervan wellicht door een aantal motieven zijn ingegeven waarvan de erkenning van de plicht misschien niet de doorslaggevende was, toch lijkt het

(110) ROLIN, H., *op. cit.*, in *N.T.I.R.*, p. 271.

(111) Hierbij moet men echter met een aantal feitelijke beperkingen rekening houden : zie AMMANN, U., *op. cit.*, n° 87-89.

(112) FEUER, G., « Les principes fondamentaux dans le droit international du développement » in S.F.D.I., *Colloque d'Aix-en-Provence, 1973, Pays en voie de développement et transformation du droit international*, Pedone, Paris, 1974, p. 217, n° 25.

vrij logisch de aanvaarding van de plicht af te leiden uit de discussies in de VN, de statenpraktijk en het feit dat de controverse draait rond de kenmerken van de schadevergoeding en de berekeningswijze wat toch wel impliceert dat men het over het principe is eens geworden. Zelfs één van de meest radicale landen uit de groep der 77, Algerië, heeft zijn verplichting tot schadevergoeding nog erkend bij de nationalisatie van de Franse petroleummaatschappijen in 1971 (113).

In de rechtsleer laten zich dus een aantal tendenzen afleiden waarbij de minderheid een volkenrechtelijke schadevergoedingsplicht afwijst hetzij dit zonder meer gebeurt omdat ook de andere legaliteitsvoorwaarden bij nationalisatie wegens het beweerde absoluut karakter van dit recht niet worden aanvaard hetzij men de schadevergoeding « tijdelijk » uit het ganse proces licht om ze als gevolg te beschouwen van een nationalisatie die overigens wel door andere regels wordt beperkt. In deze benaderingswijze betekent het niet-betalen van schadevergoeding helemaal geen schending van volkenrecht, die in het eerste geval nooit en in het tweede geval alleen anderszins kan plaatsgrijpen.

De meerderheid van de rechtsleer aanvaardt wel de schadevergoedingsuitkering als legaliteitsvoorwaarde waarvan de conformiteit met het volkenrecht van de getroffen maatregel onder meer afhankelijk kan zijn, is het niet eens over de grondslag en kan zich ook beroepen op een ook ten gunste van het bestaan van een dergelijke plicht interpreteerbare statenpraktijk, zich manifesterend via investeringsovereenkomsten, protectieverdragen, standpunten in internationale fora vertolkt en verklaringen afgelegd naar aanleiding van de nationalisaties zelf. Naar ons oordeel kan in de huidige situatie niet ernstig worden beweerd dat de meerderheid der staten die tot nationalisatie overgaan het bestaan van een volkenrechtelijke plicht tot schadevergoeding resoluut afwijzen. Ook op dit punt moet men er rekening mee houden dat de spectaculaire negatieve voorbeelden niet altijd representatief mogen worden genoemd. Het afleiden uit de praktijk van de erkenning van een volkenrechtelijke schadevergoedingsplicht is een complexe aangelegenheid, maar toch menen we dat uit alle relevante elementen voldoende convergentie, maar geen eensgezindheid kan worden vastgesteld om de vorming van een opinio juris aanvaardbaar te maken, geruggesteund door een overwegend conforme praktijk.

De toekomst zal evenwel moeten uitwijzen of de negatieve opstelling van een aantal staten van voorbijgaande aard is geweest dan wel of de ermee gepaard gaande « eventualiteit » van de schadevergoeding in de formulering van recente resoluties de aanloop zal vormen tot de afbrokkeling van de opinio juris die o.i. dan toch, maar moeizaam, is ontstaan sedert de aanvaarding van resolutie 1803 (XVII) die ongetwijfeld als belangrijk cristallisatiemoment van de ganse processus moet worden aangezien. In het besluit komen we hierop nog terug.

(113) Zie bijvoorbeeld ZÖLLER, A., *op. cit.*, p. 44.

V. KENMERKEN VAN DE VEREISTE SCHADEVERGOEDING

We gaan eerst even in op de standpunten terzake door de staten en in de rechtsleer vertolkt om daarna de afzonderlijke kenmerken nader te behandelen, waarbij we er ons zullen toe beperken de belangrijkste van onze conclusies in dat verband te overlopen.

1. STANDPUNTEN DOOR DE STATEN VERTOLKT

De eerste naoorlogse standpuntbepaling vinden we in de Amerikaanse reaktie op de nationalisaties in Guatemala : « Just compensation may be defined as that compensation, which, as indicated in the previous Aide-Mémoire of the United States on the present subject, is « prompt », is « adequate », and is « effective » — otherwise the payment is not just » (114).

De Chileense ontwerpresolutie bij de Commissie voor permanente soevereiniteit voorzag in « appropriate compensation », term die door de Commissie werd weerhouden en door de Algemene Vergadering in resolutie 1803 (XVII) werd overgenomen. De V.S. bleven bij hun in 1953 verdedigd standpunt wat de interpretatie van deze formulering betreft (115).

De kapitaalexporterende landen voerden als bezwaar aan dat de formulering dubbelzinnig was en niet duidelijk maakte wat bedoeld werd met « appropriate » (116). De houding van het Oostblok in deze kwestie was vrij eenvoudig : omdat er geen algemeen aanvaard beginsel inzake betaling van schadevergoeding bestaat, heeft alleen de nationaliserende staat over kenmerken en aard van een eventuele schadevergoeding te oordelen. De tekst werd reeds bij de stemverklaringen erg verschillend geïnterpreteerd zodat de dubbelzinnigheid gewoon bleef verder bestaan en elke regering zich later altijd op de vroeger door haar gegeven interpretatie kon beroepen. Het is duidelijk dat resolutie 1803 (XVII) reeds in zich de kiem droeg van latere controverse betreffende de betekenis van de term « appropriate » en de inhoud van volkenrechtelijke regels die deze schadevergoedingsplicht nauwkeuriger zouden moeten omschrijven. Men verkoos een grote meerderheid voor de resolutie en liet daarom pogingen tot verdere omschrijving varen, daarmee de deur wijd open zettend voor interpretatie- en toepassingsmoeilijkheden.

(114) Aldus weergegeven bij HYDE, J., *op. cit.*, p. 864.

De visie van andere staten wordt geschetst bij de bespreking van de afzonderlijke kenmerken van de schadevergoeding. We kozen hier het Amerikaanse standpunt, omdat de discussie zich precies rond deze formulering heeft afgespeeld.

(115) GESS, K., *op. cit.*, p. 427.

(116) BANERJEE, S., *op. cit.*, p. 529.

De twee tendenzen die zich reeds in 1960-1962 aftekenden, kwamen steeds duidelijker aan het licht en werden o.m. verdedigd op de twaalfde zitting van de Unctad Trade and Development Board. Van de zijde der ontwikkelingslanden werd gesteld dat de onteigeningsmaatregel zelf, het bepalen van de schadevergoeding en alle geschillen die zich konden voordoen tot de uitsluitende bevoegdheid van de staat behoorden : men wilde wel aanvaarden dat een « fair compensation » moest worden betaald, maar wat « fair » inhield, daar had het internationaal recht niets over te zeggen. De grote verscheidenheid in standpunten en praktijk zouden bovendien niet toelaten hierin enige lijn te trekken (117). De compromisoplossing, namelijk de toevoeging aan paragraaf 2 van de ontwerp-resolutie van de zinsnede « without prejudice to what is set forth in General Assembly resolution 1803 (XVII) » werd door de kapitaalexporterende landen als onbevredigend bestempeld (118). Het is dan ook niet verwonderlijk dat deze landen zorgden voor de tegenstemmen en de onthoudingen.

In het licht van deze laatste discussie duikt weer de vraag op naar de waarde van de recitering van vorige resoluties, waarbij dan toch moet worden vastgesteld dat de formulering van resolutie 88 (XII) « without prejudice... » duidelijker is en wellicht een graad verschil vertoont met het in resolutie 3016 (XXVII) en resolutie 3171 (XXVIII) gebruikte « recalling ». De onbevredigende situatie geschapen naar aanleiding van resolutie 88 (XII), waarbij wel naar resolutie 1803 (XVII) wordt verwezen, maar tevens uit de verklaringen blijkt dat niet iedereen de erin vervatte principes nog onderschrijft, vormt, — samen wellicht met het ontbreken van elke vermelding naar volkenrechtelijke normen — de reden voor het weerkerend hoog aantal onthoudingen bij resolutie 3016 (XXVII) en 3171 (XXVIII), waartoe steeds ongeveer dezelfde groep kernlanden behoort (119).

Resolutie 3171 (XXVIII) sluit aan bij resolutie 88 (XII) van de Trade and Development Board wat betreft de bevoegdheid van de staat over de schadevergoeding, na toevoeging van het reeds eerder vermelde adjectief « possible compensation » waardoor het principe zelf van de schadevergoeding opnieuw op de helling kan worden geplaatst.

De declaratie van de Zesde Speciale Sessie van de Algemene Vergadering spreekt niet over schadevergoeding en kan dus uiteraard geen opheldering verschaffen over de normen die deze kwestie beheersen. In dit verband weze

(117) De visie van Uruguay, weergegeven in UNCTAD : « Permanent Sovereignty over Natural Resources », *J.W.T.L.*, 1973, p. 380.

(118) « (the) mere reference to the General Assembly resolution did not adequately reflect the principles set out in that resolution, especially with respect to international law, arbitration and international adjudication » (*J.W.T.L.*, 1973, p. 382).

(119) Daartoe behoorden o.m. België, Denemarken, Italië, Japan, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Portugal, Zuid-Afrika, Spanje en de V.S. Ierland stemde voor resolutie 3016 (XXVII) maar onthield zich bij resolutie 3171 (XXVIII), terwijl het Verenigd Koninkrijk zich onthield bij de eerste resolutie maar de tweede maal tegenstemde (Zie *I.L.M.*, 1973, p. 228 en *I.L.M.*, 1974, p. 240).

eraan herinnerd dat het EEG-voorstel, waarin duidelijk werd gehandeld over « l'indemnisation prompte, suffisante et efficace » (120) — en dus de onduidelijkheid van de term « appropriate » werd vermeden en werd aangeknoopt bij het o.m. door de V.S. verdedigde standpunt uit 1962 met de vervanging evenwel van « adequate » door « suffisante » — niet werd aanvaard. Later zal worden nagegaan of de werkzaamheden van de werkgroep op dit punt enige vooruitgang hebben gebracht.

2. STANDPUNTEN IN DE RECHTSLEER VERDEDIGD

Met betrekking tot de kenmerken van de schadevergoeding biedt de rechtsleer dezelfde verscheidenheid van terminologie en interpretatie als de uiteenlopende statenpraktijk. Alvorens enigszins verder hierop in te gaan, kan nu worden gesteld dat de interpretatie en toepassing van schadevergoedingscriteria, if any, aan de particuliere situatie van elke nationalisatie gebonden is, waarbij recent meer rekening wordt gehouden met de belangen van de staat die tot de maatregel besluit (121) en de omstandigheden waarin de investering heeft plaatsgehad. Precies hierdoor is het bijzonder moeilijk uit de statenpraktijk elementen te halen die als richtsnoer zouden kunnen dienen om de karakteristieken van de schadevergoeding nader te omschrijven: maximaal kunnen wellicht nog niet definitieve tendenzen worden geschetst.

Uiteraard zal discussie over door het volkenrecht gestelde karakteristieken aan de schadevergoeding zich slechts kunnen voordoen, wanneer men zich houdt aan de bepaling uit resolutie 1803 (XVII) « and in accordance with international law ». Laat men de vaststelling en regeling van de schadevergoeding volledig binnen de nationale bevoegdheid vallen, dan stellen er zich geen problemen in de ogen van de uit ontwikkelingslanden afkomstige rechtsleer die dan zal volstaan met de visie dat het « just » of « appropriate » karakter — indien aanvaard — van schadevergoeding door de nationale overheid zal worden uitgemaakt.

(120) A/AC.166/SR.6, p. 10.

(121) In een aantal gevallen werden de kredieten vereist om de schadevergoeding te kunnen uitkeren precies verstrekt door de staat wiens onderdanen door de nationalisatiemaatregel in hun bezittingen werden getroffen (MINTZ, N., « An Economic Analysis of International Expropriation of Property », in LILLICH, R.B., (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law* », II, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1973, p. 18, noot 2. Zie bijvoorbeeld in dit verband de rol toegekend aan het verlenen van de status van de meest begunstigde natie naar aanleiding van de Amerikaans-Hongaarse schadevergoedingsovereenkomst (LILLICH, R., *op. cit. in A.J.I.L.*, 1975, p. 557, noot 169). Noteer ook de merkwaardige Tsjechische houding terzake met een mogelijke weerslag op het bedrag van de uit te keren schadevergoeding (LILLICH, R., *op. cit. in A.J.I.L.*, 1975, p. 558).

Wat het geschil betreft tussen de V.S. en de Chinese Volksrepubliek zou alleen een globaal handelsaccord voor de vreemde deviezen kunnen zorgen nodig om de schadevergoeding uit te betalen (RIEGER, R.F., *op. cit.*, p. 739).

Worden het bedrag en de berekeningswijze unilateraal in de nationalisatiewet vastgesteld en door het intern recht als « just » aangezien, dan verhindert deze omstandigheid niet dat « le caractère « juste » de l'indemnité prévue par la loi en ce qui concerne les étrangers doit être apprécié selon le droit international » (122). De rol die de diplomatieke bescherming in het schadevergoedingsproces kan spelen — en waarbij de juridische argumenten vaak niet beslissend zijn — heeft tot gevolg dat men vergeefs in de aldus bereikte accoorden zoekt naar « l'expression d'une règle générale qui donne, ne varietur, la mesure de la juste indemnité de nationalisation » (123).

De rechtsleer die tevens de rol van het internationaal recht inzake vaststelling van schadevergoeding aanvaardt, vertoont lichte schakeringen wat de verhouding tot het nationaal recht betreft. Volgens de enen bezit de nationale wetgever een primaire opdracht terzake, later te toetsen aan de internationale praktijk (124). Anderen staan een positieve volkenrechtelijke tussenkomst voor, via nationale wetgeving aan de concrete situatie aan te passen (125). Deze een weinig verschillende benadering vloeit wellicht voort uit een andere visie op de relatie nationaal recht — internationaal recht in het algemeen, en zal ook daarom in meerdere of mindere mate gehoor vinden bij de ontwikkelingslanden.

Vastgesteld kan ook worden dat volgens de enen alleen de internationale verplichting wordt erkend vreemde investeerders dezelfde behandeling te geven als de eigen onderdanen wat niet noodzakelijk voordelig uitvalt voor de vreemdelingen. Volgens anderen vormt de plicht tot dadelijke, adequate en effectieve vergoeding een duidelijk principe van internationaal recht. Toch mag niet uit het oog worden verloren dat de vroeger slechts door een relatief gering aantal staten betwiste rol van het internationaal recht inzake vaststelling van schadevergoeding niet meer algemeen wordt aanvaard. De tegenstellingen die zich in dit verband steeds duidelijker manifesteren lijken elk compromis uit te sluiten en tonen op hun beurt aan dat de universaliteit van een aantal volkenrechtelijke beginselen steeds verder in vraag kan worden gesteld.

Ons komt het voor dat, wanneer men de nationale wetgever principieel en exclusief bevoegd maakt over de aard van de schadevergoeding en daarna een test door de internationale praktijk voorstaat, dit zou kunnen verantwoord worden door de beweerde onmogelijkheid om over de kenmerken van de schadevergoeding in het volkenrecht eensgezindheid te bereiken. Dit argument heeft, terecht menen we, gespeeld bij de kwestie van de « public utility », maar zou wat de schadevergoeding betreft de beoogde rechtsbesc-

(122) FOUILLOUX, G., *op. cit.*, p. 426.

(123) FOUILLOUX, G., *op. cit.*, p. 427.

(124) MUGHRABY, M.A., *Permanent sovereignty over oil resources, The Middle East Research and Publishing Centre*, Beirut, 1966, p. 30.

(125) VICUNA, F.O., « Some international law problems posed by the nationalization of the copper industry by Chile », *A.J.I.L.*, 1973, p. 723-724.

herming een ernstige klap kunnen bezorgen. Immers, de toetsing, die uit de aard van de zaak steeds achteraf zal gebeuren, zou enerzijds bij gebrek aan elke minimaal volkenrechtelijk richtsnoer terzake een bijzonder hachelijke onderneming worden, maar zou bovendien wellicht niet door de betrokken staat worden aanvaard, vooral omdat deze toetsing bijna uitsluitend via de vreemde nationale rechtbanken zou lopen.

Het vasthouden aan een minimaal volkenrechtelijke gedragslijn hoeft ten eerste niet noodzakelijk elke flexibiliteit in de toepassing ervan uit te sluiten, biedt bovendien een toetsingsinstrument wanneer de toepassing door de staten achteraf tot betwisting aanleiding geeft, en lijkt ons meer in overeenstemming te zijn met de door de volkenrechtelijke tussenkomst beoogde doelstelling, met name een billijk evenwicht na te streven tussen de belangen van de nationaliserende staat en van de vreemde investeerders. Algemeen is dit ook de normale gang van zaken wanneer een activiteit uit de staatsfeer aan volkenrechtelijke beperkingen is onderworpen. De stelling die pleit voor soevereine behandeling door staten, met controle achteraf, gaat weliswaar niet uit van de afwezigheid van volkenrechtelijke bevoegdheid terzake, en staat, wat dit betreft, niet gelijk met de visie die de staat volledig discretionaire bevoegdheid toekent, maar houdt in zich het reële gevaar naar deze stelling toe te drijven wegens ontoereikende werking van internationale toetsing, ontoereikendheid die op haar beurt mede wordt veroorzaakt door de aanvaarde afwezigheid van elke toetsingsnorm.

Bovendien kan met evenveel reden worden aangevoerd dat, zoals de traditionele standaard ook de exclusieve bevoegdheid van de nationaliserende staat (nog) geen algemeen door staten aanvaarde visie is. De ernstige bezwaren door de geïndustrialiseerde wereld geformuleerd, verhinderen voorsnog dat hier van een zich ontwikkelende opinio juris zou kunnen worden gesproken. De afbrokkelende universaliteit zowel van de primauteit van de volkenrechtelijke regels terzake als van de aanvaarde volkenrechtelijke regels zelf (al wordt in dit verband beter gesproken over een aksentsverschuiving) vertoont met betrekking tot nationalisaties dit specifieke kenmerk dat de relevante regels precies bijna alleen kunnen worden nageleefd door die staten welke het bestaan ervan betwisten, terwijl aan de regels wordt vastgehouden door de staten die op dit terrein eerder de passieve statenpraktijk daarstellen. En dit betekent ongetwijfeld een bijkomende fundamentele moeilijkheid om enige eensgezindheid in de statenpraktijk vast te stellen.

3. DE NOTIE « PROMPTE COMPENSATION »

Het is duidelijk dat de « effectiveness » ondermeer geconditioneerd wordt door de « promptness » waarmee de schadevergoeding wordt vastgesteld en geregeld. Vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding zal uiteraard enige tijd vergen ofwel omwille van de steeds aanslepende onderhandelingen daarover tussen de staat en de betrokken maatschappijen hetzij dat het

unilateraal vastgestelde bedrag door de maatschappij voor de interne rechtsorde werd betwist (126).

Het is uiteraard ook mogelijk dat de uitbetaling zelf van de schadevergoeding de « promptness » ervan in gevaar brengt doordat de staat zich beroept op zijn algemene financieel-economische toestand die hem niet toelaat binnen een redelijke termijn tot betaling over te gaan (127).

Algemeen kan worden gesteld dat de staat beschikt over een « reasonable period » (128). Een grond van waarheid steekt in het voorstel deze periode af te stemmen op krediettermijnen in de internationale handelsbetrekkingen (129). Deze benadering zou evenwel niet op alle gevallen van toepassing kunnen zijn : de haalbaarheid en wenselijkheid van een dergelijke termijn is bijvoorbeeld helemaal niet zonder twijfel met betrekking tot een o.m. door het bedrag belangrijke schadevergoedingscontroversie : « ... China may not be willing to accept such a long-term debt » (130). Bovendien kan worden aangevoerd dat de conditionering van schade vergoedingsovereenkomsten aan toekenning o.m. van commerciële voordelen (131) eerder een reductie van de betalingsstermijn in de hand zou moeten werken.

(126) In een aantal gevallen nam de vaststelling van de schadevergoeding relatief weinig tijd in beslag : bijvoorbeeld werden de onderhandelingen tussen Boliviaë en Bolivian Gulf Oil Company afgesloten minder dan een jaar na de nationalisatiemaatregel (RADMANN, W., *Nationalisations in Bolivia; Gulf Oil Investments. Negotiations, Patterns and Settlements Agreements*, Vrù 1972, p. 283-286), ofschoon deze overeenkomst slechts tijdelijk bleek te zijn door een regimewijziging.

De nationalisatie door Koeweit van de vreemde petroleummaatschappijen Gulf Oil en British Petroleum ging bijna gelijktijdig, in een zelfde proces van overname en onderhandeling, gepaard met de betaling van schadeloosstelling (*R.G.D.I.P.*, 1975, *Chronique des faits internationaux*, p. 802).

(127) Het rekening houden met de betalingscapaciteit van de nationaliserende staat, en de daaruit voortvloeiende spreiding van betaling zijn door billijkheidsoverwegingen ingegeven (ALBONICO, D., « La place de l'équité et de l'enrichissement sans cause dans le calcul de l'indemnisation en cas de nationalisation », *Revue Egyptienne de Droit International*, 1973, p. 203. Uitstel van betaling afhankelijk stellen van het goed gedrag van de genationaliseerde onderneming kan betekenen dat de getroffen maatschappij een van de weinige verweermiddelen wordt ontnomen indien ongehinderde export daartoe wordt gerekend. (N. GIRVAN, « Expropriating the Expropriators; Compensation Criteria from a Third World Viewpoint » in LILICH, R.B. (Ed. & Contr.), *Valuation of Nationalized Property in International Law*, III, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1975, p. 173). Een beroep op vreemde nationale jurisdicties wellicht o.m. wegens onvoldoende schadevergoeding zou als zodanig door de nationaliserende staat worden geïnterpreteerd.

(128) AMERASINGHE, G., *op. cit.*, p. 162.

Een op de ganse schadevergoeding betrekking hebbende redelijkheid werd, na de nationalisatie van Demerara Bauxite Company (Demba) in de grondwet van Guyana opgenomen ter vervanging precies van de formulering « the prompt payment of adequate compensation » (aldus vermeld bij LITVAK, I. en MAULE, G., *op. cit.*, p. 53).

(129) O'KEEFE, P.J., *op. cit.*, p. 269.

(130) REDICK, C.F., « The Jurisprudence of the Foreign Claims Settlement Commission : Chinese Claims », *A.J.I.L.*, 1973, p. 739.

(131) Zie de artikels van LILICH, R., in *A.J.I.L.*, 1975.

De vaststelling en dus ook de uitbetaling van schadevergoeding kunnen echter ook doelbewust worden uitgesteld tot de met de nationalisatie tevens beoogde politieke objectieven binnen het bereik liggen. Dit was volgens de meeste commentatoren het geval bij de Indonesische nationalisatie van Nederlandse eigendommen (132). Zonder evenwel dezelfde draagwijdte te krijgen als de twee andere elementen, is de « promptness » toch van die aard, dat de schadevergoeding in haar geheel in diskrediet kan worden gebracht.

Rekening houdend met de noodzakelijke samenhang tussen de verschillende kenmerken van de schadevergoeding, kan toch wat de « promptness » afzonderlijk betreft, worden gesteld dat een algemene in concrete termen van tijdsduur uitgedrukte regel niet voorhanden is (133). Voorafgaandelijke uitbetaling en wellicht ook voorafgaandelijke vaststelling van de schadevergoeding worden niet meer als haalbare vereisten beschouwd. Het gaat, zoals bij de andere kenmerken, om een regel die sterk casuïstisch gebonden is, met dit verschil dat voor de andere elementen toch nog enige aanknopingspunten kunnen worden geformuleerd. Het betreft hier bij uitstek een kenmerk van de schadevergoeding waar de redelijkheid en goede trouw in staat moeten worden geacht de grenzen te bepalen, en dit brengt met zich dat een niet meer als aanvaardbaar te beschouwen spreiding van uitbetaling (waarbij rekening kan worden gehouden met de kwantiteit en vorm van de schadevergoeding, met de betalingscapaciteit van de nationaliserende staat en o.m. ook met de evolutie van de kredietvoorwaarden in de internationale handel) en/of doelbewuste uitstel ervan (wat op zijn beurt dan weer een samenhang kan vertonen met de « public utility »-vereiste) de « promptness »-voorwaarde niet meer ernstig kunnen waarmaken.

Waar het niet-nakomen van de schadevergoedingsplicht duidelijker aanleiding geeft tot internationale aansprakelijkheid, moet met betrekking tot deze « promptness »-voorwaarde worden erkend dat precies de bijna onvermijdelijke afwezigheid van een concrete regel terzake het bijzonder moeilijk maakt de aansprakelijkheidsgraad vast te stellen wanneer er daadwerkelijk schadevergoeding wordt uitgekeerd, maar een « reasonable period of time » daarbij wordt overschreden. Het is precies bij deze vraag dat de verwevenheid van de drie kenmerken een belangrijke rol zou kunnen spelen.

Men mag ook niet uit het oog verliezen dat de termijnen voorzien in lump sum agreements o.m. door de globalisatie relatief gesproken meer verantwoord kunnen zijn dan dezelfde spreiding van betaling rechtstreeks door de

(132) De uitkering werd in casu bovendien afhankelijk gesteld van « the succesful exploitation of the enterpreses nationalized » (McNAIR, Q.C., *op. cit.*, p. 252). Deze voorwaarde is eigenlijk indirect eveneens aanwezig in die gevallen waarbij de fondsen voor de schadevergoeding gehaald worden uit de winsten die de genationaliseerde onderneming zal opleveren : een al te strakke binding op dit vlak kan evenwel de adequaatheid van de schadevergoeding in het gedrang brengen, gelet op de ermeestal mee gepaard gaande lange betalingstermijnen; en dit des te meer wanneer de door de nationalisatie getroffen onderneming niet verder haar medewerking verleent of kan (mag) verlenen aan de commercialisatie.

(133) Zie ook AMMANN, U., *op. cit.*, n° 143.

nationaliserende staat aan de getroffen ondernemingen. Kan in redelijkheid worden aangenomen dat omstandigheden in een bepaalde situatie tamelijk ruime spreiding van betaling noodzakelijk maken, dan moet er o.i. voor gezorgd worden dat de verleende intrest een dergelijk niveau bereikt dat het gevaar meteen ook de adekwaatheid van de schadevergoeding aan te tasten, tot een minimum wordt herleid (134).

Als er in de recente praktijk dan toch een constante wordt gevonden dan moet die gesitueerd worden op het vlak van de vaststelling van het bedrag van de schadevergoeding en de betalingsmodaliteiten, waarbij de ganse processus van nationalisatiemaatregel in se, aanbod voor schadevergoeding, mogelijkheid van beroep en uiteindelijke vaststelling van het bedrag zoveel mogelijk binnen een relatief, korte tijdspanne moeten geschieden. Op het vlak van de vaststelling van het bedrag zou een dergelijke tendens bij voortzetting kunnen beantwoorden aan de vereiste van « reasonable period » in vergelijking met de soms lang aanslepende controversen daarover die zich ook reeds in de praktijk hebben voorgedaan. De toekomst zal moeten uitwijzen of dezelfde trend zal kunnen worden onderkend in de spreiding van betaling, via het vaststellen van bepaalde maxima gekoppeld aan een internationaal gangbare intrest.

4. DE NOTIE « EFFECTIVE COMPENSATION »

« Daadwerkelijk is de schadevergoeding wanneer de persoon, waarvan de goederen werden onteigend, over de compensatie kan beschikken. De uitgekeerde vergoeding moet voor hem waarde hebben, en, zo hij zich in het buitenland bevindt, transfereerbaar zijn » (135). De effectiviteit vormt ongetwijfeld de grondslag om de schadevergoeding die werd toegekend te evalueren. Uitkeringen in natura brengen de mogelijkheid met zich tot uit-

(134) Zie eveneens de bijzonder treffende illustratie die wordt gevormd voor de Amerikaans-Hongaarse overeenkomst voor de verwevenheid van « promptness » en « adequateness » van de schadevergoeding (LILLICH, R., *op. cit. in A.J.I.L.*, 1975, p. 555 en noot 165). Voor een globale benadering van deze problematiek zie ROSENN, K.S., « Expropriation, Inflation and Development », *Wis. L. Rev.*, 1972, p. 845 e.v.

(135) SUY, E., *op. cit.*, p. 127.

In dezelfde zin AMMANN, U., *op. cit.*, n° 138-139. Contra wat de transfereerbaarheid betreft: KAHN, PH. Note, *J.D.I.*, p. 235. Ons komt het evenwel voor dat het loslaten van de transfereerbaarheidsvereiste niet wordt bevestigd door de statenpraktijk en de draagwijdte van de schadevergoedingsplicht in haar wezen zou aantasten. Zeker wanneer de schadevergoeding in een tussenstaatse overeenkomst wordt geregeld, is er geen probleem van transfereerbaarheid. In overeenkomsten met genationaliseerde maatschappijen bieden redelijke betalingstermijnen een begin van oplossing. De visie van Kahn doet naat ons oordeel de balans van een moeilijk bereikbare billijke afweging van belangen onnodig en buitenmatig overhellen ten voordele van de nationaliserende staat.

holling van de ganze schadevergoedingsplicht, alhoewel dit er natuurlijk niet steeds moet op uitdraaien (136) (137).

Wanneer Touscoz echter de mogelijkheid vermeldt dat de staat die tot de nationalisatie overgaat de betaling van de schadevergoeding verbindt aan bijvoorbeeld een plicht tot reïnvesting ter plaatse (138) dan lijkt ons de aanvaarding van deze mogelijkheid en de als voorbeeld geciteerde verplichting het effectiviteitsprincipe aan te tasten. Een dergelijke nationale reglementering zou dus volstaan om de naleving van de erkende schadevergoedingsplicht voor de staat bijna tot een formaliteit te maken. Bovendien maakt het eigen karakter van een nationalisatie die een gehele sector van de economie betreft, het voor een genationaliseerde maatschappij bijzonder moeilijk tot reïnvesting in een volkomen andere sector over te gaan (139). Anderzijds is het ook zo dat onmogelijkheid tot reïnvesting en transfereerverbod van nationale deviezen de effectiviteitsvereiste volledig ondermijnen.

Algemeen geldende regels in verband met effectiviteit beneden welke volkenrecht wordt geschonden, kunnen niet worden afgeleid uit de statenpraktijk, daarvoor en daarom is de beoordeling sterk aan de omstandigheden van het concrete geval gebonden. Maar de hoger weergegeven leidraad lijkt ons toch wel nodig wil men de schadevergoedingsplicht valoriseren. O.i. kunnen betalingsbalansmoeilijkheden wél worden aangevoerd wanneer men de « promptness » behandelt en mag het bedrag van de schadevergoeding evident ook door de financiële capaciteit van de nationaliserende staat worden beïnvloed, maar het betrekken van dergelijke factoren op de mildering van de effectiviteitsvereiste zou de betekenis van de schadevergoedingsplicht ernstig in het gedrang kunnen brengen, precies omdat ze

(136) Voor voorbeelden zie o.m. AMMANN, U., *op. cit.*, n° 142.

Zie eveneens PRZETACZNIK, F., « Responsibility of States for nationalization », *Revue de Sciences Diplomatiques et Politiques*, (Genève), 1973, p. 183.

Zie eveneens o.m. FRANCONI, F., *op. cit.*, p. 282-283.

In de Brits-Egyptische en Frans-Koreaanse investeringsgarantieovereenkomst wordt gesproken over « effectively realizable » en « effectivement versée » (respectievelijk artikel 5, 1 en artikel 5, 2). In beide gevallen wordt eveneens de vrije transfereerbaarheid van de schadevergoeding voorzien.

(137) In de rechtsleer heeft zich een ganze discussie afgespeeld ten aanzien van de vraag of de vergoeding moet worden uitgekeerd in munt van de nationaliserende staat, van de staat wiens onderdaan door de maatregel werd getroffen of in munt van een derde staat. Ingestemd kan worden met Foighel « that the problem seems to have solved itself since in most cases payment was effected by means of a release of frozen capital in the hands of the claimant State or by a percentage levy on export proceeds, so that the foreign claimants received compensation in their national currency » (Aldus geciteerd en bijgetreden door WHITE, G., *Nationalization of foreign property*, Stevens & Sons Ltd., London, 1961, p. 242. Voorbeelden van dergelijke bevroeringsprocedures deden zich o.m. voor met betrekking tot in de V.S. aanwezige Cubaanse en Chinese fondsen (LILICH, R., *op. cit. in A.J.I.L.*, 1975, noot 13 en p. 740 : wat de Chinese Volksrepubliek betreft zou het vrijmaken van deze gelden slechts 50 % van de schadevergoeding uitmaken).

(138) TOUSCOZ, J., *op. cit. in J.D.I.*, P. 326.

(139) Over deze problematiek zie o.m. AMMANN, U., *tp. cit.*, n° 140.

de vreemde investeerder valse rechtszekerheid biedt, die op elk ogenblik naar goeddunken van de staat in elkaar kan storten.

5. DE NOTIE « ADEQUATE COMPENSATION »

Dit element van de schadevergoeding is nauw verbonden met het vorige omdat het er samen met de « promptness » de grondslag voor vormt, maar heeft eerder betrekking op de kwantiteit van de schadevergoeding. Meteen ook komen de verschillende mogelijkheden tot valuatie van de genationaliseerde eigendommen aan bod. Tegen de vroeger verdedigde eis van volledige schadevergoeding wordt nu steeds meer als bezwaar aangevoerd dat de socio-economische hervorming waartoe de nationalisatie als middel wordt aangewend, dan bijna onmogelijk wordt gemaakt en aldus de nationale soevereiniteit van de staat in het gedrang kan worden gebracht.

Het loslaten van de vereiste tot volledige schadevergoeding neemt niet weg dat « it must bear a reasonable relation to the value of the property transferred » (140). Ofschoon moet worden erkend dat de aanvaarding van compromisregelingen niet noodzakelijkerwijze een reductie van de traditionele standaard hoeft te betekenen — ook al omdat de betrokken staten vóór de aanvaarding van de regeling protesten hebben geformuleerd (141) — kan anderzijds moeilijk worden geloofd dat bijvoorbeeld deze lump-sum agreements een belangrijk element in de statenpraktijk uitmaken en mede een nieuwe interpretatie van de traditionele standaard helpen mogelijk maken.

Ons komt het voor dat de wekerende principiële stellingnamen moeten gelezen en gerelativeerd worden in het licht van de aangenomen pragmatische houding, terwijl deze laatste precies omwille van de officiële standpuntbepalingen niet zonder meer als geldend recht kan worden omschreven (142). Deze moeilijkheden spruiten voort uit de overgangsfaze

(140) WHITE, G., *op. cit.*, p. 13. Zie eveneens MURPHY, C.F., jr., « Limitations upon the Power of a State to determine the amount of Compensation Payable to an Alien upon Nationalization » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 52.

Zie in dezelfde zin de Rechtbank te Rome na de Iraanse nationalisaties (*I.L.R.*, vol. 22 (1955) p. 36. Volgens de rechtbank wees ook het gebruik van de term « equitable » in dezelfde richting. De invloed van de billijkheid heeft zich sinds 1962 duidelijk laten voelen zowel in de kwantiteitsvereiste van de schadevergoeding als in de berekeningsfactoren bij de valuatie.

(141) O'CONNEL, D.P., *International Law*, Stevens & Sons Ltd., London, 1970, 2^e Ed., p. 783.

(142) Een verstrakking in de principiële stellingnamen zou op haar beurt dan weer in de hand worden gewerkt, wanneer de pragmatische houding, waarbij o.m. tot partiële schadevergoeding wordt overgegaan, aanleiding vormt tot een beroep op de estoppel-doctrine. Deze situatie heeft zich voorgedaan in de Amerikaans-Hongaarse onderhandelingen met het oog op het afsluiten van een schadevergoedingsovereenkomst (LILLICH, R., *op. cit. in A.J.I.L.* 1975, p. 558). De aan lump-sum agreements voorafgaande officiële stellingnamen moeten dan o.m. ook worden gezien als pogingen om dergelijke conclusie uit de pragmatische houding tegen te gaan. De standpunten door de kapitaalexporterende landen ingenomen tijdens de werkzaamheden die

waarin zich ook deze sector van het volkenrecht bevindt — een proces van waarbij conventioneel optreden, unilaterale standpuntbepalingen en pragmatische overwegingen uiteindelijk toch zullen moeten leiden tot de vorming van een nieuwe consensus — maar verhinderen anderzijds niet dat naar elementen wordt gezocht die een begin van oplossing zouden kunnen uitmaken.

Met betrekking tot deze verschuiving van volledige schadevergoeding weg, moet er toch nog op gewezen worden dat de trend in de praktijk van de andere rechtstreeks betrokken staten, met name deze die actief tot de nationalisatie overgaan, — praktijk die zich ook manifesteert in de met de getroffen ondernemingen gesloten overeenkomsten — onmiskenbaar een bijna permanente karakter is gaan vertonen, terwijl anderzijds dit partiële kenmerk van de uitgekeerde schadevergoeding dan weer moet worden genuanceerd in het licht van andere evoluties in de internationale economische relaties wanneer bovendien aan de getroffen maatschappijen een regelmatige, aan marktprijs gekoppelde bevoorrading in grondstoffen wordt gegaarandeerd (143).

De terminologie gehanteerd in de statenpraktijk om dit kenmerk van de schadevergoeding te omschrijven is zeer uiteenlopend. Zo is er bijvoorbeeld de Argentijnse grondwet die in 1819 sprak over « just compensation » maar waar sinds 1853 alleen de vereiste van « prior compensation » wordt gesteld. In feite komt het nog steeds op hetzelfde neer, « for implicit in the Argentine juridical concept of compensation is the requirement that it be « just » (144). Dezelfde bewerking gaat op voor de Braziliaanse constitutionele bepalingen (145). Soms worden zelfs verschillende omschrijvingen gebruikt met betrekking tot kort na elkaar genomen nationalisatiemaatregelen; zo zouden de regeringbesluiten van 1 januari 1975 in Ethiopë, waarbij de verzekerings — en bankinstellingen werden genationaliseerd, aanleiding geven tot « une compensation appropriée » terwijl een gelijkaardige beslissing van 3 februari 1975 met betrekking tot een aantal andere maatschappijen, aanspraken deed

hebben geleid tot de aanvaarding van het Handvest zijn vermoedelijk o.m. door dergelijke overwegingen ingegeven. Over de bijdrage van de lump-sum agreements tot de verschuiving in de interpretatie van de traditionele standaard zie o.m. Seidl-Hohenveldern, I., *Austrian practice on lump-sum compensation by treaty*, *A.J.I.L.*, 1976, p. 765, p. 767 en p. 777.

Zie eveneens AMERASINGHE, C.F., « The quantum of Compensation for Nationalized Property » in LILICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of Nationalized Property in International Law*, III, p. 108-110.

(143) Zie bijvoorbeeld de regeling tussen Saoedi-Arabië en Aramco : CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1974, p. 693.

Zie eveneens E/C.7/53, § 9 : « In many cases, compensation payments alone give an incomplete picture of the terms on which the takeover of a foreign affiliate is settled. The former parent company may continue to enjoy a preferential position for possible profit through price, operation, supply or marketing agreements with the nationalized companies. Such agreements are very often part of settlement contracts ».

(144) ROSENN, K.S., « Expropriations in Argentina and Brazil : theory and practice », *Virginia Journal of International Law*, 1975, p. 279.

(145) ROSENN, K.S., *op. cit.*, p. 280.

ontstaan op « une compensation équitable » (146). Anderzijds moeten worden vastgesteld dat vanuit de kapitaalexporterende landen toch nog sterk wordt vastgehouden aan de adekwaatheidsvereiste zowel bij unilateraal optreden (147) als in investeringsgarantieovereenkomsten (148).

Het effectiviteitsprincipe maakt het noodzakelijk dat de adekwaatheid of redelijkheid van een schadevergoeding voor elk geval afzonderlijk moet beoordeeld worden, waarbij het helemaal niet uitgesloten is dat wat als een redelijke schadeloosstelling werd vooropgesteld veel meer beantwoordt aan de vereisten o.m. door de billijkheid gesteld dan schadevergoedingen die precies onder dit embleem werden vastgesteld en uitgekeerd.

Rekening houdend met de evoluerende statenpraktijk terzake mag worden aangenomen dat, na het loslaten van de eis tot volledige schadevergoeding, zich een redelijke consensus begint te vormen rond een interpretatie van het kenmerk « adéquate » (waarbij onze voorkeur evenwel uitgaat naar de kwalificatie « just », omdat de recente tendens tot billijke belangenafweging daarin beter tot uitdrukking wordt gebracht, ofschoon de gebruikte formulering uiteraard niet van kapitaal belang moet worden geacht) die toelaat de meest ruime waaier van omstandigheden in rekening te brengen bij het vaststellen van het schadevergoedingsbedrag.

De nieuwe oriëntering van het investeringsgedrag, met name ook bij te dragen tot de socio-economische ontwikkeling van het gastland is hierbij ongetwijfeld van betekenis. Ons komt het voor dat de adekwaatheid van de schadevergoeding, in de ogen van beide partijen, alleen maar kan gebaat zijn door een verruiming van de bij de berekening in acht te nemen factoren. Bovendien wordt de schadevergoedingsplicht daardoor tot voor beide partijen bij voorbaat aanvaardbare proporties teruggebracht, wat op zijn beurt de effectieve naleving ervan ten goede zal komen. En dit laatste is o.i. van een voor het volkenrecht dergelijke betekenis dat het opweegt tegen een eventueel star vasthouden, bijna uitsluitend in de rechtsleer dan nog, aan schadevergoedingsvereisten die een toch wenselijke band met de realiteit van de statenpraktijk vereisen. Dit betekent geenszins dat de rechtsregel van adekwate schadevergoeding wordt afgezwakt, en dus ook niet opgegeven onder druk van de realiteit, maar is alleen een gevolg van een zich aan de hand van de praktijk steeds verder preciserende opinio juris over de inhoud van de adekwaatheidsvereiste waaraan onverminderd wordt vastgehouden.

(146) *R.G.D.I.P.*, 1975, « Chronique des faits internationaux », p. 818-819.

(147) Bijvoorbeeld in hun reacties op doorgevoerde nationalisaties.

(148) Zie in dit verband artikel 5 van de Frans-Koreaanse en Brits-Egyptische investeringsgarantieovereenkomsten (respectievelijk in *J.D.I.*, 1975, p. 631 en *I.L.M.*, 1975, p. 1471). Zie eveneens artikel 5 (1) van de investeringsgarantieovereenkomst van 22 juli 1975 tussen Singapore en het Verenigd Koninkrijk (*I.L.M.*, 1976, p. 592).

6. DE VERSCHILLENDE VALUATIEMETHODEN

Het spreekt voor zich dat de nakoming van een naar billijkheid te interpreteren adekwaatheidsvereiste van de schadevergoeding in belangrijke mate zal bepaald worden door de methode die wordt gevolgd om de basis van de schadevergoeding te berekenen. Bovendien moet ook worden gesteld dat de vraag naar de valuatiemethoden pas haar werkelijke relevantie krijgt wanneer het bestaan van een schadevergoedingsplicht niet zonder meer bij voorbaat wordt afgewezen (149).

De kritiek die op de methode van de « cash flow » wordt uitgebracht is dat hierbij met marktcondities en technologische veranderingen geen rekening wordt gehouden. Anderzijds kan de waarde berekend op de prijs nodig om de investering volledig te vervangen, maar volledig effect sorteren als er een volkomen competitieve markt bestaat (150).

« Exclusive reliance upon book value, of course, occasionally may permit a just result in a given nationalization » (151) (152). De moeilijkheid is echter dat algemeen deze methode niet tot een « just result » zal leiden o.m. wegens de verschillen in reeds verstreken investeringsperiode en/of aard van de door

(149) De problematiek van de valuatie wordt goed geschetst door TOUSCOZ, J., *op. cit. in J.D.I.* Wat dit onderdeel van de uiteenzetting betreft zouden we ons willen beperken tot onze deelconclusies terzake.

Een overzicht van de Argentijnse jurisprudentiële en Braziliaanse wettelijk vastgelegde valuatiecriteria maakt duidelijk dat een combinatie van verschillende methoden helemaal niet uitgesloten is.

De behandeling van de valuatieproblematiek wordt bemoeilijk door de omstandigheid dat de basis waarop de schadevergoeding werd vastgesteld niet altijd openbaar wordt gemaakt.

(150) Tijdens de Hongaars-Zwitserse besprekingen in verband met de naoorlogse nationalisaties wenste Hongarije als berekeningsbasis voor schadevergoeding van onroerende goederen de commerciële waarde ervan in 1952; o.m. de vrijwel volledige afwezigheid van een immobielmarkt bracht Zwitserland ertoe deze valuatiemethode te betwisten en de reële waarde als grondslag voor te stellen (*Annuaire suisse de droit international*, 1974, p. 140). In verband met de marktwaarde wordt gesproken over « fair market value » namelijk « the price a willing buyer would pay a willing seller at the time of the loss, influenced by the circumstance of state interference » (SMITH, R.P., Real property valuation of foreign wealth deprivations » in LILLICH, R.B., (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, II, p. 141). De marktwaarde kan evenwel precies door de nationalisatie van ganse sectoren verdwenen zijn (AMMANN, U., *op. cit.*, n° 112), terwijl verder toch steeds de subjectieve instelling van de schatter meespeelt (ibidem).

(151) LILLICH, R., *International Law and the Chilean Nationalizations - The Valuation of the Copper Companies*, International Lawyer, 1973, p. 127.

De U.S. Foreign Claims Settlement Commission heeft vrij recent (1969) de exclusiviteit van deze berekeningsbasis doorbroken (HEIBEIN, A.N., « The Chilean Copper Nationalization : the foundation for a standard of appropriate compensation », *Buffalo Law Review*, 1974, p. 783 : de auteur voert nog overwegende « book value » praktijk aan ter ondersteuning van de door Chili gevolgde benadering). De door Heibein ten gunste van « book value » aangevoerde argumenten kunnen evenwel niet overtuigen afgezien dan nog van de concrete toepassingsmodaliteiten door Chili t.o.v. de Amerikaanse kopermaatschappijen voorzien. Voor een indringende, boekhoudkundige analyse van de notie « book value » zie MCCOSKER, J.S., « Book Values in Nationalization Settlements » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, II, p. 36-51.

de getroffen maatschappij uitgeoefende activiteit (153) « Whatever international precedents we have indicated that book value is not going to be deemed the fair and adequate value that international law requires » (154).

Na een onderzoek van de waarde die de onderneming heeft voor de vreemde investeerder en van dezelfde waarde in hoofde van het gastland al naargelang de vreemde investeerder eigenaar is of het gastland zelf, zijn Weigel en Weston van mening dat de voorkeur moet worden gegeven aan de waarde die de investering voor het gastland heeft als de vreemde investeerder er de eigendom over heeft. Immers, de beide andere benaderingswijzen maken geen onderscheid tussen de investeringsomstandigheden : « (they) provide the same incentive to investments that benefit the host country as... to those that are detrimental » (155) « ... (this) compensation standard... works to impede the deprivation of beneficial investment and to make it less onerous (if not positively to encourage) the deprivation of harmful investment » (156).

(152) In de participatie-accorden van New York van 5 oktober 1972 werden de olieproducerende landen bereid gevonden de betaling te laten geschieden op basis van « valeur comptable mise à jour » in ruil waarvoor de bestaande reserves geen aanleiding tot schadeloosstelling zouden geven (A/9716, § 9). Lybië maakte evenwel op het einde van oktober 1972 bekend dat het accord van New York niet werd aanvaard en dat de « valeur nette comptable » als berekeningsbasis zou worden genomen (A/9716, § 10).

Over andere participatie-accorden in de petroleumsector zie o.m. A/9716, § 12 en verder CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1974, p. 692 e.v. Zie over de Yamani-overeenkomst o.m. nog WESLEY, R.C., « A compensation framework for expropriated property in the developing countries » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 6-7.

(153) Zie het Kennecott Report, An Analysis of the Expropriation of the Properties of Sociedad Minera el Teniente by Chile in the Light of International Law in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, II, p. 113.

Na een zuiver boekhoudkundige benadering komt McCosker eveneens tot de conclusie : « Generally accepted principles of accounting result in book values that normally are less than the fair values of the assets of nationalized companies. In a few instances the book value is greater than the fair value of a company's assets » (*op. cit.*, p. 51). Zie eveneens hieromtrent WESLEY, R.C., *op. cit.*, p. 12-13 en LILLICH, R.B., « The Valuation of Nationalized Property » in « International Law : Towards a Consensus or More « Rich Chaos » ? » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 201.

(154) LILLICH, R., « The recent Chilean experience and future prospects », *Denver Journal of International Law and Policy*, 1972, p. 141.

Daarom doorstaat het exclusief hanteren ervan bij de Chileens kopernationalisaties de toets niet van het internationaal recht (LILLICH, R.B., *op. cit. in International Lawyer*, p. 127).

Het eventueel toenemend beroep op de book value moet o.m. geplaatst worden in het kader van de problemen over een verzekerde bevoorrading in grondstoffen (WESLEY, R.C., *op. cit.*, p. 25).

(155) WEIGEL, D. en BERNH. WESTON, « Valuation upon the deprivation of foreign enterprise : a policy directed approach to the problem of compensation under international law » in LILLICH, R.B., (Ed. & Contr.) *The valuation of nationalized property in international law*, I, The University Press of Virginia, Charlottesville, 1972, p. 37.

(156) WEIGEL, D. en BERNH. WESTON, *op. cit.*, p. 34.

O.m. dezelfde overweging van « beneficial foreign investment » brengt Goldman en Paxman ertoe te opteren voor de « tax value » als aangepaste minimumstandaard voor schadevergoeding

Een kritiek op de benadering van Weigel en Weston wordt vanuit zuiver economisch standpunt geleverd door Norman Mintz (157). We zijn uiteraard onbevoegd om ons te wagen aan een beoordeling van deze economische kritiek. De lezing van de bijdrage van Mintz heeft er ons wel van overtuigd dat precies op het vlak van de valuatieproblematiek een multidisciplinaire benadering onontbeerlijk is omwille van de in het spel zijnde factoren. Bij een zuiver juridische aanpak kunnen wel de limieten worden afgebakend waarbinnen zich het valuatieproces zou moeten afspelen maar het lostaten van de eraan ten grondslag liggende economische analyse zou naar ons oordeel de doelmatigheid van de ganse operatie namelijk op zoek te gaan naar een billijke standaard voor de berekening van de schadevergoeding, in het gedrang kunnen brengen. In afwachting van een toenemende multidisciplinaire bestudering van de valuatieproblematiek verhinderen de kritische overwegingen van Mintz niet dat de Weigel-Weston-optiek als biezonder waardevol kan worden omschreven. Bovendien mag men niet vergeten dat de belangstelling voor de valuatievraagstukken zich eigenlijk in een beginfase bevindt, zodat de bruikbaarheid van de voorgestelde oplossingen nog moet bewezen worden. Tenslotte zal de situatiegebondenheid van elke nationalisatie het formuleren van zuiver economische criteria bemoeilijken.

Deze nieuwe benaderingswijze lijkt momenteel de meest geschikte om de belangstelling tussen de vreemde investeerder en het gast-ontwikkelingsland te overbruggen in de mate van het mogelijke. Uitgangspunt vormt ongetwijfeld de in resolutie 1803 (XVII) uitgedrukte « national development and of the well-being of the people of the state concerned » (paragraaf 1). De vreemde investeerder die hier rekening mee houdt, ziet het inherente risico tot een aanvaardbaar minimum herleid : en gaat het land wellicht om andere redenen — die dan toch ook weer het relatieve van deze op zich bevredigende benaderingswijze aantonen zoals de auteurs zelf erkennen (158) — toch tot nationalisatie over, dan ligt de vergoeding toch hoger dan bij het hanteren van andere waardecriteria. De gaststaat zal door een dergelijke selectieve nationalisatiepolitiek (159) er op termijn op kunnen voortgaan dat

bij nationalisatie van onroerende eigendommen (GOLDMAN, R.K. en PAXMAN, J.M., « Real Property Valuations in Argentina, Chile and Mexico » in LILICH, R.B. (Ed. & Contr.) *The valuation of nationalized property in international law*, II, p. 165-166). Het is evenwel weinig waarschijnlijk dat de kapitaalexporterende landen het hiermee eens zullen zijn, wat de noodzakelijke bruikbaarheid van de voorgestelde oplossing in het gedrang kan brengen. Een doorgedreven uitsluitend beroep op deze berekeningsbasis zou o.i. bovendien niet resulteren in een billijke belangenafweging waarbij met alle relevante omstandigheden kan rekening gehouden.

(157) NORMAN N. MINTZ, *op. cit.*, p. 22 e.v.

(158) WEIGEL, D. en BERNH. WESTON, *op. cit.*, p. 38.

(159) « ... à l'occasion de la nationalisation de la Gulf Oil Corporation par la Bolivie, par exemple, seuls les investissements ayant contribué à l'enrichissement du patrimoine du pays, diminués des amortissements réalisés, ont été pris en considération » (TOUSCOZ, J., *op. cit. in J.D.I.*, p. 325).

Deze selectieve nationalisatiepolitiek wordt dan weer getemperd door het non-discriminatiebeginsel.

de resterende en nieuwe vreemde investeringen het belang van het ontwikkelingsland niet als zuiver secundair zullen beschouwen.

Bovenstaande zienswijze leidt tot de conclusie dat « there should be a presumption of compensation for the taking of foreign-owned property... but that there is a burden to demonstrate that the investment was beneficial to the host country involved. In the absence of such demonstration, we ought really to think seriously about whether compensation should be given at all » (160). Dit vormt natuurlijk de uiterste consequentie van de op zich aanvaardbare benaderingswijze. Wanneer het principe zelf van de schadevergoeding weer onderworpen wordt aan het oordeel van de nationaliserende staat, via de omweg van een grondwettelijke erkenning naar een volledige negatie ervan door de gehanteerde benaderingswijze, dan komt duidelijk het adequate en effectieve karakter ervan in het gedrang. Een klare formulering van de door het gastland vooropgestelde ontwikkelingsprioriteiten — bijvoorbeeld in het kader van de nationale reglementering op de vreemde investeringen in een codex opgenomen — zou dan weer het mogelijke gevaar van een uitholling van de schadevergoedingsplicht zelf kunnen ondervangen.

De vereiste dat een investering heilzaam moet zijn, kan moeilijk worden tegengesproken, verdient naar ons oordeel een plaats onder de omstandigheden waarmee bij de bepaling van de schadevergoeding rekening kan worden gehouden, maar dan wel onder de beperking er geen doorslaggevende betekenis aan te hechten op gevaar af, bij het zoeken naar een aanvaardbare oplossing, de volkenrechtelijke minimumstandaard zelf te schenden. De bijdrage die de investering tot de ontwikkeling van het gastland heeft geleverd kan eveneens een rol spelen bij de formulering van de nationalisatiegrond. Waar de controle hierop via de « public utility » voorwaarde in de meeste gevallen slechts marginaal zal kunnen zijn, moet o.i. toch worden gesteld, dat een hoofdzakelijk — en a fortiori een uitsluitend — daarop gebaseerde valuatie voor de schadevergoeding, welke concreet tot afwezigheid ervan zou leiden, onverenigbaar is met de volkenrechtelijke minimumregels inzake de behandeling van vreemdelingen en hun goederen.

De schadevergoedingsplicht baserend op de theorie van « unjust enrichment » wees Friedmann er reeds vroeger op dat buitengewone investeringsomstandigheden en de eruit voortvloeiende hoge winsten in rekening mochten worden gebracht wanneer men de schadevergoeding ging vaststellen (161). « A la limite, il peut être équitable de déclarer qu'aucune indemnité ne doit être versée si les bénéfices de la compagnie expropriée sont manifestement excessifs... » (162). Deze limiet heeft Chili bij de nationalisatie van de Amerikaanse kopermaatschappijen dan ook bereikt (overschreden ?).

(160) WESTON, B. in « Proceedings of the Regional Conference of the American Society, University of Denver, 1972 », *Denver Journal of International Law and Policy*, 1972, p. 147.

(161) Friedmann aldus weergegeven bij WEHSE, E., *op. cit.*, p. 122.

(162) TOUSCOZ, J., *op. cit. in J.D.I.*, p. 326.

De doctrine van « unjust enrichment » werd in de rechtsleer aangehaald zowel ter ondersteuning van de eis tot schadevergoeding als om het bedrag ervan te reduceren wegens verrijking door de vreemde investeerders (163). Weigel stelde daarom de opstelling voor van « guidelines for the process of balancing input and benefit of the parties » (164). De zoëven geschetste benadering van Weigel en Weston vormt daarvan de uitloper; het is precies bij deze afweging dat zich concrete toepassingsmoeilijkheden van de « unjust enrichment »-doctrine kunnen voordoen en een beroep dient te worden gedaan op de billijkheid.

De teruggang van de « unjust enrichment »-doctrine wordt mede in de hand gewerkt door de evoluerende statenpraktijk waarbij enerzijds nationalisatie onder bepaalde voorwaarden als conform met het volkenrecht wordt erkend en anderzijds de vereiste van een volledige schadevergoeding stilaan werd losgelaten o.m. via de praktijk van de lump-sum-agreements. Redelijkheid- en billijkheidsoverwegingen begonnen een steeds grotere rol te spelen zowel bij de vaststelling en het tijdstip van uitbetaling van de schadevergoeding als bij de interpretatie van de schadevergoedingskenmerken (165).

Een aldus in het licht van billijkheid en redelijkheid gecorrigeerde « unjust enrichment »-doctrine kan een rol blijven spelen bij de valuatie van de berekeningsbasis van de schadevergoeding; dat daarbij, in het licht van recente statenpraktijk, met zoveel mogelijk omstandigheden dient rekening te worden gehouden, werd reeds vermeld. De situatiegebondenheid van de nationalisaties maakt dat niet zonder meer alle mogelijke in aanmerking komende omstandigheden kunnen worden opgesomd, maar verhindert anderzijds niet dat precies billijkheid en redelijkheid de grenzen vermogen te stellen waarvan de overschrijding via de gehanteerde valuatiemethode de adequaatheid van de schadevergoeding in het gedrang kan brengen. Bovendien kan moeilijk worden ontkend dat de ganse schadevergoedingsproces beheerst wordt door de vereiste van de goede trouw. Hiermee zijn de noodzakelijkerwijze abstracte limieten aangegeven waarbinnen zich een nieuwe interpretatie van de adequaatheidsvereiste en dus ook van de valuatiemethode dient te situeren.

Na de vaststelling van de boekwaarde (166) van de genationaliseerde kopermaatschappijen werden door de Chileense overheid nog een aantal deducties doorgevoerd waarvan de door de president vast te stellen « excess profits » toch wel de belangrijkste mogen worden genoemd (167). Bij de

(163) SCHREUER, C., « Unjustified enrichment in international law », *American Journal of Comparative Law*, 1974, p. 284, noot 16 en p. 285, noot 19.

(164) WEIGEL, D., in *66 Proceedings American Society of International Law*, 1972, p. 220.

(165) Zie hierover meer in het algemeen o.m. FRANCONI, F., *op. cit. passim*.

(166) Zie de kritiek van de Kennecott Copper Corporation op deze valuatiemethode : *Kennecott report*, p. 112 e.v.

(167) Voor de cijfergegevens zie het *Kennecott Report*, p. 115 e.v. Zie eveneens o.m. GOLDMAN, R., en PAXMAN, J., *op. cit.*, p. 162.

uitvaardiging van de nationalisatiemaatregel werd voor het beroep op de « excess profits » geen juridische grondslag aangegeven terwijl evenmin werd vermeld hoe de berekening ervan in zijn werk zou gaan (168). De notie werd wellicht als regel van internationaal recht aangezien, « mais il n'est pas douteux qu'il n'existe aucune règle précise de ce genre » (169). Een van de Amerikaanse bezwaren richtte zich tegen de toegepaste retroactiviteit die als een sanctie werd aangevoeld (170). Naast dit element van retroactiviteit (171) en het feit dat de vaststelling van de « excess profits » door de president, niet kon worden bestreden, draaide de ganse discussie eigenlijk om de vraag of schadevergoeding en deducties een geheel vormden, dan wel of men deze elementen afzonderlijk moest behandelen. Chili huldigde deze laatste visie gebaseerd op herstel van onredelijke verdeling van de winsten (172). De V.S. trokken uit deze houding de conclusie dat gelet op het nominale resultaat er van billijke schadevergoeding geen sprake meer kon zijn (173).

Wanneer men echter paragraaf 5 van resolutie 2158 (XXI) in acht neemt waarin de gaststaat een billijk aandeel in de voordelen van de exploitatie van zijn natuurlijke rijkdommen wordt toegekend, dan « il ne semble pas déraisonnable d'en inférer que tout Etat peut mettre un terme à l'action de l'exploitant étranger qui se serait livré au pillage de ces ressources naturelles et rétablir les termes du rapport entre bénéfice et investissement au moment

(168) *Kennecott Report*, p. 114-115.

(169) KAHN, PH., *op. cit. in J.D.I.*, P. 236.

De rechtsleer die via de billijkheid het beroep op de « excess profits » aanvaardt, gaat niet in op de vraag naar de juridische waarde van de « excess profits » regels. Uitzondering hierop vormt Heibein (*op. cit.*, p. 771 e.v.): de door hem aangehaalde precedenten zijn onvoldoende om te besluiten tot het bestaan van een internationale regel. Maximaal kan daaruit worden afgeleid dat de Chileense maatregel geen unicum is geweest. Recente statenpraktijk schijnt te wijzen op een (hernieuwd) hanteren van deze reductiemethode maar dit hoeft helemaal niet te betekenen dat de « excess profits » methode daardoor tot internationale regel zou worden verheven.

(170) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique » *A.F.D.I.*, 1972, p. 677.

(171) Element dat door het Chileense Opperste Gerechtshof als ongrondwettig was beschouwd: daarin ligt de reden voor de grondwetswijzigingen (BEHRENS, P., *Rechtsfragen im Chilenischen Kupferstreit*, Rabels, Z., 1973, p. 414).

(172) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1972, p. 678.

(173) Contra: CASTANEDA, J., « La Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international », in *Justice économique internationale. Contributions à l'étude de la Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats*, Gallimard, Paris, 1976, p. 105.

De huidige Chileense regering ging over tot rechtstreekse onderhandelingen met de getroffen vreemde maatschappijen omwille van « the negative consequences that such conflict cause to national interests » (Decree-Law n° 601 approving the settlement with certain copper companies, 7° considerans: *I.L.M.*, 1974, p. 1190). Alle bestaande geschillen en hangende procedures worden beëindigd (considerans 8, e en f). Alleen Kennecott Copper Corporation was door de overeenkomst nog niet schadeloos gesteld: dit gebeurde dan bij een « Decree-Law approving settlement agreement with Kennecott » van 24 oktober 1974 (*I.L.M.*, 1975, p. 135 e.v.).

du calcul de l'indemnité » (174). Dit laatste zal uiteraard een retroactief karakter hebben, maar de vraag is natuurlijk hoe ver men in de tijd moet teruggaan, zeker wanneer tijdens de werkingsperiode van de vreemde maatschappij door elkaar opvolgende regeringen duidelijk afspraken in dat verband zijn gemaakt, afgezien dan nog van het feit dat de bewoordingen van paragraaf 5 uit resolutie 2158 (XXI) moeten worden geplaatst tegen de achtergrond van hun maximale juridische waarde.

De wijze waarop de « excess profits » werden berekend, het resultaat waartoe dit heeft geleid, met daarbij de onmogelijkheid van beroep, doen de rechtsleer, naar ons oordeel terecht, besluiten dat we in geval van de Chileense kopernationalisaties staan voor een confiscatie (175). Van een gewoonterechtelijke regel voor het gebruik van « excess profits » inzake nationalisaties kan niet worden gesproken zoals we reeds aanstipten (176). Vooralnog lijkt het dan ook zeker voorbarig te stellen « dat het recht van nietuitbetalen van schadevergoeding wegens buitensporige winsten onbetwistbaar een regel uitmaakt die tot het « nieuw verworven internationaal recht behoort » (177).

In de huidige stand van zaken kan moeilijk worden ontkend dat men bij het berekenen van de schadevergoeding, opdat ze « adequate » zou zijn, rekening mag houden met de naleving van resolutie 2158 (XXI). Dat steeds meer ontwikkelingslanden zich, wanneer zij tot nationalisatie overgaan, op deze « excess profits » zullen beroepen, lijkt dan ook waarschijnlijk (178). Ondertussen heeft de Lybische regering het Chileense voorbeeld terzake reeds gevolgd bij de nationalisatie van de Nelson Bunker Hunt onderneming

(174) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1972, p. 679. Een gelijkaardige formulering was ook reeds opgenomen in resolutie 1710 (XVI).

Het is duidelijk dat een ongenueanceerd veralgemeend gebruik van de « excess profits » methode weliswaar de aanzet zou kunnen vormen voor een statenpraktijk, maar dat daardoor tevens de volkenrechtelijke schadevergoedingsplicht bijna volledig van zijn inhoud zou kunnen worden beroofd.

(175) LILLICH, R.B., *op. cit. in International Lawyer*, p. 130.

Zie eveneens GOLDMAN, R. en PAXMAN, J., *op. cit.*, p. 162-163.

Ook Seidl-Hohenveldern is van mening dat in casu de nationalisatie ook al wegens het ontbreken van schadevergoeding strijdig is met het volkenrecht (SEIDL-HOHENVELDERN, I., « Die Verstaatlichung von Kupferbergbaubetrieben in Chile », *A.W.D.*, 1974, p. 424).

(176) Zie eveneens in deze zin o.m. BEHRENS, P., *op. cit.*, p. 414.

Contra : ABD-EL-KADER BOYE, Problèmes actuels posés par l'indemnité de nationalisation » in *Annuaire du Tiers Monde*, 1974-1975, Berger-Levrault, Paris, 1976, p. 37.

(177) VAN MAELE, B., *Naar aanleiding van het Kennecott geschil. Het vraagstuk van de soevereiniteit over de natuurlijke hulpbronnen*, UNCTAD-Schrift I, UVOS, Gent, 1973, p. 308.

Voor een aantal concrete vragen die zich stellen bij de toepassing van « excess profits » in het valuatieproces zie o.m. Wesley, R.C., *op. cit.*, p. 28.

Zie eveneens bij dezelfde auteur voor een aantal richtlijnen bij het hanteren ervan : Wesley, R.C., *op. cit.*, p. 37.

(178) In dat licht moet ook de Venezolaanse maatregel van augustus 1974 gezien worden tot aanstelling van officiële waarnemers bij de petroleummaatschappijen om erop toe te zien dat er zich in afwachting van de afkondiging van de nationalisatiewet geen onregelmatigheden in het beheer zouden voordoen.

op 11 juni 1973 (179). Niettemin zal eigenlijk steeds het bedrag ervan voorwerp van discussie zijn. Een algemeen aanvaard percentage is wellicht uitgesloten wegens de variëteit in ondernemingen en nationalisatieomstandigheden, maar de bekendmaking van de berekeningswijze (180) en de mogelijkheid om het bedrag zelf van deze « profits » wanneer ze door een afzonderlijke instantie of afzonderlijk worden vastgesteld aan te vechten voor de normale jurisdicties van het land lijken echter onontbeerlijk om een volkenrechtelijke aanvaardbare toepassing ervan niet te verhinderen.

7. ENKELE BESCHOUWINGEN

Globaal kan worden vastgesteld dat de vereiste voor een « prompt, adequate and effective compensation » door de kapitaalexporterende landen nog steeds wordt geponeerd, maar dat de ontwikkelingslanden die tot nationalisatie overgaan deze drie elementen niet als legaliteitsvoorwaarden van hun maatregel aanzien. De politieke evolutie sinds 1962 maakt het niet mogelijk deze standaard nog zonder meer als volkenrecht te omschrijven. De telkens weerkerende standpuntbepalingen door de kapitaalexporterende landen — waarbij in vaak wisselende bewoordingen naar de traditionele standaard wordt teruggegrepen — verhindert enerzijds naar ons oordeel dat zich een opinio juris vormt waarbij ofwel een niet door het volkenrecht gelimiteerd nationalisatierecht wordt voorgestaan ofwel een de grenzen van billijkheid en redelijkheid overschrijdende interpretatie van de traditionele standaard wordt verdedigd. Anderzijds moet naar ons oordeel wel worden erkend dat ook de eenzijdige en konventionele statenpraktijk van de kapitaalexporterende landen ertoe heeft bijgedragen dat de traditionele standaard een aan de gewijzigde omstandigheden aangepaste inhoud heeft gekregen, ook wanneer aan de klassieke formulering zelf wordt vastgehouden. We komen hierop zo dadelijk nog terug.

Een Russisch amendement in 1962 om de kwestie van de schadevergoeding alleen door het intern recht te laten beheersen werd weliswaar verworpen zodat paragraaf 4 van resolutie 1803 (XVII) toch nog over internationaal recht spreekt, maar de nationalisatiepraktijk heeft uitgewezen dat de toenemende weglating van deze zinsnede in een aantal gevallen meer aan de realiteit beantwoordt.

(179) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1973, p. 781, noot 44. Deze wet voorziet dat een administratieve commissie, door de openbare macht samengesteld volledig discretionair het bedrag van de schadevergoeding zal vaststellen (*ibidem*, p. 782 en noot 45). De gemotiveerde beslissing van de Commissie wordt niet openbaar gemaakt en zal voor geen enkele vorm van beroep vatbaar zijn.

Zie bijvoorbeeld artikel 5 van het Chileense nationalisatiedecreet met betrekking tot de ITT Telephone Company : *I.L.M.*, 1975, p. 782.

(180) PETERSMANN, E.U., *Die Nationalisierung der Chilenischen Kupferindustrie als Problem des internationalen Wirtschaftsrechts, Wirtschaftsrecht*, 1973, p. 288, noot 5 : « Die genaue Berechnungsweise für die übermässigen Gewinne ist dem Dekret Allendes nicht zu entnehmen und wurde trotz ausdrücklicher Anfrage des Comptroller General nicht mitgeteilt ».

Het maximaal vermelden van een « fair », « just » of « equitable compensation » geeft ook weer dat er zich een verschuiving heeft voorgedaan in de benaderingswijze : de vereisten uit de klassieke formulering hadden vooral, zoniet uitsluitend de belangen van de vreemde investeerders op het oog, terwijl het stellen van een billijkheidsvereiste toch eerder aanleunt bij de belangenafweging van alle betrokken partijen, dit wil zeggen de staat die nationaliseert, de getroffen maatschappij en haar nationale overheid. Elementen als deficitaire handelsbalans, internationale schuldenlast, gebrek aan kapitaal enerzijds en gunstige investeringsvoorwaarden en eruit voortvloeiende hoge vereisten anderzijds, moeten zeker in een billijkheidsoordeel worden betrokken.

Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat rijke en arme landen het eens worden over de vereiste van een « fair or just compensation », maar dat zij opnieuw zoals in 1962 de inhoudsbepaling ervan zullen overlaten aan de « dagelijkse » praktijk met al de nadelen vandien (181). De rijke landen lijken wel bereid een dergelijke formulering te aanvaarden op voorwaarde evenwel dat de nodige procedurale waarborgen worden verstrekt en de mogelijkheid een beroep te doen op internationale arbitrage of jurisdictie niet bij voorbaat wordt uitgesloten.

De tekst van artikel 2, paragraaf 2, alinea c van het Handvest van economische rechten en plichten van staten spreekt over « adequate... all circumstances that the State considers pertinent », sluit hierdoor aan bij de meest recente tendens in rechtsleer en statenpraktijk, maar de onbevredigende geschillenregeling en de afwezigheid van elke referentie naar het internationaal recht, was voor een aantal kapitaalexporterende landen onaanvaardbaar, getuige waarvan het amendement waarin bovendien verder de « public purpose »-voorwaarde werd gehandhaafd en gesproken werd over « just compensation ».

In verband met de reeds geconstateerde inhoudsverschuiving van de traditionele standaard kan de recent steeds meer opduikende formulering « adequate » of « just compensation » met de onvermijdelijke zinsnede « in the light of all relevant circumstances » wel beschouwd worden als de ook voor een aantal kapitaalexporterende landen aanvaardbare omschrijving van de geldende standaard. De voorwaarden van een redelijk vlugge en een effectieve schadeloosstelling moeten ongetwijfeld in de optiek van dezelfde landen beschouwd worden als vervat in de notie « adequate » of « just ». De statenpraktijk heeft aangetoond dat de vorming van een consensus rond de naar redelijkheid en billijkheid te interpreteren relatief concrete toepassingsmodaliteiten van deze laatste twee schadevergoedingskenmerken niet uitgesloten moet worden geacht. De effectiviteit kan daarenboven in het huidige volkenrecht dermate belangrijk worden geacht, dat zij niet specifiek

(181) Ook voor nieuwe formuleringen geldt wat Ammann schreef in verband met de traditionele standaard : « ... (sie) ist zwar insofern ganz brauchbar, als sie eine vernünftige Zielsetzung umschreibt, als technische Anweisung zur Bemessung der Entschädigung kann sie jedoch kaum Dienste leisten » (AMMANN, U., *op. cit.*, n° 152).

is aan de schadevergoeding en de eruit af te leiden concrete richtlijnen in casu eigenlijk vanzelfsprekend mogen worden genoemd.

Gelet op het voorgaande komt de wijziging in formulering niet meer als zo wezenlijk voor en liggen de standpunten niet meer zo ver uit elkaar als op het eerste gezicht zou worden aangenomen. Het zou veel minder om principiële tegenstellingen gaan dan om een aksentverschil, ware er niet de voorafgaandelijke problemen in verband met de al of niet aanvaarde tussenkomst van het volkenrecht : op deze kwestie komen we nog terug. Wat de schadevergoedingskenmerken zelf betreft, wordt de adekwaatheid in toenemende mate door een waaier van factoren bepaald. Het bedrag van de schadevergoeding vormt om voor de hand liggende redenen vaak de kern van de discussie en het is dan ook op het terrein van de bij de berekening daarvan in acht te nemen elementen en de gehanteerde valuatiemethoden, dat een nieuwe consensus zich het moeilijkst zal laten afleiden, ook reeds omwille van de situatiegebondenheid van elke nationalisering (182).

De gewoonterechtelijke waarde van de traditionele standaard heeft men eigenlijk nooit op onweerlegbare wijze kunnen vaststellen. Van bij de aanvang hebben uiteenlopende interpretaties over de formulering van resolutie 1803 (XVII) bestaan. Men heeft doelbewust de precisering ervan overgelaten aan de statenpraktijk en die heeft een verscheidenheid opgeleverd die nu niet zonder meer als conforme statenpraktijk kan worden bestempeld, gesteld dat men de aanwezigheid van een opinio juris zou kunnen aantonen. De verschuiving die zich in de praktijk heeft voorgedaan noopt er ons dan ook toe de eventueel ontkiemende gewoonterechtelijke waarde van de traditionele standaard te betwijfelen en een nieuwe inhoudsbepaling op haar beurt dan meer als in volle ontwikkeling te beschouwen zonder dat ook hier reeds van veel stabiliteit kan worden gesproken. Wat de opinio juris betreft houdt een numeriek klein aantal, maar precies wegens hun aandeel in de eerder genoemde passieve statenpraktijk belangrijke groep staten vast aan de volkenrechtelijke functie van een weliswaar nieuw te interpreteren traditionele standaard. Een wellicht langzaam te constateren toenadering tussen de staten wat de interpretatie van de schadevergoedingskenmerken betreft, moet dan ook in het licht van de controverse rond de functie van het volkenrecht terzake worden gerelativeerd.

(182) Bovendien mag niet worden vergeten dat in een aantal gevallen geldt wat in verband met de schadevergoedingsovereenkomsten met de petroleummaatschappijen werd gesteld : « although views vary with respect to appropriate compensation, the actual outcome has been influenced by government negotiating and bargaining positions » (E/C.7/53, § 5). Gelet op de situatiegebondenheid van elke nationalisatie zou kunnen worden ingestemd met de visie van Vicuna die pleit voor een pluraliteit van valuatie-standaarden (VICUNA, F.O., « The International Regulation of Valuation Standards and Processes : A Reexamination of Third World Perspectives » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.), *Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 134). Dit belet evenwel niet dat de compensatie-doctrine het meeyt geschikt lijkt om naar de concrete verscheidenheid van de nationalisaties toe te gaan. Het voorstel van Vicuna om de valuatiestandaard reeds bij het sluiten van de investeringsovereenkomst vast te stellen zal naar ons oordeel moeilijk haalbaar zijn (VICUNA, F., *op. cit.*, p. 136).

VI. DE ROL VAN DE NATIONALE JURISDICTIES

Samen met het probleem van de nationalisaties dook ook deze kwestie voor het eerst op in de debatten van de Permanent Sovereignty's Commission. De oorspronkelijke Chileense ontwerpresolutie bevatte geen vermelding met betrekking tot geschillenregeling. Daarom had Zweden een amendement in die zin ingediend (183). Een aantal amendementen werden over en weer ingediend, aangepast en soms ook weer ingetrokken waarbij vooral aandacht werd besteed aan mogelijke exclusieve bevoegdheid van de nationale jurisdicties van de nationaliserende staat en de mogelijkheid daarop, al of niet bij voorbaat, via overeenkomst in uitzonderingen te voorzien (184).

De uiteindelijk goedgekeurde tekst van resolutie 1803 (XVII) luidt als volgt: « In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication ».

Paragraaf 4 van resolutie 1803 (XVII) biedt dus bij voorafgaandelijk accord tussen de partijen de keuzemogelijkheid tussen de nationale en internationale regeling van de schadevergoedingsgeschillen, zoals wordt uitgedrukt in het gebruik van « However ». Behoudens andersluidende overeenkomst moeten de rechtsmiddelen van de nationale jurisdictie worden uitgeput. Enerzijds wordt het traditioneel tot de diplomatieke bescherming beperkte toepassingsgebied van deze regel uitgebreid, anderzijds bestaat de mogelijkheid, ook in geval van diplomatieke bescherming, rechtstreeks bij accord naar een internationale regeling te streven (185).

Een aantal toen reeds aanwezige ontwikkelingslanden wensten de uitzonderingsmogelijkheid alleen voor te behouden aan de betrokken staten, en niet aan de « parties » waartoe uiteraard ook de vreemde investeerder kon worden gerekend. De definitieve tekst van resolutie 1803 (XVII) betekent niet dat deze mening werd opgegeven, wel integendeel. Dit komt o.m. tot uiting in resolutie 88 (XII) van de Trade and Development Board — « any dispute which may arise in that connexion falls within the sole jurisdiction of its courts, without prejudice to what is set forth in General Assembly resolution 1803 (XVII) » — referentie waarop reeds hoger werd ingegaan (186).

(183) GESS, K., *op. cit.*, p. 429.

« In case the question of compensation gives rise to an international dispute, it would be appropriate to settle it by international adjudication or arbitration ». Het belang van de rol van de jurisdicties wordt wel treffend geïllustreerd door volgende uitspraak « The most carefully designed compensation rules can easily be nullified by local tribunals committed to validating the determined policies of strong-armed executives » (WESLEY, R.C., *op. cit.*, p. 13).

(184) Zie hierover meer in detail GESS, K., *op. cit.*, p. 430-432.

(185) GESS, K., *op. cit.*, p. 435.

(186) Zie over de discussies naar aanleiding van deze resoluties o.m. ATIMOMO, E., « Natural Resources and the United Nations » *J.W.T.L.*, 1976, p. 286-287.

In navolging van de Declaratie van Algiers (187) stelt ook resolutie 3171 (XXVIII) dat « any dispute which might arise should be settled in accordance with the national legislation of each State carrying out such measures » (188).

De formulering van het Handvest van economische rechten en plichten van staten toont aan dat ook met betrekking tot de rol van de nationale jurisdicties er zich een verschuiving heeft voorgedaan in vergelijking met de situatie ten tijde van resolutie 1803 (XVII). Toen kon het gebruik van « However... » nog worden geïnterpreteerd ten gunste van een gelijkgeschikking van nationale en internationale regeling van geschillen. Wanneer nu gesproken wordt over « unless... » dan betekent dit een toch wel duidelijke prioriteitsstelling ten gunste van de nationale jurisdicties (189).

Bovendien wordt een afwijkende voorziening inzake geschillenregeling uitsluitend voorbehouden aan de staten : dit kan zich eigenlijk slechts op twee manieren voordoen : via bij voorbaat gesloten protectieverdragen (190) die dan ook op dit punt ruimere rechtszekerheid bieden aan de investeerders en via de procedure van de diplomatieke bescherming, waarop de investeerder geen recht heeft, waartoe de staat vrij overgaat, en die als belangrijke voorwaarde o.m. precies de uitputting der interne rechtsmiddelen heeft. Waar resolutie 1803 (XVII) uitdrukkelijk melding maakte van arbitrage en internationale jurisdictie werd nu geopteerd voor een vage bepaling « other peaceful means ». Gelet op de reticente houding van de ontwikkelingslanden ten opzichte van arbitrage en internationale jurisdictie heeft deze ruimere formulering geen verwondering te wekken : alleen wordt daardoor de naar exclusiviteit tenderende voorkeur voor de nationale jurisdicties ook praktisch nog kracht bijgezet.

Het is duidelijk dat bij deze vraagstelling een belangrijke rol wordt gespeeld door de visie die men heeft op de plaats van het nationalisatierecht ten opzichte van het volkenrecht, meer bepaald of men de ganse sector al dan niet tot het voorbehouden domein rekent.

(187) A/9330, p. 89.

(188) Resolutie 3171 (XXVIII), paragraaf 3.

Ecosoc-resolutie 1956 (LXI) hernam deze formulering ongewijzigd in de tweede paragraaf van het beschikkend gedeelte.

Ofschoon resolutie 3362 (S-VII) van de Zevende Speciale Sessie van de Algemene Vergadering de kwestie van de permanente soevereiniteit onaangeroerd liet, werd tijdens de besprekingen toch wel aandacht geschonken aan de problematiek.

(189) Zie eveneens in deze zin BROWER, C.N. en TEPE, J.B., « The Charter of Economic Rights and Duties of States : A Reflection or Rejection of International Law ? », *International Lawyer*, 1975, p. 305.

(190) Zie bijvoorbeeld artikel 6 van de Frans-Koreaanse investeringsgarantieovereenkomst van 22 januari 1975 (*J.D.I.*, 1975, p. 631) en artikel 5, 1 van de Brits-Egyptische overeenkomst van 11 juni 1975 (*I.L.M.*, 1975, p. 1472). Beide overeenkomsten voorzien de mogelijkheid een beroep te doen op het Centrum van de Wereldbank indien binnen de drie maanden geen overeenstemming wordt bereikt.

Zie eveneens artikel 8 van de overeenkomst tussen Singapore en het Verenigd Koninkrijk van 22 juli 1975 (*I.L.M.*, 1976, p. 593).

Zie bijvoorbeeld ook de bepalingen terzake in de door de V.S. en de Duitse Bondsrepubliek gesloten verdragen (FRICK, H., *op. cit.*, p. 163-171 en p. 234-240).

Zowel resolutie 1803 (XVII) als artikel 2 van het Handvest beperken de geschillenregeling tot één van de legaliteitsvoorwaarden, namelijk de kwestie van de schadevergoeding, maar dit verhindert o.i. niet dat de andere voorwaarden binnen de sfeer van een geschil kunnen worden betrokken, al is de kans dat nationale jurisdicties de investeerder op dit punt in het gelijk stellen zo mogelijk nog geringer dan wanneer het om het bedrag van de schadevergoeding gaat.

De Chileense nationalisaties — zij niet alleen, maar toch in hoofdorde — hebben duidelijk gemaakt dat het laten varen van de alternatieven vervat in resolutie 1803 (XVII) niet zonder meer door de kapitaalexporterende landen wordt aanvaard omdat de belangen op de meest onpartijdige en efficiënte manier werden gevrijwaard. De volgende vraag van Feuer is dan ook allesbehalve academisch. « Mais qu'en sera-t-il si les procédés utilisés par le gouvernement nationalisateur se révèlent arbitraires ou si les techniques juridictionnelles offertes aux requérants débouchent sur un déni de justice ? » (191). Alvorens misschien nog even onder dit gezichtspunt op de Chileense nationalisaties in te gaan, laten we niet vergeten dat de vaststelling van de schadevergoeding niet altijd eenzijdig wordt gedaan en dus ook niet steeds tot betwisting aanleiding dient te geven (192).

De juridische stabiliteit wordt aanzienlijk groter wanneer de schadevergoedingsvaststelling en -regeling voorwerp uitmaakt van onderhandelingen tussen de staat die tot nationalisatie overgaat en de staat die de diplomatieke bescherming op zich neemt van onderdanen die door de maatregel werden getroffen. Dit is gebeurd na de Marokkaanse nationalisatie van landbouweigendommen door de dahir van 2 maart 1973. Onderhandelingen over de schadeloosstelling werden meer dan een jaar na de kwestieuze dahirs aangevat om op 2 augustus 1974 tot een resultaat te leiden : Marokko zou een globale, forfaitaire en transfereerbare som overmaken aan Frankrijk, dat dan zelf zou instaan voor de verdere verdeling. Beide regeringen zagen er van af nog verdere procedures door hun onderdanen gevoerd te ondersteunen (193). Verder kan hier nog worden vermeld de overeenkomst van 19 februari 1974 tussen de Amerikaanse en Peruviaanse regering na de nationalisatie op 1 januari 1974 van de Cerro de Pasco Corporation (194), de belangrijkste Noord-Amerikaanse maatschappij in Peru. Bij de verdeling van de gelden

(191) FEUER, G., *op. cit.*, p. 218, n° 25.

(192) Zo werd het bedrag van de schadevergoeding voor de nationalisatie van franse oliemaatschappijen — nadat Frankrijk geweigerd had de onderhandelingen met Algiers te hervatten — vastgesteld door rechtstreekse onderhandelingen tussen de franse petroleummaatschappijen en de Algerijnse regering. Met betrekking tot Argentinië en Brazilië kan worden gesteld : « Most of these (major investment disputes) have been resolved by negotiated extra-judicial settlements » (ROSENN, K., *op. cit.*, p. 316).

Boye stipt in dit verband terecht aan dat voor valuatie de medewerking van de genationaliseerde ondernemingen bijna onmisbaar is (ABD-EL-KADER BOYE, *op. cit.*, p. 32).

(193) De tekst van het accordo werd opgenomen in *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 267-269.

(194) A/9716, § 25.

ontving de Cerro de Pasco Corporation met eigen instemming slechts 10 miljoen dollar (195).

De uitputting der interne rechtsmiddelen is een van de voorwaarden waarvan de vervulling aan de uitoefening van de diplomatieke bescherming dient vooraf te gaan. Toch dringt deze regel — « a recognised rule of customary international law » (196) — zich niet absoluut op en in de rechtsleer worden dan ook een aantal uitzonderingen voorzien. Tot de meest vermelde uitzonderingen op de regel behoren : de omstandigheid dat de staat niet voor zijn nationale rechtbanken kan worden gedaagd en het ontzeggen, van toegang tot de rechtsmacht aan vreemdelingen (197).

Het bestaan zelf van speciale rechtbanken vormt geen bezwaar voor de uitputting der interne rechtsmiddelen zolang hun onafhankelijkheid niet kan worden in twijfel getrokken (198). De regel zou niet moeten worden nageleefd bij onbevoegdheid van de rechtbank (199). In vele gevallen echter zal dit pas blijken nadat men een beroep op die rechtbank heeft gedaan; het nalaten ervan wegens de vermoedelijke onbevoegdheid van de rechtbank zou een tekortkomen kunnen betekenen aan de verplichting de interne rechtsmiddelen uit te putten (200). De regel moet (of kan) niet nageleefd worden wanneer de staat zich via zijn rechtsmacht schuldig maakt aan « denial of justice » (201).

(195) *I.L.M.*, 1975, p. 37.

Uitdrukkelijk was de nationalisatie van de International Petroleum Company, daterend van 9 oktober 1968, buiten de onderhandelingen gehouden. Bij de verdeling van de gelden ontstond hieromtrent een geschil tussen de V.S. en Peru. Zie o.m. *I.L.M.*, 1975, p. 36 e.v. en *R.G.D.I.P.*, 1975, p. 815.

(196) WHITE, G., *op. cit.*, p. 257-258.

Ook Becher herinnert eraan dat naar klassiek volkenrecht er eerst uitputting der interne rechtsmiddelen moet geschieden. De conclusie die hij daaraan verbindt met betrekking tot het Handvest kunnen we, gelet op de door ons voorgestane interpretatie niet bijtreden : « Die Festlegungen der Charta bewegen sich also auch in dieser Frage im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts... » (BECHER, K., « Die Charta der ökonomischen Rechte und Pflichten der Staaten und ihre Kritiker », *Deutsche Aussenpolitik*, 1976, p. 72).

(197) AMERASINGHE, C., *op. cit.*, p. 98.

(198) AMERASINGHE, C., *op. cit.*, p. 99.

Ook kan hierom alleen niet van « déni de justice » worden gesproken.

(199) AMERASINGHE, C., *op. cit.*, p. 194.

(200) Akehurst acht de vereiste niet van toepassing « when it is clear *in advance* that the local courts will not provide redress for the injured individual » (AKEHURST, M., *A modern introduction to international law*, Allen & Unwin, London, 2nd Ed., 1970, p. 127, wij cursiveerden). Alleen constitutionele of wettelijke bepalingen terzake kunnen o.i. de opheffing van de vereiste met zich brengen, tenminste wanneer de onbevoegdheid daarin klaar en duidelijk kan worden onderkend. Bij afwezigheid van dergelijke bepalingen uitgaan van een vermoedelijke onbevoegdheid zou naar ons oordeel eventueel op een stevig gevestigde rechtspraak in gelijkaardige gevallen moeten gebaseerd zijn teneinde een succesvol invoeren van een exceptie te verhinderen wanneer tot de uitoefening van de diplomatieke bescherming zou worden overgegaan.

(201) Voorbeelden geeft o.m. BEHRENS, P., *op. cit.*, p. 415.

Een uitzondering die echter met de grootste omzichtigheid, om niet te zeggen onder voorbehoud, moet worden gehanteerd, heeft betrekking op het bedrag van de schadevergoeding; is de vreemde investeerder van oordeel dat de schadevergoeding niet « adequate » is volgens de normen van internationaal recht en kan hij dit bewijzen « beyond reasonable doubt » dan moet hij geen beroep doe op de interne rechtsmiddelen (202). Deze uitzondering roept toch wel ernstige bezwaren op : vooreerst wordt een subjectief element ingevoerd, terwijl dit minder of niet het geval is bij de bovenvermelde situaties, maar vooral bestaat er geen volkenrechtelijke standaard over de inhoud van de term « adequate » die de algemene instemming wegdraagt zodat de nationaliserende staat een diplomatieke bescherming door staat B gemakkelijk als niet-ontvankelijk zal kunnen afwijzen door gewoon het bedrag van de schadevergoeding wel als « adequate » te kwalificeren. Bovendien zal het bewijs « beyond reasonable doubt » niet zo gemakkelijk te leveren zijn; de bewijslast ten opzichte van eigen staat zal de investeerder wellicht het zwaarste vallen, omdat deze zich niet vlug tot het verlenen van diplomatieke bescherming zal laten verleiden. De kwestie wordt gecompliceerd wanneer bijvoorbeeld 3 partners, maar de vierde niet het bedrag van de schadevergoeding voldoende achten (203). Wellicht zal dan het zekere voor het onzekere gekozen worden : een lager bedrag dat relatief snel kan worden verkregen in plaats van lang te wachten op een via diplomatieke bescherming verkregen regeling die niet noodzakelijk gunstiger zal uitvallen.

De Chileense nationalisatie van Amerikaanse kopermaatschappijen heeft de vraag naar de waarde en doeltreffendheid van de rechtsbescherming door de nationale jurisdictie opnieuw in de belangstelling geplaatst. Artikel 17 van het Grondwetsamendement voorzag dat het bedrag van de schadevergoeding zou worden bepaald door de Comptroller General — een voor het leven benoemd ambtenaar, bevoegd tot onafhankelijke herziening van bepaalde regeringsdaden wiens beslissing kan worden aangevochten in laatste aanleg voor het speciale door het Amendement gecreëerde kopertribunaal onder leiding van een lid van de Supreme Court, naast een lid van het Hof van Beroep van Santiago, een lid van het Grondwettelijke Hof, de president van de Centrale Bank en de Directeur van belastingen. Het artikel 17 voorzag bovendien dat de president de Comptroller General kan opleggen van het schadevergoedingsbedrag de « excess profits » af te trekken. Er waren geen procedurale regels voorzien noch voor de vaststelling van het bedrag noch voor de berekening van de « excess profits » (204).

De toegang tot de gewone jurisdicties en meer bepaald tot de Supreme Court werd de kopermaatschappijen ontzegd o.m. omdat hogere staats-

(202) AMERASINGHE, C., *op. cit.*, p. 196-197.

(203) Deze situatie deed zich naar aanleiding van de Lybische nationalisaties voor van 11 augustus 1973 : *I.L.M.*, 1974, p. 774.

(204) STERN, S., « The judicial and administrative procedures involved in the Chilean Copper Corporations », *A.J.I.L.*, 1972, p. 206 en p. 208.

belangen op het spel stonden. Het kopertribunaal stelde zelf zijn organisatorische en procedurale regels vast. « This is itself highly unusual in Chile » (205). En om het geheel af te ronden « la portée du recours ouvert devant cette juridiction devrait se trouver singulièrement limitée, puisqu'elle décline la compétence, motif pris de la théorie des actes de gouvernement, en vue de contrôler la détermination des bénéfices excessifs faite par le Président » (206).

Ten aanzien van al deze elementen besluit de rechtsleer dan ook terecht tot een schending van een zelfs eng opgevatte volkenrechtelijke minimumstandaard (207). Ook Vicuna zal zich uiteindelijk niet kunnen verzoenen met de houding van het kopertribunaal ten opzichte van de buitengewone winsten (208). Kahn aarzelt niet de presidentiële tussenkomst een quasi-jurisdictioneel karakter toe te kennen (209). De vereiste toegang tot de nationale jurisdicties te krijgen zou op deze manier evenwel al te gemakkelijk kunnen worden uitgehoud.

Een dergelijke procedure is natuurlijk van die aard om de kapitaalexporterende landen er toe te brengen de kapitaalimporterende landen te volgen waar zij een exclusieve bevoegdheid voor hun nationale jurisdicties opeisen met vaak een bij voorbaat opgenomen verplichting af te zien van arbitrage of internationale jurisdictie.

Met betrekking tot de nationalisatie van de International Petroleum Company ging de Peruviaanse regering ervan uit dat de opgeworpen problemen bij uitsluiting door de nationale jurisdicties dienden te worden opgelost. IPC had een bezwaar tegen de getroffen maatregel ingediend bij de Superior Court of Lima wegens ongrondwettigheid, maar zonder succes, ook niet in beroep bij de Supreme Court (210). Na een onderzoek van de constitutionele aspecten (waarbij de interpretatie van de uitspraak van de Supreme Court als bijzonder moeilijk wordt ervaren) (211), stelt Furnish « (the Revolutionary Government did annul IPC's settlement agreement and possess its property unchecked by the written constitution or the judicial power) »

(205) STERN, S., *op. cit.*, p. 209.

(206) CARREAU, D., e.a., « Chronique de droit international économique », *A.F.D.I.*, 1972, p. 675.

(207) PETERSMANN, E.U., *op. cit.*, p. 292.

WEHSE, E., *op. cit.*, p. 123.

SEIDL-HOHENVELDERN, I., *Völkerrecht, 3. Erweiterte Auflage*, Carl Heymans Verlag KG, Köln, 1975, n° 1186 : niet alleen omwille van de onduidelijkheid van de berekeningsgrondslag, maar ook omwille van de afwezigheid van beroepsmogelijkheid.

(208) VICUNA, F., *op. cit.*, p. 717 en p. 725.

(209) KAHN, PH., *op. cit. in J.D.I.*, p. 238.

(210) FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 68-69, waar eveneens de door IPC aangehaalde argumenten worden weergegeven; op p. 70-71 worden deze argumenten aan de Peruviaanse grondwet getoetst.

(211) FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 72.

(212). De eerder besproken vereiste van een « due process of law » is hier dus duidelijk geschonden.

IPC bestreed eveneens de door de Peruviaanse regering geformuleerde eis tot betaling van een aanzienlijk bedrag — waardoor van schadeloosstelling voor de nationalisatie helemaal geen sprake meer kon zijn — gebaseerd op een revindicatio, en stelde daartoe vergeefs een beroep in bij de betrokken minister en daarna bij de president van de republiek (213). Bijna met zekerheid kan worden gesteld « that IPC will be given no equitable hearing in the foreseeable future » (214). Dit is inderdaad juist gebleken, gelet op de reden waarom het geschil met IPC uit de toepassingsfeer van de Amerikaans-Peruviaanse schadevergoedingsovereenkomst werd gesloten (215).

Met betrekking tot nationalisaties in het algemeen kan worden gesteld « there may be a tendency to disregard the requirements of justice and to deny even the most basic procedural requirements » (216). O.m. met betrekking tot de valuatieprocedures wordt verder gesteld dat « as long as there is not a total denial of justice in such methods of disposition there is no reason for international concern » (217). Hieraan moet evenwel gelet op de Chileense ervaring, als nuancering worden aangebracht dat ook een eventuele beroepsprocedure op haar effectiviteit en adekwaatheid moet worden getoetst. Een bij wetgeving beperkte, algemeen geldende, tussenkomst van de rechtbanken bijvoorbeeld in de valuatieprocedure hoeft niet noodzakelijkerwijze te betekenen dat de internationale minimumstandaard daardoor wordt geschonden, indien de procedure zelf voldoende waarborgen biedt (218).

Enkele voorbeelden uit de recente statenpraktijk (219) tonen naar ons oordeel aan dat de hevige reacties op de Chileense kopernationalisaties vermoedelijk tot een grotere aandacht hebben geleid bij de staten zelf om in een internationaal aanvaardbare procedure te voorzien. Gelet bovendien op het feit dat een aantal nationalisatiegeschillen buiten de jurisdicties om een oplossing krijgen, mag worden gesteld dat situaties zoals die zich hebben voorgedaan in de nasleep van de Chileense kopernationalisaties eerder tot de uitzondering behoren op weliswaar moeilijk nader te definiëren maar vrij algemeen aanvaarde regels wat betreft de rol van de nationale jurisdicties.

(212) *Ibidem*.

(213) *Ibidem*.

(214) FURNISH, D.B., *op. cit.*, p. 83.

(215) *I.L.M.*, 1974, p. 392.

(216) GOLDMAN, R.K. en PAXMAN, J.M., *op. cit.*, p. 131.

(217) GOLDMAN, R.K. en PAXMAN, J.M., *op. cit.*, p. 134, noot 22.

(218) Zie een aantal voorbeelden van valuatieprocedures bij GOLDMAN, R.K. en PAXMAN, J.M., *op. cit.*, p. 140 e.v.

(219) Zie bijvoorbeeld artikels 5-7 van het Chileense nationalisatiedecreet van 10 december 1974 met betrekking tot ITT Telephone Company (*I.L.M.*, 1975, p. 782).

Zie eveneens de Venezolaanse nationalisatiewet voor de petroleumindustrie (*I.L.M.*, 1975, p. 1496-1497).

Dat de opname van arbitrageclausules in concessieovereenkomsten tegen de ondoeltreffendheid van nationale jurisdicties geen voldoende waarborg is, wordt bevestigd door de Lybische nationalisatie van de British Petroleum Exploration Company door de wet van 7 december 1971. Een verzoek van de Britse maatschappij op 11 december 1971 om overeenkomstig de concessieovereenkomst uit 1965 een beroep te doen op arbitrage leverde niets op (220). Na de nationalisatie van een aantal petroleummaatschappijen op 1 september 1973 door Lybië werd in de Amerikaanse protestnota op naleving van voorziene arbitrageclausules aangedrongen om een afzonderlijke schending van volkenrecht te vermijden (221).

De politieke en juridische aspecten van de permanente soevereiniteit zijn nauw met elkaar verweven. Een internationaal organisme dat schadevergoedingsgeschillen zou oplossen, is politiek onaanvaardbaar omdat alle problemen in verband met permanente soevereiniteit door de nationale wetgeving worden beheerst, ongeacht of het om eigen onderdanen of om vreemdelingen gaat. Zolang rechten van andere staten niet in het gedrang komen, behoren deze beslissingen tot de exclusieve nationale bevoegdheid en kan er geen sprake zijn van arbitrage door een internationaal organisme (222). Dat is ongetwijfeld de zienswijze die door een aantal ontwikkelingslanden onverdeeld wordt bijgetreden, maar daarom nog niet als geldend recht dient te worden beschouwd. Of de werkgroep erin geslaagd is terzake enige vooruitgang te boeken komt zo dadelijk nog aan de orde.

(220) O'K EEFE, P.J., *op. cit.*, p. 279.

Daarop vroeg B.P. aan het Internationaal Hof van Justitie een scheidsrechter te benoemen. In zijn uitspraak stelde scheidsrechter Lagergren dat de nationalisatie strijdig was met het volkenrecht omdat ze was uitgevoerd voor « purely extraneous political reasons and was arbitrary and discriminatory in character » (aldus weergegeven bij RIEGER, D.F., *op. cit.*, p. 177). Bovendien werd de maatregel beschouwd als een confiscatie (RIEGER, D.F., *op. cit.*, noot 35), « ... a serious setback to efforts toward judicious resolution of compensation questions » (WESLEY, R.C., *op. cit.*, p. 11).

Daarom moet volgende bewering uit het ICSID-rapport (juni 1976) worden genuanceerd : « ... le fait que le nombre des différends soumis au Centre est limité semble confirmer l'idée que l'existence même de clauses d'arbitrage irrévocables incite les parties à un accord à opter pour un règlement à l'amiable dans le cas d'un différend » (aldus weergegeven in *Europe*, n° 2883 (nouvelle série) van 22 september 1976, p. 13, wij cursiveerden).

(221) *I.L.M.*, 1974, p. 774.

Op de problematiek van de Wereldbankkonventie wensen we in het kader van deze bijdrage niet in te gaan. We besteden evenmin aandacht aan de rol die in de ganse processus naar een consensus toe, is weggelegd, eventueel, voor regeringsgarantie-organismen.

Zie hierover bijvoorbeeld HUNT, C., « Valuation Experience of Government Investment Insurance Operations » in LILLICH, R.B. (Ed. & Contr.) *Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 69-90.

(222) E/5425, & 47.

VII. HET NATIONALISATIERECHT IN HET HANDVEST VAN ECONOMISCHE RECHTEN EN PLICHTEN VAN STATEN

I. BESPREKINGEN VOOR DE BEHANDELING IN DE TWEDE COMMISSIE

Het principe van de permanente soevereiniteit komt in het Handvest van economische rechten en plichten van staten uitdrukkelijk aan de orde en wel in hoofdstuk II, artikel 2. Het belang dat aan het principe wordt gehecht blijkt uit de talrijke voorstellen en varianten die reeds vanaf de eerste sessie van de werkgroep en uit het feit dat voor artikel 2 talloze officieuze consultaties waren voorzien. In aansluiting op dit laatste element eraan herinnerd dat ook van de officiële beraadslagingen binnen de werkgroep geen proces-verbaal voorhanden is, zodat de visie van de deelnemers moet worden afgeleid uit de door hen ingediende teksten, voorstellen en amendementen — voor zover de naam van de auteurs vermeld is — en dat de opmerkingen van de niet-leden van de werkgroep vervat zijn in een rapport daarover alleen na de eerste sessie opgesteld (223).

Het recht van staten om, in het belang van hun economische ontwikkeling en van de welvaart van hun volk, vrij en volledig over hun natuurlijke rijkdommen en hulpbronnen te beschikken, werd reeds in voorstellen tijdens de eerste sessie geformuleerd. De gebruikte terminologie sluit nauw aan bij paragraaf 1 van resolutie 1803 (XVII), maar het recht wordt hier gevestigd in hoofde van de staten — een logische evolutie die zich recent heeft voorgedaan en waarop reeds vroeger werd gewezen. Zoals dit o.m. reeds in resolutie 3016 (XXVII) het geval was, wordt de permanente soevereiniteit nu territoriaal omschreven in deze zin dat overstaten het recht wordt toegekend binnen de grenzen van hun nationale jurisdictie over de zeerijkdommen te beschikken.

De nadruk die meer dan 10 jaar geleden door de kapitaalexporterende landen werd gelegd op de rol van het internationaal recht ten opzichte van de permanente soevereiniteit wordt opnieuw bevestigd via door hun ingediende voorstellen. De vrees voor aantasting van nationale soevereiniteit vormde de grondslag voor de afwijzende houding van vele ontwikkelingslanden ten opzichte van door het internationaal recht opgelegde beperkingen. Dit vormt dan ook waarschijnlijk de reden voor het feit dat een voorstel in arbitrage te voorzien bij regeling van geschillen over natuurlijke rijkdommen verder in de discussies niet meer ter sprake komt, ofschoon een bespreking hiervan ten gronde ongetwijfeld bijzonder leerrijk zou zijn geweest.

In een iets verdere fase van de werkzaamheden werd vanuit de geïndustrialiseerde landen wat het nationalisatierecht zelf aangaat, teruggегреpen naar de traditionele formulering uit 1962. Anderzijds worden vaststelling en

(223) Het is niet de bedoeling hier de talloze varianten weer te geven met hun geschiedenis : daarover raadplege men de officiële rapporten van de werkgroep : TD/B/AC.12/1-4. Zie eveneens het in noot 2 geciteerde artikel.

regeling van schadevergoeding bepaald door de staat die nationaliseert en zijn rechtbanken zijn voor geschillen in dat verband bevoegd : een trouwe weergave van de visie van de ontwikkelingslanden. De talloze ingediende varianten weerspiegelden de verschillende visies op het probleem. Alhoewel, evenmin als in 1962, het beginsel van de nationalisatie op zichzelf niet wordt betwist, wensen de kapitaalexporterende landen de toezegging van een behoorlijke vergoeding.

Tussen de derde en vierde sessie van de werkgroep greep de Zesde Speciale Sessie van de Algemene Vergadering plaats. Zoals reeds vermeld bevat de Declaratie opnieuw het principe van de permanente soevereiniteit, inclusief het nationalisatierecht zonder beperkingen, en zonder enige referentie naar schadevergoeding. De West-Duitse poging om het standpunt van de kapitaalexporterende landen in de tekst op te nemen leed schipbreuk; meteen kan een ernstig vraagteken worden geplaatst rond de bereikte pseudo-consensus, waartoe de rijke landen zich hebben laten overhalen om de speciale sessie niet op een totale mislukking te laten uitlopen. Met deze declaratie als belangrijk resultaat van de speciale sessie kwamen de ontwikkelingslanden naar de laatste sessie van de werkgroep.

Ter voorbereiding van de vierde sessie stuurden de Mexicaanse gastheren een tekst naar de delegaties, bedoeld om een onvermijdelijk compromis mogelijk te maken. Het principe van de permanente soevereiniteit werd andermaal bevestigd, met inbegrip van een ongeconditioneerd recht over te gaan tot nationalisatie die aanleiding geeft tot de verplichting conform de nationale regeling een « appropriate compensation » te betalen. (De tendens naar « eventuele » schadevergoeding en het ontkennen van een werkelijke plicht scheen hier enigszins te worden afgeremd). Pluspunt in de Mexicaanse tekst was de aansluiting bij resolutie 1803 (XVII) in verband met de geschillenregeling, met dit belangrijke verschil nochtans dat er geen sprake meer is van alternatieve maar van successieve regelingsmogelijkheden : de nationale rechtsmiddelen moeten eerst zijn uitgeput, terwijl de formulering en zinsconstructie van resolutie 1803 (XVII) de mogelijkheid bood via een overeenkomst bij voorbaat in die zin, rechtstreeks een beroep te doen op arbitrage of internationale jurisdictie. In de Mexicaanse versie wordt de vraag naar de waarborgen bij verplichte uitputting van de nationale jurisdicties wel erg belangrijk.

Op het einde van de vierde sessie diende de Filippijnse delegatieleider Brillantes in persoonlijke naam een tekst in, die echter door de groep van de 77 niet werd aanvaard. Het principe van de permanente soevereiniteit werd bevestigd, terwijl het nationalisatierecht werd vermeld onder voorwaarde van een « just compensation in the light of all relevant circumstances » (de oorspronkelijke tekst sprak van « fair », een stap in de richting van de visie van de ontwikkelingslanden). Het voorstel maakt mogelijk bij overeenkomst af te zien van een beroep op de nationale jurisdictie, opnieuw een poging dus om aan te sluiten bij resolutie 1803 (XVII). Een algemene referentie naar het volkenrecht kwam in de tekst van Brillantes niet voor, maar wel werd gesteld

dat internationale engagements zonder nadere precisering, te goeder trouw dienden te worden nageleefd.

Globaal lieten de standpunten zich toen als volgt resumeren : de leden van de B-groep zijn van oordeel dat er een referentie moet komen zodat nationalisatie onderworpen is aan internationale verplichtingen en zodat schadevergoeding beheerst wordt door algemeen aanvaarde beginselen van internationaal recht. De groep van de 77 en China daarentegen menen dat zowel de nationalisatie als de schadevergoeding uitsluitend beheerst worden door de nationale wet; zij werden hierin bijgetreden door de landen van de D-groep.

De besprekingen tijdens de 57^e sessie van de Ecosoc, in juli 1974, toonden aan dat de in 1962 reeds omstreden punten ook nu nog voorwerp van controversen waren gebleven, en dit geldt op de eerste plaats in toenemende mate voor het absoluut of door het volkenrecht gelimiteerde nationalisatierecht (224). Door de Amerikaanse vertegenwoordiger werd herinnerd aan de vereiste van « public purpose, without discrimination and on payment of appropriate compensation in accordance with international law » (225). De adekwaatheid van het bedrag kan voorwerp van betwisting zijn, maar niet het principe zelf. Vanuit de ontwikkelingslanden werd gesteld dat de staten discretionair over het bedrag van een « eventuele » schadevergoeding beslissen waarbij uitdrukkelijk de traditionele standaard werd verworpen.

Opgemerkt moet worden dat de kwestie van de permanente soevereiniteit zich wel hoofdzakelijk centreerde rond het nationalisatierecht en zijn uitvoeringsmodaliteiten, maar dat de discussies zich hiertoe niet beperkten; inderdaad, verder kwamen aan de orde de controle op vreemde investeringen en de plaats van transnationale korporaties.

Tijdens de consultaties te Genève, in september 1974, betroffen de tegenstellingen nog steeds de vraag of schadevergoedingsuiterking een legaliteitsvoorwaarde mocht worden genoemd, de aard van de schadevergoeding — « just » of « appropriate » — de aanwezigheid van een schadevergoedingsplicht überhaupt, en tenslotte de hoegroetheid ervan — « in the light of all relevant circumstances ». Wat betreft de rol van de nationale jurisdicties werd de verplichting gesteld daarop een beroep te doen, met evenwel de mogelijkheid daarvan bij overeenkomst af te wijken, terwijl een ander voorstel daaraan een administratieve fase van onderhandelingen wil laten voorafgaan. De kwestie of ook privé-investeerdere (« parties ») dan wel alleen staten dergelijke overeenkomsten over geschillenregeling konden afsluiten bleef controversieel (226).

(224) Zie bijvoorbeeld E/AC.6/SR.700, p. 146 (Pakistan) en E/AC.6/SR.701, p. 153 (Algerië).

Zie anderzijds E/AC.6/SR.701, p. 153-155 : de vertegenwoordigers van de Duitse Bondsrepubliek en de V.S. en Spanje.

(225) E/AC.6/SR.701, p. 155.

(226) De problematiek had zich in 1962 reeds gesteld, maar dan op het vlak van de investeringsovereenkomsten in het algemeen. De bewering van Castaneda dat er zich op dit vlak geen essentiële meningsverschillen voordoen tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden (*op. cit.* in *Justice économique internationale*, p. 109) kan dan ook niet worden bijgetreden.

Tenslotte bleef de verdeeldheid groot met betrekking tot de vraag of de uitoefening van permanente soevereiniteit in haar geheel beheerst werd door normen van internationaal recht. Tot de mogelijkheden behoorden o.m. een expliciete referentie naar algemeen erkende volkenrechtelijke principes of een toch niet eenzinnig te interpreteren referentie naar de beginselen vervat in hoofdstuk I van het Handvest, principes waarvan niet zonder meer kan worden gesteld dat ze volkenrecht uitmaken. De rol van de nationale wetgeving werd door de leden van de B-groep onderkend, maar het resultaat van deze tussenkomst moest aan normen van internationaal recht worden getoetst: basis hiervoor kon worden geleverd door gewoonterechtelijke regels of konventionele bepalingen, deze laatste evenwel zonder universele draagwijdte. Algemeenheid en uniformiteit waren, aldus de groep der 77, onvoldoende aanwezig om op dit vlak van gewoonterechtelijke regels te kunnen spreken. Pogingen om een oplossing te bereiken waarbij beide standpunten toch konden worden gehandhaafd leverden evenmin resultaat op (227). De consultaties, medio oktober 1974 te New York gevoerd, maakten, indien nodig, de oude scheiding der standpunten nog duidelijker. Zo lagen de zaken toen de kwestie aan de orde kwam in de Tweede Commissie.

2. BEHANDELING IN DE TWEDE COMMISSIE EN IN DE ALGEMENE VERGADERING

De ingediende ontwerpresolutie weerspiegelde uiteraard het standpunt van de ontwikkelingslanden: aangepaste schadevergoeding zou slechts worden betaald, indien de relevante omstandigheden dit zouden vereisen. Het gaat dus duidelijk om een mogelijkheid en allesbehalve om een erkenning van een schadevergoedingsplicht. Geeft de kwestie van de schadevergoeding aanleiding tot een geschil, dan is de nationale rechtsorde — met haar wetgeving en rechtbanken — uitsluitend bevoegd, tenzij de staten andere procedures hebben voorzien.

Het Westerse amendement op de ontwerpresolutie voorzag in nationalisatie « for a public purpose » en op voorwaarde dat « just compensation » zal worden betaald in het licht van de relevante omstandigheden. Tenzij door de partijen anders overeengekomen moeten de interne rechtsmiddelen worden uitgeput. De naleving in goede trouw van internationale verplichtingen bleef de ganse permanente soevereiniteit beheersen. Deze laatste referentie komt in de ontwerpresolutie niet voor.

Dat de beide standpunten geen stap dichterbij elkaar waren gekomen, blijkt ook uit de discussies in de Tweede Commissie. Hieruit wordt ook

(227) In verband met resolutie 1803 (XVII) werd in de rechtsleer gewezen op het belang van de preambule waarin was gesteld « due regard should be paid to the rights and duties of States under international law ». Deze bepaling moet van toepassing worden geacht op gans de resolutie, inclusief het beschikkend gedeelte (GESS, K., *op. cit.*, p. 406 en noot 42). Precies over de infassing van een dergelijke referentie in artikel 2 draaide een gedeelte van de controverse tijdens de besprekingen van de werkgroep in 1973-1974.

duidelijk dat de ontwikkelingslanden geen eenvormige interpretatie geven aan een door hen als groep gestemde ontwerp-resolutie.

Als resultaat van verdere onderhandelingen werd dan nog vóór de stemming volgende correctie aan de ontwerp-tekst aangebracht : het waarschijnlijkheidskarakter van de schadevergoeding werd afgezwakt door de formulering « taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent ». De rol van wetten en reglementeringen is nieuw terzake en kan ook worden geïnterpreteerd als een versterking van de discretionaire bevoegdheid van de staat al of niet schadevergoeding toe te kennen. Extreem genomen zou een algemene wetsbepaling, dat geen schadevergoeding zal worden uitgekeerd bij nationalisatie van vreemde eigendommen, hiervoor voldoende zijn. De correctie-formulering en de mogelijke interpretatie ervan zijn moeilijk verzoenbaar met het beginsel dat een staat zich niet op grondwet of nationale wet vermag te beroepen bij niet-naleving van volkenrechtelijke verplichtingen. Maar dit laatste vormt hier nu precies het grote knelpunt : een erkenning van een volkenrechtelijke schadevergoedingsplicht kan niet ondubbelzinnig uit de tekst worden afgeleid en is zeker niet de bedoeling van de sponsors geweest. De gecorrigeerde tekst was niet in staat de tegenstand van Westerse zijde op te vangen en kreeg dan ook 16 stemmen tegen (waaronder de voltallige Gemeenschap) en 6 onthoudingen.

Redelijke overeenkomsten voor schadevergoedingsregelingen zijn een absolute noodzaak en de bepalingen terzake in het Handvest zijn ontoereikend (228). Deze geschillen kunnen internationale aspecten vertonen en moeten daarom ook conform de regels van het volkenrecht een oplossing krijgen (229). De afwezigheid van een referentie naar internationale arbitrage en verplichtingen zal uiteindelijk in het nadeel van alle landen uitdraaien (230). De mogelijkheid over te gaan tot nationalisatie zonder schadeloosstelling wordt resoluut van de hand gewezen, terwijl de afwezigheid van een referentie naar een volkenrechtelijke behandeling van vreemde investeringen een groter struikelblok vormt (231).

Wat zoëven werd gesteld naar aanleiding van de interpretatie van de correctie-formulering werd reeds bevestigd door de Canadese interventie, en ook door de Cubaanse zienswijze : een positieve stem is geen aanvaarding van het recht op schadevergoeding in alle gevallen (232).

Om alle misverstanden te vermijden en investeringen niet af te schrikken moet een positieve stem worden uitgelegd in het licht van de belofte alle aangegane investeringsverbintenissen te zullen nakomen (233).

(228) A/C.2/SR.1649, p. 5 : Finland.

(229) A/C.2/SR.1649, p. 9 : Noorwegen.

(230) A/C.2/SR.1649, p. 11 : Denemarken.

(231) A/C.2/SR.1649, p. 18 : Canada.

(232) A/C.2/SR.1649, p. 23-24 : Cuba.

(233) A/C.2/SR.1649, p. 24 : Indonesië.

Zie eveneens in dezelfde zin : A/C.2/SR.1650, p. 12 : Iran.

Het Westerse amendement had de bedoeling iedere groep haar positie te laten behouden met betrekking tot de vraag of internationale verplichtingen alleen op verdragen kunnen zijn gebaseerd dan wel of ze ook kunnen voortspuiten uit gewoonterecht (234) en was in zijn geheel de maximale toegeving welke men kan toestaan (235).

De verwaarlozing van volkenrechtelijke regels rechtvaardigt een tegengestemd (236) respectievelijk een niet-deelname aan de stemming (237). Een duidelijke omschrijving van de Westerse houding gaven de Australische en Nederlandse afgevaardigden: nationalisatie moet gepaard gaan met een billijke schadevergoeding, betaald zonder ongewettigde vertraging en vastgesteld volgens internationale regels voor geschillenregeling (238).

Het verzet van de Westerse landen spruit dus hoofdzakelijk voort uit drie elementen: de mogelijke interpretatie over te mogen gaan tot nationalisatie zonder schadeloosstelling, de volledige afwezigheid van elke referentie naar naleving van internationale verplichtingen en de onbevredigende formulering voor de geschillenregeling (239). Nieuwe elementen kwamen in de stemverklaringen in de Algemene Vergadering niet voor (240).

De formulering van het Handvest vormt in deze zin een stap terug ten opzichte van de Declaratie van de Zesde Speciale Sessie dat niet meer expliciet wordt gesproken over eventuele schadevergoeding al gaat het bij « il devrait verser... » om een bijna niet merkbaar verschil in hypothetische intensiteit. Immers, via de pertinente omstandigheden is het vrij eenvoudig de schadevergoeding tot nihil te herleiden zonder zich ergens te moeten uitspreken over het volkenrechtelijk verplichtend karakter ervan. De tekst

(234) A/C.2/SR.1649, p. 19: Canada.

(235) A/C.2/SR.1649, p. 26: Japan.

(236) A/C.2/SR.1650, p. 5: Italië.

A/C.2/SR.1650, p. 10: Oostenrijk.

A/C.2/SR.1650, p. 17: Verenigd Koninkrijk.

A/C.2/SR.1649, p. 25: Verenigde Staten.

(237) A/C.2/SR.1650, p. 13: Jordanië.

(238) A/C.2/SR.1650, p. 7: Australië.

A/C.2/SR.1650, p. 15: Nederland.

Blijkens een recente mededeling van het Department of State is de Amerikaanse houding nog steeds ongewijzigd (Department of State statement on foreign investment and nationalization, 30 december 1975, *I.L.M.*, 1976, p. 186).

(239) Reeds in 1962 hadden de V.S. hun instemming met de ganse ontwerpresolutie afhankelijk gesteld van een bevredigende formulering inzake geschillenregeling (aldus vermeld bij GESS, K., *op. cit.*, p. 437).

(240) De visie van Mexico — toch wel erg belangrijk gelet op zijn rol bij het totstandkomen van het Handvest — kan weer worden geïnterpreteerd als een impliciete erkenning van een recht op schadeloosstelling, wat dan weer moeilijk verzoenbaar is met de Cubaanse tussenkomst in de Tweede Commissie en aantoonde dat de coherentie binnen de groep der 77 zich vaak eerder op het tactische dan op het principiële vlak situeert.

Zie eveneens in dezelfde zin HAIGHT, W., « The New International Economic Order and the Charter of Economic Rights and Duties of States », *International Lawyer*, 1975, p. 598-599.

van het Handvest zoals hij nu is geformuleerd laat eveneens de mogelijkheid open dat de nationalisatiewetgeving van meet af aan bepaalt dat geen schadevergoeding zal worden betaald en vermits ook dit geschil, over het bestaan zelf van een plicht tot schadevergoeding, volgens de termen van alinea C van paragraaf 2 uit artikel 2 overeenkomstig de nationale jurisdicties zal worden beslecht, kan de formulering moeilijk als een duidelijke erkenning van een schadevergoedingsverplichting worden aangezien; daarvoor zijn te uiteenlopende de interpretaties mogelijk.

Wel moet worden toegegeven dat een eerdere formulering (« ... cet Etat devrait verser une indemnité adéquate, à condition que toutes les circonstances pertinentes le requièrent ») veel meer leek te wijzen in de richting van de afwezigheid van een schadevergoedingsplicht. Ofschoon de huidige formulering het voorwaardelijk karakter van de schadevergoeding enigszins heeft afgezwakt, is dit blijkbaar toch nog onvoldoende geweest. Feuer stipt bij de huidige formulering naar ons oordeel terecht aan « ... ainsi conçu le droit international lui-même mettrait entre les mains des Etats tous moyens voulus pour tourner l'obligation qu'il pose » (241).

Bovendien is het zo dat de sterke meerderheid waarover Castaneda spreekt (242) niet bij alle gelegenheden de mening vertolkt dat er een schadevergoedingsplicht bestaat : er zijn naar ons oordeel voldoende contra-indicaties aanwezig op basis waarvan kan worden gesteld dat een groot aantal kapitaalimporterende landen de uitkering van een schadevergoeding als een discretionaire, zuiver nationale beslissing beschouwt, aan de grondslag waarvan geen internationale verplichting moet worden gezocht. De ganse voorgeschiedenis van artikel 2 maakt het moeilijk de relatief gunstige interpretatie van Castaneda bij te treden : de goedkeuring van de voorgestelde wijziging door de groep der 77 in haar geheel moet o.i. dan ook eerder beschouwd worden als hoofdzakelijk ingegeven door overwegingen van tactische aard : een amendement maakt het verschil in standpunt met de kapitaalexporterende landen duidelijk.

(241) FEUER, F., « Réflexions sur la charte des droits et devoirs économiques des Etats », *R.G.D.I.P.*, p. 291.

Zie in dezelfde zin o.m. LILICH, R.B., *op. cit. in Valuation of nationalized property in international law* III, p. 188.

« Le droit national remplace donc le droit international, ce qui n'était pas le cas dans la résolution de 1962... » (COLARD, D., « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats », *Etudes Internationales*, 1975, p. 454).

Zie eveneens ZAPHIRIOU, G.A., *op. cit.*, p. 760.

« As it now exists, the Charter represents a serious attack on the very concept of international law, regardless of what its substance may be or may be agreed to be by any of us » (BROWER, N., *in Proceedings of the American Society of International Law, 69th Annual Meeting*, p. 232). In dit verband moet gewezen worden op een mogelijke herziening van de tekst van het Handvest zoals bepaald in artikel 34.

(242) CASTANEDA, J., « La Charte des droits et devoirs économiques des Etats. Note sur son processus d'élaboration », *A.F.D.I.*, 1974, p. 51.

De volgehouden afwijzing van elke referentie naar het internationaal recht terzake wijst o.i. in dezelfde richting en heeft zowel betrekking op de schadevergoedingsplicht zelf als op de eventuele gewoonterechtelijke waarde van de noodzakelijke kenmerken van de schadevergoeding. Het komt ons tenslotte twijfelachtig voor of de door Castaneda geschetste visie op de rol van het volkenrecht met betrekking tot de permanente soevereiniteit kan doorgaan als de visie van de staten die de groep der 77 uitmaken; de verwarring waarop de auteur zelf zinspeelt (243) maakt het moeilijk dit zonder meer aan te nemen.

De discussies in de Tweede Commissie lieten wel toe een zekere evolutie aante wijzen bij de industrielanden van de traditionele omschrijving naar « just compensation in het light of all relevant circumstances » zoals in het amendement op artikel 2 werd gesteld. Deze formuleringen « adequate » en « just » zeggen natuurlijk nog niets over de manier waarop ze door de staten kunnen worden geïnterpreteerd en toegepast.

Anderzijds geeft de toewijzing principieel van alle geschillen aan de nationale rechtsorde duidelijk het standpunt weer dat het volkenrecht over de kenmerken van de schadevergoeding niets (meer) te vertellen heeft. Meteen moet er echter ook op gewezen worden dat het affirmeren van de exclusieve bevoegdheid van de staten om daarover te oordelen niet volstaat om te concluderen dat het volkenrecht dan ook niet meer bevoegd is om tussenbeide te komen.

BESLUIT

In de loop van de uiteenzetting werden bij de behandeling van de deelaspecten van de complexe problematiek reeds een aantal elementen van conclusie aangevoerd. Het is niet onze bedoeling alle vraagstukken opnieuw en systematisch aan de orde te laten komen.

Voreerst kan worden gesteld dat er voldoende aanwijzingen voorhanden zijn om aan te nemen dat het principe van de permanente soevereiniteit, als belangrijk attribuut van soevereiniteit — met een latent aanvaarde uitloper naar gebieden en volkeren zonder zelfbeheer — een werkelijk bestaansrecht heeft verworven en in toenemende mate wordt gezien als belangrijke hefboom in de ganse ontwikkelingsproblematiek.

Zowel door statenpraktijk als door rechtsleer wordt nationalisatie als één der belangrijkste uitoefeningsmodaliteiten van deze permanente soevereiniteit op de voorgrond geplaatst, zonder daarom aanspraken op exclusiviteit te kunnen doen gelden. Niettemin heeft het overwegend belang van deze uitoefeningsmodaliteit ertoe geleid dat voldoende gegevens voorhanden zijn opdat van een toenemende en nu wellicht onbetwistbare gewoonterechtelijke erkenning van het nationalisatierecht zou kunnen worden gesproken.

(243) CASTANEDA, J., *op. cit. in A.F.D.I.*, p. 55.

Het verloop van een nationalisatie volgens « a due process of law » en het non-discriminatoire karakter ervan vormen beperkingen, hoofdzakelijk door de westerse rechtsleer gesteld maar waarvan dan toch ook weer niet kan worden beweerd dat daaraan in de statenpraktijk geen aandacht wordt geschonken. Het grotendeels casuïstisch karakter van de nationalisatieproblematiek brengt evenwel met zich dat de in dit verband noodzakelijk geacht feitelijke gegevens zich niet zo frekwent uit de statenpraktijk laten afleiden. Dit verhindert evenwel niet dat, zeker wat het non-discriminatoire karakter betreft, een toenemende erkenning van deze voorwaarde kan worden geconstateerd. Dezelfde casuïstische achtergrond heeft er ons dan weer toe gebracht de « public utility »-vereiste niet los te laten, maar eventueel als marginale toetsingsgrond te behouden, vooral dan met betrekking tot de zogenaamde « sanctie-nationalisaties ».

Ongeacht de daaraan in de rechtsleer gegeven grondslag kan de schadevergoedingsplicht, op dit moment, moeilijk worden beschouwd, als een gewoonterechtelijke regel die zou zijn opgeheven door een belangrijke afwijkende statenpraktijk; anderzijds heeft de klassieke formulering van de schadevergoedingskenmerken onder invloed van de globale statenpraktijk een interpretatie gekregen gebaseerd op redelijkheid en billijkheid. In het kader van de vrij recente belangstelling van de rechtsleer voor de verschillende valuatiemethoden, moet worden aangenomen dat de compensatiedoctrine, gegrond op een toenemende multidisciplinaire benadering, de meeste waarborgen biedt om een begin van oplossing te leveren dat enige kans maakt door dezelfde statenpraktijk te worden aanvaard.

Verder is er de kwestie van de beoordeling over de naleving van de naar ons oordeel nog steeds door het volkenrecht gestelde legaliteitsvoorwaarden, met een aantal te aanvaarden aksentsverschuivingen onder invloed van de statenpraktijk. Ditzelfde uitgangspunt maakt het tevens onmogelijk de nationale jurisdicties van het gastland de exclusieve beoordelingsbevoegdheid toe te kennen over deze conformiteit naar volkenrecht. De dan toch wel eerder op het politieke vlak te situeren afwezigheid van een doorbraak naar de aanvaarding toe van internationale arbitrage en jurisdictie, vermag niet de cruciale waarde uit te hollen van arbitrageclausules in investeringsovereenkomsten noch de uitoefening van de diplomatieke bescherming in het gedrang te brengen.

Gelet op het feit dat het Handvest van economische rechten en plichten van staten dan toch als referentiepunt werd genomen, menen we er goed aan te doen nog enkele elementen in dat verband naar voren te halen. Wanneer de laatste fase van de onderhandelingen werd bereikt en het dus voor iedereen duidelijk was dat men om een stemming te vermijden niet meer al het mogelijke moest doen via vergaand toegeeflijke en bijna ipso facto dubbelzinnige formuleringen, lieten zich de standpunten klaarder formuleren, althans wat de kapitaalexporterende landen betreft, dan dit ooit tijdens de besprekingen binnen de werkgroep wegens tactische overwegingen het geval was geweest. Daarom kan met voldoende zekerheid worden aangenomen dat

de in het amendement (244) opgenomen formuleringen een tamelijk preciese weergave vormen van de heersende rechtsovertuiging op dat moment zowel van de 14 sponsors als, weliswaar met een geringere graad van waarschijnlijkheid, van de staten die er mee hebben voor gestemd (245). Voor deze groep van staten, en wellicht ook voor een gedeelte der staten die zich bij de stemming over dit amendement hebben onthouden (246) wordt de uitoefening van permanente soevereiniteit in ieder geval op dwingende wijze beheerst door het nakomen in goede trouw van de internationale verplichtingen, waaronder zowel algemene als conventionele regels van volkenrecht dienen te worden verstaan, bij deze laatste ook inbegrepen de overeenkomsten met privé-investeerders gesloten.

De volkenrechtelijke beperkingen van het nationalisatierecht — dat overigens ook in deze versie wordt bevestigd — betreffen de doelstelling — het moet gaan om een « public purpose » — en de verplichting tot het betalen van een « just compensation » in het licht van alle relevante omstandigheden. In verband met de hoger besproken legaliteitsvoorwaarden worden hier een aantal elementen bevestigd: het eerder occasionele karakter van de aandacht in de statenpraktijk voor « a due process of law » en een non-discriminatoir karakter wordt weerspiegeld in de afwezigheid van elke referentie in die zin, terwijl anderzijds de wenselijkheid wordt onderstreept de « public purpose »-vereiste toch te behouden en wordt overgegaan tot de meer recente benadering van de schadevergoedingskenmerken. Tenslotte staat het de *partijen* vrij de voorafgaande uitputting der interne rechtsmiddelen bij onderlinge overeenkomst uit te sluiten.

In de formulering van het amendement komt duidelijker tot uiting dat het nakomen van de schadevergoedingsplicht een legaliteitsvoorwaarde van de uitoefening van het nationalisatierecht uitmaakt: « provided that ». De kwalificatie « just » voor de schadevergoeding geeft de evolutie en de nuancering weer en heeft duidelijker een connotatie van de belangenafweging tussen gastland en investeerder dan het vroegere « appropriate ». Hierop wijst ook de toevoeging « in the light of all relevant circumstances », zinsnede die in resolutie 1803 (XVII) niet voorkomt. De zinsnede « and in accordance with international law » heeft in het amendement niet alleen betrekking op de aangepastheid van de schadevergoeding, maar werd in de derde paragraaf van het amendement verwoord met de bedoeling de ganse permanente soevereiniteit te beheersen.

(244) Amendement A/C.2/L.1404, opgenomen in A/9946, p. 16.

(245) A/9946, p. 15 (g).

Oostenrijk, IJsland, Noorwegen, Spanje en Zweden behoorden niet tot de sponsors maar stemden toch voor (A/C.2/SR.1648, p. 3). De geringere graad van waarschijnlijkheid wordt gebaseerd op het feit dat niet over alle onderdelen van het amendement afzonderlijk werd gestemd.

(246) We denken hier aan staten zoals Finland, Israël, Malta en Turkije (A/C.2/SR.1648, p. 4).

De uitputting der interne rechtsmiddelen is zowel in resolutie 1803 (XVII) als in het amendement voorzien, met dit verschil dat deze bepaling in de resolutie geen betrekking heeft op de behandeling van vreemde investeringen en het reeds hoger aangestipte nuanceverschil « however-unless » met betrekking tot de afwijkingsmogelijkheid. Het kernstuk van de traditionele standaard in verband met nationalisaties bleef dus ongewijzigd.

De zoëven beschreven benadering beschouwen als blijvende nieuwe positie van de geïndustrialiseerde wereld lijkt echter niet zo maar mogelijk. Inderdaad, het amendement bevatte de maximale concessies waartoe de sponsors bereid waren om nog een accoord mogelijk te maken (247) en na de stemming reeds werd duidelijk teruggegrepen naar de oude formulering van de traditionele standaard (248). Hierbij wordt duidelijk dat ook een finale onderhandelingspositie niet zonder meer en volledig met rechtsovertuiging mag worden gelijkgesteld. In het licht van deze stemverklaringen moet het bovenstaande dan ook worden gecorrigeerd: een aantal kapitaalexportende landen treden de nieuwe formulering bij, terwijl andere aan de traditionele standaard blijven vasthouden.

Naast deze aangepaste versie van de traditionele standaard was er de gecorrigeerde ontwerp-resolutie met het niet-verplichtend karakter van de schadevergoeding (« should ») die als « appropriate » werd omschreven rekening houdend met relevante wetten en omstandigheden. Er was verder voorzien in een verplicht beroep op de nationale jurisdicties tenzij de betrokken *staten* anders waren overeengekomen. Bovendien was de vermelding over de naleving in goede trouw van internationale verplichtingen achterwege gelaten, wat een duidelijke verwerping betekent van de visie dat het volkenrecht aan de uitoefening van het nationalisatierecht beperkingen heeft te stellen. Deze visie mag verondersteld worden deze te zijn van de overweldigende meerderheid der staten (249) met deze correctie nochtans dat voor sommige staten een positieve stem geen aanvaarding van het recht op schadevergoeding betekende in alle gevallen (250), terwijl andere ontwikkelingslanden zich haastten te verklaren dat aangegane investeringsver-

(247) A/C.2/SR.1649, p. 26 : Japan.

(248) Zie bijvoorbeeld de Australische stemverklaring : A/C.2/SR.1650, p. 7.

(249) Dit onderdeel van artikel 2 werd aanvaard door 104 staten (A/9946, p. 24).

In het licht van wat in de loop van de uiteenzetting reeds werd naar voren gebracht — en ook elders over de juridische aard van het Handvest werd geschreven (WELLENS, K., *op. cit. in Jura Falconis*, 1976-1977, te verschijnen) — kunnen we de visie van White niet bijtreden : « ... it is difficult to argue that, with a consensus of at least 104 states in favour of the new standard, there remains a requirement of just compensation as a precondition to the legality of any expropriation » (WHITE, R., « A new international economic order » *I.C.L.Q.*, 1975, p. 547).

De voorkeur van Salem voor resolutie 3281 (XXIX) in verband met de rol van het volkenrecht terzake, boven resolutie 1803 (XVII), is gebaseerd op een, naar ons oordeel wegens het vaak circumstantieel karakter van resoluties, gewaagde transpositie van de regel « *lex posterior derogat priori* » (SALEM, M., « Vers un nouvel ordre économique international. A propos des travaux de la 6^e session extraordinaire des Nations Unies », *J.D.I.*, 1975, p. 588-589).

(250) A/C.2/SR.1649, p. 24 : Cuba.

bintenissen zouden worden nageleefd (251). Reeds eerder werd gewezen op de Mexicaanse tussenkomst en de niet zo evidente eensgezindheid binnen de grote groep der ontwikkelingslanden.

Tijdens de besprekingen binnen de groep der 77 zou gebleken zijn dat een overgrote meerderheid het bestaan van een internationale schadevergoedingsplicht aanvaardde (252). Reeds eerder hebben we gesteld dat het « eventuele » karakter van de schadevergoeding door de nieuwe formulering enigszins werd afgezwakt, maar niet weggenomen, en dat over het onderdeel van het amendement, waarin de erkenning van de schadevergoedingsplicht ondubbel zinnig was vastgelegd, niet afzonderlijk werd gestemd. Daaraan moet nog worden toegevoegd dat de door Castaneda aan de meerderheid binnen de groep der 77 toegeschreven stellingname zeker niet door de officiële stemverklaringen of de toelichting bij de aangebrachte correcties wordt bevestigd : een duidelijke aanwijzing voor de interpretatie van de gecorrigeerde tekst zou niet alleen de nu heersende dubbelzinnigheid hebben kunnen ondervangen, maar zou wellicht een minder negatieve opstelling door de kapitaalexporterende landen hebben kunnen bewerkstelligen. De door ons voorgestane interpretatiemogelijkheid die als voor de hand liggend moet worden beschouwd wanneer men noodzakelijkerwijze dient voort te gaan op de officiële standpuntbepalingen, wordt ook elders in de rechtsleer onderkend (253) en dient o.i. tot formele contra-indicaties voorhanden zijn te worden aangehouden.

De ganse discussie kan ook op een algemener niveau worden gebracht waar o.m. de vraag wordt gesteld of de voorafgegevenheid moet gezocht worden bij de soevereiniteit, het zelfbeschikkingsrecht der volkeren of het internationaal recht en hun verdere onderlinge verhoudingen. Hierbij wordt weliswaar recht gedaan aan artikel 33, 2 van het Handvest (interpretatie en toepassing in onderlinge samenhang) wordt men geconfronteerd met de dialectiek soevereiniteit-samenwerking (254), maar wordt o.i. tevens meteen de grens overschreden naar een eerder rechtsfilosofische benadering van de problematiek, een benadering die een globale behandeling van het Handvest vergt in een zeer ruim kader. Hiermee weze evenwel het belang van een

(251) Zie bijvoorbeeld Koeweit (A/C.2/SR.1642, p. 11) Indonesië (A/C.2/SR.1644, p. 9-10 en A/C.2/SR.1649, p. 24) Iran (A/C.2/SR.1650, p. 12).

(252) CASTANEDA, J., *op. cit.*, in *A.F.D.I.*, p. 51.

Zie eveneens CASTANEDA, J., *op. cit.* in *Justice économique internationale*, p. 101, p. 103, noot 8 en p. 106-107.

Zie eveneens de verklaring van de vroegere Mexicaanse VN-ambassadeur Garcia Robles : « In my opinion, that text makes the payment of appropriate compensation mandatory » (ROBLES, G., in *Proceedings American Society of international law, 69th Annual Meeting*, p. 230).

(253) BECHER, K., « Die Charta der ökonomischen Rechte und Pflichten der Staaten-Instrument zur Durchsetzung der gleichberechtigten Zusammenarbeit der Staaten, Deutsche Außenpolitik », Sonderheft UNO-Bilanz, 1974-1975, p. 78.

FEUER, G., *op. cit.* in *R.G.D.I.P.*, p. 291.

BROWER, C.N. en TEPE, J.B., *op. cit.*, p. 305.

(254) Zie o.m. VIRALLY, M., *op. cit.*, p. 67 e.v.

dergelijke eerder rechtsfilosofische benadering helemaal niet onderschat; onmiddellijk immers moet worden erkend dat de ganse nationalisatieproblematiek, in weerwil van het eigen complexe karakter, slechts één van de vele domeinen uitmaakt, waar er een voortdurende interactie noodzakelijkerwijze plaatsgrijpt tussen al dan niet verkeerd begrepen « voorbehouden domein » als duidelijke manifestatie van soevereiniteit en al dan niet door de realiteit reeds achterhaalde pogingen het gedrag der staten aan nieuwe of nog voorggehouden regels te onderwerpen.

Deze zoëven vermelde rechtsfilosofische benadering moet, zoals Castaneda naar ons oordeel zeer terecht opmerkt (255), worden onderscheiden van de vraag naar de mogelijke beperkingen door het volkenrecht aan uitoefeningen van de soevereiniteit. De door hem voorgestane interpretatie van artikel 2, paragraaf 2, alinea c, in samenhang met de beginselen van hoofdstuk I van het Handvest (256), waartoe o.m. behoort « fulfilment in good faith of international obligations » (die verder niet worden gepreciseerd) zou op basis van de tekst alleen kunnen worden onderschreven, maar de voorgeschiedenis ervan maakt dat deze interpretatie van de rol van het internationaal recht terzake niet zonder meer kan worden beschouwd als zijnde de opvatting van de sponsors van de ontwerpresolutie; de auteur wijst trouwens zelf op de uiteenlopende benaderingen (257), en een zekere verwarring terzake « due à la préparation juridique insuffisante d'un certain nombre de participants, qui par ailleurs tendaient à souligner seulement l'aspect politique du document » (258). Rekening houdend met alle gegevens uit de voorgeschiedenis van de tekst van het Handvest menen we te mogen stellen dat de mogelijke contra-indicaties onvoldoende doorwegen om niet het besluit te wettigen dat de huidige formulering van artikel 2, paragraaf 2, alinea c wel degelijk bedoeld was om de volkenrechtelijke interventies op het vlak van de nationalisaties tot een werkelijk minimum terug te brengen, een minimum dat voor de kapitaalexporterende landen onaanvaardbaar is gebleken.

(255) CASTANEDA, J., *op. cit. in A.F.D.I.*, p. 54.

Later preciseerde Castaneda in dit verband de term « souveraineté entière » : « Ce terme tend à souligner que cette souveraineté n'a pas son fondement dans le Droit International bien que cela signifie certainement pas dans ce contexte que la souveraineté soit « illimitée » (CASTANEDA, J., *op. cit. in Justice économique internationale*, p. 91).

(256) CASTANEDA, J., *op. cit. in A.F.D.I.*, p. 54-55.

Zie eveneens CASTANEDA, J., *op. cit. in Justice économique internationale*, p. 111-112.

Zie in dezelfde zin o.m. ROBLES, G., *op. cit.*, p. 231.

ZAPHIRIOU (*op. cit.*, p. 752) schrijft in dezelfde zin maar voegt er terecht aan toe : « ... unless it is excluded expressly or by implication ». Deze laatste mogelijkheid heeft zich naar ons oordeel bij het Handvest gerealiseerd.

(257) CASTANEDA, J., *op. cit. in A.F.D.I.*, p. 55-56.

Elders wordt artikel 2, paragraaf 2, alinea c beschouwd als « Formulation vague qui permet toutes les interprétations possibles » (COLARD, D., *op. cit.*, noot 23).

De visie van ROBLES (*op. cit.*, p. 230) « The wording of paragraph 2 (c) of Article 2 is crystal clear » moet ongetwijfeld als eufemisme worden bestempeld.

(258) CASTANEDA, J., *op. cit. in A.F.D.I.*, p. 55.

Wanneer we nu de tekst van het Handvest, in het licht van de zoëven vermelde interpretatie, confronteren met wat bij de aanvang van deze slotbeschouwingen werd gesteld, dan menen we dat aan deze hoger geformuleerde conclusies niets moet worden gewijzigd, met dien verstande dat de formulering van het Handvest en de ermee gepaard gaande verklaringen mede moeten worden betrokken bij de vaststelling dat de rechtsovertuiging met betrekking tot zowel de aanvaardbaarheid als inhoud van volkenrechtelijke legaliteitsvoorwaarden, althans wat officiële standpuntbepalingen van de staten betreft, uiteenlopend blijft. Deze tegenstelling weerspiegelt zich in de actieve en passieve statenpraktijk met betrekking tot de ganse problematiek.

Dit alles brengt ons ertoe te stellen dat waar resolutie 1803 (XVII) kon worden beschouwd als een eerste cristallisatiemoment, de erop volgende statenpraktijk de daarin geformuleerde standaard, — via een evolutie weliswaar naar een interpretatie op redelijkheid en billijkheid gegrond — heeft bevestigd, op een gering aantal weliswaar markante uitzonderingen na. De vorming van een minimale consensus over controversieel gebleven aspecten leek niet zonder meer uitgesloten. Het Handvest vormt een belangrijk tweede cristallisatiemoment waarbij de door ons voorgestane interpretatie van de statenpraktijk door een aantal kapitaalexporterende landen eveneens werd verdedigd, terwijl de formulering van het Handvest andere staten ertoe bracht zouden meer de klassieke formulering in 1962 voorop te stellen; anderzijds zou de voor de hand liggende interpretatie van de uiteindelijke tekst een mogelijke aansluiting kunnen vormen bij de eerder als uitzonderingen omschreven nationalisaties, die sterk afwijkend waren van de in 1962 geformuleerde standaard (259).

Aan deze algemene beschouwingen moet nog als nuancering worden toegevoegd dat in de eerste plaats officiële standpuntbepalingen n.a.v. een dergelijk Handvest niet noodzakelijkerwijze moeten uitlopen op een daaraan conforme statenpraktijk, en vervolgens dat niet alle nationalisatiemaatregelen een controversieel karakter vertonen, dat evenwel op zijn beurt de geschikte gelegenheid tot verdere precisering vormt van de regels. Een steeds genuanceerder toepassing hiervan wordt nog altijd voorgestaan door deze staten die o.w.v. de hun eigen positie als kapitaalexporterende landen eveneens een onmisbare factor vormen in de totstandkoming van gewoonterecht (260).

31 maart 1977

(259) De globale interpretatie van Castaneda gaat uiteindelijk in dezelfde zin : « ... que la formule de la Charte constitue une bonne base, non seulement pour la consécration ultérieure d'une règle universellement acceptable mais aussi pour déterminer de la façon la plus autorisée la position actuelle des Etats à ce sujet, comme un élément précieux d'interprétation de l'évolution et de l'état présent du droit international en la matière et comme point de polarisation de la future pratique d'Etat » (CASTANEDA, J., *op. cit. in Justice économique internationale*, p. 113.

Zie eveneens LILICH, R.B., *op. cit. in Valuation of nationalized property in international law*, III, p. 190.

(260) Zie eveneens in dit verband AMERASINGHE, C.F., *op. cit. in Valuation of Nationalized Property in International law*, III, p. 106.