

De Europese ‘Blocking Statute’

Een probaat middel om het Europese bedrijfsleven te beschermen tegen de Amerikaanse secundaire sancties tegen Iran?

57

C.M.J. Ryngaert*

In de loop van 2018 legden de Verenigde Staten draconische beperkingen op aan commerciële interacties met Iran, nadat de Amerikaanse president Trump het Joint Comprehensive Plan of Action met betrekking tot de nucleaire ontwapening van Iran de wacht had aangezegd. De Amerikaanse sancties hebben grote gevolgen voor het Europese bedrijfsleven, omdat ze een extraterritoriaal effect hebben en dus de handel tussen de EU en Iran beperken. Om de impact van de Amerikaanse sanctiewetgeving voor het Europese bedrijfsleven te milderen heeft de Europese Commissie beslist om Verordening (EG) 2271/96 te reactiveren. Deze verordening, ook wel ‘Blocking Statute’ genaamd, was in 1996 aangenomen om Amerikaanse secundaire sancties ten aanzien van Cuba en Iran tegen te gaan. Deze bijdrage analyseert de mogelijkheden die de verordening biedt om de handel tussen de EU en Iran te vrijwaren in het licht van de nieuwe Amerikaanse sancties. Aandacht gaat daarbij vooral uit naar het Europese verbod om Amerikaanse sancties na te leven en aan de clawback-bepaling. De auteur spreekt zijn twijfel uit over de effectiviteit van de verordening en bekijkt tot slot de mogelijkheden die

een special purpose vehicle biedt voor de handel tussen de EU en Iran.

I. Inleiding

Op 8 mei 2018 kondigde de Amerikaanse president Trump aan dat de Verenigde Staten (VS) zich terugtrekken uit het door Iran, de VS, China, Rusland, de EU, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland ondertekende *Joint Comprehensive Plan of Action* (JCPOA, 2015), dat dient te leiden tot de nucleaire ontwapening van Iran.¹ In de loop van 2018 legden de VS draconische beperkingen op aan commerciële interacties met Iran – sancties die tijdelijk opgeschort waren in het kader van het JCPOA.² De Amerikaanse sancties hebben grote gevolgen voor het Europese bedrijfsleven, omdat ze ook een extraterritoriaal effect hebben.³ De Amerikaanse sanctiewetgeving is immers niet alleen van toepassing op Amerikaanse ondernemingen die economische activiteiten verrichten met specifieke Iraanse personen of in specifieke sectoren van de Iraanse economie (‘primaire sancties’). Ze is ook van toepassing op niet-Amerikaanse ondernemingen die deze activiteiten verrichten op een wijze die legaal is overeenkomstig de wetgeving waaronder zij primair ressorteren (‘secundaire sancties’).⁴ Een niet onaanzienlijk aantal Europese ondernemingen hebben economische belangen in Iran, met name sinds de ondertekening van

* Cedric Ryngaert is hoogleraar internationaal publiekrecht, Universiteit Utrecht. Deze bijdrage kwam tot stand in de context van het RENFORCE-onderzoeksprogramma van het Departement Rechtsgeleerdheid van de UU.

1 Joint Comprehensive Plan of Action, Wenen, 14 juli 2015. De tekst van dit plan en alle gerelateerde documenten zijn beschikbaar op www.consilium.europa.eu/en/policies/sanctions/iran/jcpoa-restrictive-measures/. De speech van Donald Trump en het transcript daarvan zijn beschikbaar op www.nytimes.com/2018/05/08/us/politics/trump-speech-iran-deal.html.

2 Federal Register/Vol. 83, No. 214/Monday, November 5, 2018/Rules and Regulations, 55269. Het gaat met name om transacties met ‘specially designated nationals’, personen wier activa bevroren zijn, om het uitvoeren of faciliteren van significante transacties inzake koop of verkoop van Iraanse rials, en het uitvoeren of faciliteren van significante transacties voor de verkoop, koop, marketing of vervoer van petroleum, petroleumproducten, of petrochemische producten uit Iran.

3 Ook na de inwerkingtreding van het JCPOA in 2016 (en voor Trumps aankondiging in 2018) hadden Amerikaanse sancties tegen Iran een extraterritoriaal effect, in die zin dat de sanctiewetgeving ook van toepassing was op buitenlandse (inclusief Europese) dochterondernemingen gecontroleerd door Amerikaanse moederondernemingen. Echter was het voor die dochterondernemingen mogelijk om een ‘General Licence H’ te verkrijgen, waardoor ze handelsactiviteiten voor civiele doeleinden konden verrichten met Iran, voor zover de Amerikaanse moederonderneming daarbij niet betrokken was. Zie US Office of Foreign Assets Control, Iranian Transactions and Sanctions Regulations 31 C.F.R. Part 560, General Licence H, Authorizing Certain Transactions Relating to Foreign Entities Owned or Controlled by a United States Person. Door de nieuwe sancties is deze ‘General Licence’ ingetrokken.

4 Zie voor een overzicht van de mate waarin Amerikaanse sancties tegen Iran van toepassing zijn op buitenlandse personen: US Department of State, Overview of U.S. Sanctions on Iran Pertaining to Activities and Transactions by non-U.S. Individuals and Entities, beschikbaar op <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/229817.pdf>; US Congressional Research Service, ‘Iran Sanctions’, CRS reports RS20871,

het JCPOA.⁵ Niet-naleving van de Amerikaanse sanctiewetgeving kan leiden tot uitsluiting van de lucratieve Amerikaanse markt, met inbegrip van toegang tot financiering, forse boetes, en zelfs strafrechtelijke vervolging.⁶ Dat het de VS menens is met de internationale handhaving van hun sanctiewetgeving blijkt uit de recente arrestatie in Canada van Meng Wanzhou, de Chief Financial Officer van de Chinese telecomgigant Huawei, die wordt verdacht van het overtreden van Amerikaanse secundaire sancties tegen Iran.⁷

Om de impact van de Amerikaanse sanctiewetgeving voor het Europese bedrijfsleven te milderen heeft de Europese Commissie beslist om de 'Blocking Statute', dit is verordening (EG) 2271/96, te reactiveren.⁸ Deze verordening was indertijd aangenomen om de Amerikaanse secundaire sancties ten aanzien van Cuba en Iran tegen te gaan, maar leidde een sluimerend bestaan nadat de VS hadden toegezegd de sancties niet ten volle toe te passen. Gezien de geringe compromisbereidheid van de regering-Trump is het niet onwaarschijnlijk dat de verordening ook daadwerkelijk zal worden toegepast.

In deze bijdrage schets ik eerst de context en de krachtlijnen van Verordening (EG) 2271/96 (paragraaf 2). Vervolgens bespreek ik de twee kernbepalingen van de verordening: het Europese verbod om de Amerikaanse sanctiewetgeving na te leven (paragraaf 3), en het aan EU-persoonen toekomende private handhavingsrecht (*clawback* – paragraaf 4). Ik bekijk met name hoe deze bepalingen in de praktijk kunnen worden geïmplementeerd en hoe effectief ze zijn in de bescherming van Europese economische belangen. Ik besteed daarbij aandacht aan de specifieke bedrijfseconomische en politieke context. Aangezien twijfels kunnen bestaan over de effectiviteit van Verordening (EG) 2271/96, bespreek ik in mijn afsluitende op-

merkingen alternatieve strategieën die de EU kan volgen om de onderworpenheid van het Europese bedrijfsleven aan Amerikaanse secundaire sancties te vermijden (paragraaf 5).

De analyse in deze bijdrage is enigszins speculatief, aangezien er weinig tot geen praktijk voorhanden is aangaande de toepassing van Verordening (EG) 2271/96. Zo waren er bij het verschijnen van deze bijdrage nog geen gevallen bekend waarin autoriteiten van EU-lidstaten aan Europese ondernemingen sancties hadden opgelegd voor overtreding van het verbod op naleving van Amerikaanse secundaire sancties. Ook waren geen zaken bekend waarin Europese ondernemingen het hun op basis van de verordening toekomende private handhavingsrecht hadden aangewend. Het was evenmin duidelijk aan welke ondernemingen de Europese Commissie uitzonderlijk toestemming had gegeven om de Amerikaanse sancties toch na te leven, noch was volkomen duidelijk welke vrijstellingen de Amerikaanse autoriteiten aan Europese ondernemingen hadden gegeven. Toch zijn er voldoende bronnen beschikbaar om op geïnformeerde wijze de potentiële draagwijdte en doelmatigheid van de verordening te beoordelen. De EU heeft richtsnoeren gegeven wat betreft de toepassing van de verordening,⁹ en er is beperkte rechtspraak en doctrine beschikbaar.¹⁰ Lobbyorganisaties, in het bijzonder in de financiële sector, hebben zorgen geuit over de gevolgen van de toepassing van de verordening voor het bedrijfsleven,¹¹ *thinktanks* zoals de *European Council on Foreign Relations* (ECFR) hebben de effectiviteit van de verordening tegen het licht

updated 4 januari 2019. Voorbeelden zijn de verplichting van de Amerikaanse Minister van Financiën om Amerikaanse banken te verbieden nieuwe 'correspondent accounts' or 'payable-through accounts' te openen met betrekking tot een buitenlandse bank die zaken doet met een entiteit die gesanctioneerd is op basis van Executive Order 13224 en 13382 (Section 104, 2010 Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act), het verbod op transacties met de Iraanse petrochemische sector (Executive Order 13590) en het verbod voor buitenlandse financiële instellingen om een groot aantal transacties te verrichten namens Iraanse entiteiten (Executive Order 13645), de blokkering van in de VS gebaseerde eigendommen van een entiteit die een 'specially designated national' (SDN) ondersteunt, en het verbod om in de VS te opereren voor elke bank die financiële transacties faciliteert met een Iraanse SDN (National Defense Authorization Act for FY2013 (H.R. 4310, P.L. 112-239, signed January 2, 2013) – Subtitle D, 'The Iran Freedom and Counter-Proliferation Act' (IFCA)).

- 5 Zie bijvoorbeeld *Financial Tribune*, 'Iran Signs €500 Million Finance Deal with Denmark', 20 september 2017. Zie voor gegevens met betrekking tot EU-handel met Iran in 2017: <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/iran/> ('The EU exported over €10.8 billion worth of goods to Iran in 2017. EU exports to Iran are mainly machinery and transport equipment (€5.5 billion, 50.9%), chemicals (€1.9 billion, 18.1%), and manufactured goods (€0.9 billion, 8.9%).'). Voor de ondertekening van het JCPOA en vooral na het aannemen van VN-Veiligheidsraadsresolutie 1929 (2010) waren de EU-sancties tegen Iran bijna even stringent als die van de VS.
- 6 Zie voor alle informatie met betrekking tot de op dit moment geldende Amerikaanse sancties jegens Iran: www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/pages/iran.aspx.
- 7 L. Kuo, 'China demands release of Huawei executive arrested in Canada,' *The Guardian* 6 december 2018. Zie voor een recente *settlement* tussen de Amerikaanse autoriteiten en een onderneming uit Singapore, die werd beschuldigd van het overtreden van de Amerikaanse sanctiewetgeving ten aanzien van Iran: OFAC, Settlement Agreement between the U.S. Department of the Treasury's Office of Foreign Assets Control and CSE Global Limited and CSE TransTel Pte. Ltd., 27 juli 2017.
- 8 Verordening (EG) Nr. 2271/96 van de Raad van 22 november 1996 tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen, *PbEG* 1996, L 309/1; Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/1100 van de Commissie van 6 juni 2018 tot wijziging van de bijlage bij Verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen, *PbEU* 2018, L 199 I/1.
- 9 Europese Commissie, Leidraad. Vragen en antwoorden: goedkeuring van de actualisering van de blokkeringsverordening, *PbEU* 2018, C 277 I/4.
- 10 Wat rechtspraak betreft, zie met name The High Court of Justice in England 12 oktober 2018, *Mamancochet Mining Ltd v. Aegis Managing Agency Ltd & Others*, EWHC 2643 (Comm). Wat doctrine betreft, zie met name C. Van Haute, S. Nordin & G. Forwoord, 'The Reincarnation of the EU Blocking Regulation: Putting European Companies Between a Rock and a Hard Place', *Global Trade and Customs Journal* 496-501 (2018); M. Lieberknecht, 'Die Blocking-Verordnung: Das IPR als Instrument der Außenpolitik', *IPRax* 573-579 (2018/6).
- 11 EBF, 'EBF comments on the EU Blocking Regulation', 1 augustus 2018, EBF_033606; UK Finance, 'The EU Blocking Regulation – Issues and Considerations for the Financial Services Sector', paper 11 juli 2018.

gehouden,¹² en de pers heeft bericht over de politieke context en effecten van de verordening.¹³

2. Context en krachtlijnen van de ‘Blocking Statute’

Eerder is uitvoerig geargumenteed, dat secundaire economische sancties internationaalrechtelijk onrechtmatig zijn omdat ze neerkomen op een uitoefening van ontoelaatbare extraterritoriale rechtsmacht.¹⁴ De sancties in kwestie lijken vooral geënt te zijn op het feit dat internationale energiecontracten doorgaans in Amerikaanse dollars zijn uitgedrukt. Daarom moet voor internationale betalingen een Amerikaanse *correspondent bank* worden gebruikt, en doen partijen die verder geen enkele band met de VS hebben, toch een beroep op het Amerikaanse financiële systeem. Deze connectie met de VS, die nagenoeg automatisch tot stand komt gezien de aard van de internationale transacties in de energiesector, lijkt echter onvoldoende substantieel om internationaalrechtelijk geoorloofde territoriale rechtsmacht te vestigen.¹⁵ Omdat de literatuur de internationale rechtmatigheid van Amerikaanse secundaire sancties, zoals ze ook eerder al waren uitgevaardigd met betrekking tot handel met de Sovjet-Unie,¹⁶ Cuba,¹⁷ Libië en Iran,¹⁸ al grondig heeft geanalyseerd, doe ik deze exercitie niet over in deze bijdrage. Het volstaat hier vast te stellen dat secundaire sancties in principe internationaal onrechtmatig zijn, wat ook blijkt uit het feit dat slechts één staat secundaire sancties oplegt (de VS), en andere staten (alook de EU) daartegen hebben geprotesteerd op internationaalrechtelijke gronden.¹⁹ De focus van deze bijdrage ligt veeleer op de *handhaving* van het verbod om secundaire sancties op te leggen, met name door de EU. In het internationaal rechtsbestel kan handhaving een centrale dan wel decentrale vorm aannemen. Het verbod

op secundaire sancties kan centraal gehandhaafd worden door supranationale politieke organen, met name de VN-Veiligheidsraad, of internationale geschillenbeslechtsmechanismen. De kans dat de Veiligheidsraad maatregelen neemt is onbestaand aangezien de VS een vetorecht hebben in de Raad.²⁰ Een zaak voor het Internationaal Gerechtshof (IGH) ligt dan weer niet in de rede omdat de VS geen facultatieve verklaring hebben afgelegd op basis waarvan zij de rechtsmacht van het Hof hebben aanvaard.²¹ Het is evenwel niet uitgesloten dat staten voor het IGH een beroep doen op een gerechtelijke clausule in een bilateraal vriendschapsverdrag dat zij – doorgaans lang geleden – met de VS hebben gesloten (een dergelijke clausule kan het IGH *ipso facto* rechtsmacht geven).²² Zo deed Iran in 2018 een beroep op een bilateraal vriendschapsverdrag met de VS uit 1955 om de door de VS aangenomen primaire sancties tegen Iran aan te vechten voor het IGH.²³ De zaak is op dit moment aanhangig.²⁴ Andere staten waarvan ondernemingen getroffen zijn door de Amerikaanse *secundaire* sancties tegen Iran, kunnen mogelijk ook een beroep doen op een bilateraal verdrag met de VS om deze sancties voor het IGH aan te vechten.²⁵ Omdat deze sancties in de eerste plaats de *internationale handel* belemmeren, is het echter meer voor de hand liggend dat staten of de EU hun geschil met de VS bij het geschillenbeslechtsmechanisme van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) aanhangig maken. Dit mechanisme heeft automatische rechtsmacht over geschillen tussen leden van de WTO.²⁶ Zo dreigde de EU, nadat de VS in 1996 secundaire sancties hadden uitgevaardigd met betrekking tot handel met Iran en Cuba,²⁷ om de zaak voor de WTO te brengen; nadat de VS en de EU een compromis over de feitelijke toepassing van de sancties bereikten, was de zaak echter van de baan.²⁸ Ten aanzien van de in 2018 door de VS uitgevaardigde sanctiewetgeving neigt de EU er echter niet toe de zaak voor de WTO te brengen, wellicht omdat een WTO-procedure

12 Zie met name de publicaties van het MENA-programa van de ECFR: www.ecfr.eu/mena/iran.

13 Zie bijvoorbeeld P. Wintour, ‘EU’s dependence on dollar to be reduced under new proposals’, *The Guardian* 5 december 2018.

14 A.L.M. Schaap & C.M.J. Ryngaert, ‘De internationale onrechtmatigheid van Amerikaanse secundaire sanctiewetgeving’, *Tijdschrift Sanctierecht en Compliance* 2015, afl. 1, p. 9-16; C.M.J. Ryngaert, ‘Extraterritorial Export Controls (Secondary Boycotts)’, *Chinese Journal of International Law* 2008, vol. 7, afl. 3, p. 625-658.

15 S. Emmenegger, ‘Extraterritorial Economic Sanctions and their Foundation in International Law’, *Arizona Journal International and Comparative Law* 2016, Vol. 33, No. 3, p. 632-659; Daniel Franchini, “‘With Friends Like That, Who Needs Enemies?’: Extraterritorial Sanctions Following the United States’ Withdrawal from the Iran Nuclear Agreement”, *EJIL:Talk!* 29 mei 2018.

16 Sections 376.12, 379 and 385.2 of the Export Administration Regulations, as amended in 1982 (‘Soviet Pipeline Regulations’).

17 Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (‘Helms-Burton Act’).

18 Iran Libya Sanctions Act 1996.

19 Zie bijvoorbeeld Verordening (EG) 2271/96, preambule. Zie ook Delegation of the European Commission, Washington DC, Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the US export regulations, European Community News No. 23/1982, 12 August 1982. Zie wat betreft de recente Amerikaanse secundaire sancties ook de uitspraak van de Franse Minister van Financiën, Bruno Lemaire, dat ‘the international reach of U.S. sanctions makes the U.S. the economic policeman of the planet and that is not acceptable’. Zoals geciteerd in: E. Geranmayeh & E. Batmanghelidj, ‘How Europe Can Block Trump’, *Foreign Policy* 16 mei 2018.

20 Artikel 27 lid 3 Handvest van de Verenigde Naties.

21 Artikel 36 lid 2 Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

22 Zie voor een overzicht van relevante verdragen met gerechtelijke clausules: www.icj-cij.org/en/treaties.

23 IGH 16 juli 2018, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings.

24 Het Hof heeft intussen voorlopige maatregelen bevolen in de zaak. Zie IGH 3 oktober 2018, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures – Order.

25 Dank aan Tom Ruys voor dit inzicht.

26 Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement (1994).

27 Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Cuba Boycot) en de Iran Libya Sanctions Act 1996.

28 WTO Doc. WT/DS38/1-6, WT/DS38/5, Communication from the Chairman of the Panel, 25 april 1997.

erg lang kan duren,²⁹ en – anders dan in 1996-1997 – dreigementen om een zaak voor een internationale rechter te brengen de huidige Amerikaanse regering wellicht niet tot het sluiten van een compromis zullen verleiden. Het is overigens geenszins zeker dat de EU een zaak voor de WTO zou winnen, aangezien de VS een beroep kunnen doen op een in de GATT neergelegde uitzondering voor nationale veiligheidsmaatregelen.³⁰ In deze context is *decentrale* en directe handhaving van het internationaalrechtelijke verbod op secundaire sancties meer vanzelfsprekend. Gelaedeerde staten of de EU zouden bijvoorbeeld tegenmaatregelen kunnen nemen tegen de VS. Dit zijn op zich internationaal onrechtmatige daden die echter gerechtvaardigd worden door de (eerde-re) onrechtmatigheid van de Amerikaanse secundaire sancties.³¹ Dergelijke tegenmaatregelen kunnen de zaak echter doen escaleren en zijn daarom politiek gezien niet meteen aantrekkelijk. Retorsies bieden in dit verband een goed alternatief. Retorsies zijn ‘onvriendelijke maatregelen’ die op zich *niet* internationaal onrechtmatig zijn,³² maar er wel op gericht zijn een internationaal onrechtmatig handelende staat tot beleidswijziging te bewegen, of tenminste de negatieve effecten van de internationaal onrechtmatige daad te milderen of zelfs te neutraliseren. De retorsie die het voorwerp is van deze bijdrage is *blokkeringswetgeving*, zoals die in 1996 reeds was uitgevaardigd door de EU ten aanzien van de Amerikaanse secundaire sancties tegen Cuba en Iran. In Verordening (EG) 2271/96 overwoog de Raad van de EG dat secundaire sancties ‘vanwege de extraterritoriale toepassing daarvan strijdig zijn met het internationale recht’, en dat hij daarom een verordening aannam die ‘bescherming en verweer [biedt] tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van [deze in de praktijk Amerikaanse sancties], indien de toepassing daarvan gevolgen heeft voor de belangen van [EU-burgers en in een EU-lidstaat opgerichte rechtspersonen] die betrokken zijn bij internationale handel en/of verkeer van kapitaal tussen de Gemeenschap en derde landen en daarmee verband houdende handelsactiviteiten’.³³ Omdat de VS de voorgenomen secundaire

sanctiewetgeving echter niet ten volle toepasten na het sluiten van het compromis met de EU, werd de Europese blokkeringsverordening in de praktijk ook niet toegepast. Als reactie op de in 2018 opnieuw ingestelde secundaire sancties tegen Iran heeft de EU Verordening (EG) 2271/96 echter doen herleven middels een gedelegeerde verordening die de bijlage bij Verordening (EG) 2271/96 wijzigt zodat zij ook de meest recente Amerikaanse sancties tegen Iran bestrijkt.³⁴ Het gaat daarbij met name om in 2012 uitgevaardigde Amerikaanse beperkende maatregelen die niet langer geschorst zijn sinds de VS het JCPOA de wacht hebben aangezegd.³⁵ De gedelegeerde verordening wijzigt de bepalingen van Verordening (EG) 2271/96 als zodanig niet. Zij blijven dan ook onverkort gelden ten aanzien van de huidige Amerikaanse sancties.

Verordening (EG) 2271/96 heeft tot doel EU-personeel te beschermen tegen de kwalijke gevolgen van secundaire sancties en op die manier de externe economische betrekkingen van de Unie voor deze sancties te vrijwaren. De verordening is van toepassing met name op natuurlijke personen die EU-ingezetenen zijn en onderdaan zijn van een EU-lidstaat, alsook op rechtspersonen die zijn opgericht in de EU.³⁶ Dat betekent dat de verordening ook van toepassing is op EU-onderdanen die voor Europese filialen van Amerikaanse ondernemingen werken, ook al zijn die ondernemingen, in de afwezigheid van een Europese dochter met eigen rechtspersoonlijkheid, zelf *niet* gebonden door de bepalingen van de verordening (maar enkel door de Amerikaanse sanctiewetgeving).³⁷ Het is onzeker of de verordening ook van toepassing is op EU-onderdanen die in het buitenland werken: de Commissie lijkt te geloven van wel,³⁸ maar dat lijkt niet te volgen uit de tekst zelf van de verordening.³⁹

Wat inhoudelijke verplichtingen en rechten betreft, voorziet de verordening vooreerst in een notificatieplicht: personen wier economische en/of financiële belangen rechtstreeks of onrechtstreeks worden geschaad door secundaire sancties, zijn verplicht de Commissie daarvan in kennis te stellen.⁴⁰ Ten tweede bevat de verordening

- 29 A. Reich, ‘The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis’, EUI Working Paper 2017/11, p. 22 (de auteur stelt op basis van een statistische analyse vast dat de gemiddelde doorlooptijd in 2007-2011 28 maanden bedroeg).
- 30 Artikel XXI General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1994). Zie ook R.P. Alford, ‘The Self-Judging WTO Security Exception’, *Utah Law Review* 2011, afl. 3, 697-759 (2011).
- 31 Zie over tegenmaatregelen artikelen 22, 49-54 van de Artikelen over Staatsaansprakelijkheid van de VN-Commissie voor Internationaal Recht, Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-third session, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, chp.IV.E.1 (2001).
- 32 Zie over het concept ‘retorsie’, afgezet tegen ‘sanctie’ en ‘tegenmaatregel’: T. Ruys, ‘Sanctions, retorsions and countermeasures: concepts and international legal framework’, in: L.J. van den Herik, *Research handbook on UN sanctions and international law*, Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing 2017, p. 19-51.
- 33 Artikel 1 Verordening (EG) 2271/96.
- 34 Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/1100.
- 35 Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/1100, Bijlage, nrs. 4-6.
- 36 Artikel 11 Verordening (EG) 2271/96. Artikel 11 is ook van toepassing op een aantal specifiekere categorieën, bijvoorbeeld in de scheepvaartsector, maar het gaat steeds om personen die een sterke band met de EU hebben. De verordening is niet van toepassing op Europese filialen van Amerikaanse vennootschappen, noch op Amerikaanse dochtervennootschappen van Europese vennootschappen. Europese Commissie, Leidraad. Vragen en antwoorden: goedkeuring van de actualisering van de blokkeringsverordening, *PbEU* 2018, C 277 I/4, p. 4, vraag 21.
- 37 C. Van Haute, S. Nordin & G. Forwood, ‘The Reincarnation of the EU Blocking Regulation: Putting European Companies Between a Rock and a Hard Place’, *Global Trade and Customs Journal* 496-501 (2018), p. 499.
- 38 Europese Commissie, Leidraad. Vragen en antwoorden: goedkeuring van de actualisering van de blokkeringsverordening, *PbEU* 2018, C 277 I/4, p. 4, vraag 22.
- 39 C. Van Haute, S. Nordin & G. Forwood, ‘The Reincarnation of the EU Blocking Regulation: Putting European Companies Between a Rock and a Hard Place’, *Global Trade and Customs Journal* 496-501 (2018), p. 499 (auteurs argumenteren dat de voorwaarden van artikel 11 cumulatief zijn, namelijk dat de verordening verwijst naar EU-onderdanen die ook *verblijven in de EU*).
- 40 Artikel 2 Verordening (EG) 2271/96.

een bepaling inzake niet-erkenning en niet-uitvoerbaarheid: 'Uitspraken van rechters buiten de [EU] en besluiten van bestuurlijke autoriteiten buiten de Gemeenschap die rechtstreeks of onrechtstreeks uitvoering geven aan de in de bijlage opgenomen wetten of de daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen mogen op generlei wijze worden erkend of uitvoerbaar verklaard.'⁴¹ Dit is de 'blokkeringsbepaling' waaraan de verordening haar naam ontleent ('Blocking Regulation', 'Blocking Statute'). In weerwil van het gebruik van het epitheton 'blocking' om Verordening (EG) 2271/96 ietwat plastisch voor te stellen in berichtgeving ter zake,⁴² is de net genoemde blokkeringsbepaling echter niet de belangrijkste maatregel voorzien in de verordening. De verordening voorziet twee andere maatregelen die in de praktijk een veel grotere impact hebben op de situatie van Europese ondernemingen die met Iran handel drijven en waarvan de handelsactiviteiten bedreigd worden door de Amerikaanse secundaire sancties: (a) het verbod gevolg te geven aan Amerikaanse sancties;⁴³ (b) het recht van een EU-persoon om de schade die hij heeft geleden als gevolg van de toepassing van secundaire sancties te verhalen op de veroorzaker daarvan (*clawback*).⁴⁴ De toepassing van deze bepalingen is evenwel geenszins vanzelfsprekend. In de paragrafen 3 en 4 van deze bijdrage bespreek ik hun juridische reikwijdte en mogelijke implementatieproblemen.

3. Het Europees verbod om secundaire sancties na te leven

Overeenkomstig artikel 5 Verordening (EG) 2271/96 is het de genoemde personen niet toegelaten gevolg te geven aan eisen of verboden 'die rechtstreeks of onrechtstreeks gebaseerd zijn op of voortvloeien uit de in de bijlage opgenomen wetten of de daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen'.⁴⁵ Dat betekent dat het EU-persoon verboden is gevolg te geven aan Amerikaanse secundaire sancties, zelfs indien zij zich hiermee blootstellen aan Amerikaanse handhavingsmaatregelen in verband met het overtreden van Amerikaanse wettelijke bepalingen. De Commissie geeft een ruime interpretatie aan dit verbod: het loutere aanvragen van toestemming bij de Amerikaanse autoriteiten om de Amerikaanse sancties niet na te leven (*derogation/exemption*), valt reeds onder het verbod, tenzij de persoon in kwestie voorafgaandelijke toestemming van de Commissie hiervoor heeft gekregen (al staat het de persoon wel vrij de reikwijdte

van de Amerikaanse sancties met de Amerikaanse autoriteiten te bespreken).⁴⁶

In deze aan artikel 5 van de verordening gewijde paragraaf bespreek ik vier kwesties. In paragraaf 3.1 onderzoek ik de wellicht belangrijkste vraag inzake de *draagwijdte* van artikel 5, namelijk of standaard contractuele clausules waarin partijen zich *in abstracto* ertoe verbinden sancties, met inbegrip van Amerikaanse sancties, na te leven, binnen het toepassingsgebied van het verbod van artikel 5 vallen. In paragraaf 3.2 bespreek ik de mogelijkheden voor EU-persoon om te ontsnappen aan het nalevingsverbod op basis van een bijzondere toestemming van de Commissie. In paragraaf 3.3 ga ik na hoe het verbod in de praktijk gehandhaafd wordt, of zal worden. In paragraaf 3.4 bekijk ik in hoeverre de verordening een afschrikkende werking kan hebben op de naleving van Amerikaanse sancties door EU-persoon.

3.1. Standaard contractuele clausules

Wellicht de belangrijkste juridische onzekerheid aangaande de draagwijdte van artikel 5 Verordening (EG) 2271/96 is of het verbod op naleving van Amerikaanse secundaire sancties ook een impact heeft op *standaard contractuele clausules*. Men kan hierbij bijvoorbeeld denken aan de volgende, typische clausule in een verzekeringcontract: 'no (...) insurer shall be liable to pay any claim (...) to the extent that (...) payment of such claim (...) would expose that (...) insurer to any sanction, prohibition or restriction under [UN] resolutions or the trade or economic sanctions, laws, or regulations of the [EU], [UK] or the [USA]'. Verbiedt artikel 5 van de verordening deze clausule? Deze kwestie rees recent voor een Engelse rechtbank (2018) in een zaak betreffende een maritieme verzekeraar die weigerde een verzekeringclaim uit te betalen aangaande diefstal van een scheepslanding.⁴⁷ In deze zaak voerde de verzekeringnemer onder meer aan dat gevolg geven aan de contractuele sanctieclausule de EU-blokkeringsverordening zou schenden. De rechtbank achtte het argument van de verzekeraar dat de verordening niet van toepassing is echter overtuigend voor zover de verzekeraar die weigert een claim uit te betalen op grond van een sanctieclausule een door een derde staat opgelegd verbod niet 'naleeft' (*complies with*), maar slechts gevolg geeft aan contractuele beleidsregels om in bepaalde gevallen niet uit te betalen.⁴⁸ De interpretatie van de Engelse rechtbank ondermijnt op het eerste gezicht de Europese orde public waarop de verordening is gebaseerd: wettelijke (EU-)verplichtingen zouden, internationaal-privaatrech-

41 Artikel 4 Verordening (EG) 2271/96.

42 De EU bezigt de term overigens *zelf* in haar berichtgeving. Zie Europese Commissie, Service for Foreign Policy Instruments, 'Updated Blocking Statute in Support of Iran Nuclear Deal', beschikbaar op https://ec.europa.eu/fpi/what-we-do/updated-blocking-statute-support-iran-nuclear-deal_en.

43 Artikel 5 Verordening (EG) 2271/96.

44 Artikel 6 Verordening (EG) 2271/96.

45 Artikel 5 lid 1 Verordening (EG) 2271/96.

46 Europese Commissie, Leidraad. Vragen en antwoorden: goedkeuring van de actualisering van de blokkeringsverordening, *PbEU* 2018, C 277 I/4, p. 2, vraag 23.

47 The High Court of Justice in England 12 oktober 2018, *Mamancochet Mining Ltd v. Aegis Managing Agency Ltd & Others*, EWHC 2643 (Comm).

48 The High Court of Justice in England 12 oktober 2018, *Mamancochet Mining Ltd v. Aegis Managing Agency Ltd & Others*, EWHC 2643 (Comm). Uiteindelijk hoefde de rechtbank hierover echter geen beslissing te nemen omdat de verzekeraars niet blootstaan aan Amerikaanse of Europese sancties voor zover zij voor 4 november 2018 uitbetalen; pas op 4 november 2018 traden de relevante Amerikaanse sancties in werking.

telijk gezien, in beginsel moeten voorgaan op contractuele overeenkomsten.⁴⁹ Tegelijk valt echter te argumenteren, zoals de Engelse rechtbank lijkt te impliceren, dat bestaande standaard contractuele clausules die de partijen slechts in algemene zin verbieden om Amerikaanse sancties te schenden aanvaardbaar zijn omdat ze geen bijkomende handeling impliceren waarbij de onderneming specifiek en intentioneel gevolg geeft aan Amerikaanse sancties.⁵⁰ Daarentegen lijken standaard contractuele clausules waarin partijen verklaren Amerikaanse sancties na te leven, en die worden aangenomen na de reactivering van de Europese blokkeringswetgeving, niet aanvaardbaar te zijn. Partijen zullen deze clausules wellicht zo moeten verwoorden dat de verplichting tot naleving van Amerikaanse sancties slechts geldt voor zover die in overeenstemming is met de Europese regels ter zake (carve-out clauses).⁵¹

3.2. Toestemming tot naleving

Het verbod om gevolg te geven aan Amerikaanse sancties kan een grote impact hebben op EU-persoon, die immers tussen hamer en aambeeld terecht dreigen te komen. Als ze de Amerikaanse sancties naleven, worden ze mogelijk in Europa gesanctioneerd, en als ze de Europese *non-compliance*-bepaling naleven, worden ze mogelijk in de VS gesanctioneerd. De Europese regelgever is zich hiervan, althans ten dele, bewust geweest: de verordening bepaalt dat ‘aan een persoon toestemming [kan] worden verleend om aan genoemde eisen of verboden gevolg te geven indien niet-naleving de belangen van deze persoon of van de [EU] ernstig zou schaden’.⁵² Het is de Commissie die deze toestemming verleent,⁵³ maar zij wordt bijgestaan door een comité bestaande uit vertegenwoordigers van de lidstaten en voorgezeten door de vertegenwoordiger van de Commissie.⁵⁴ De criteria voor het geven van toestemming werden pas geëxpliciteerd door een in 2018 aangenomen uitvoeringsverordening,⁵⁵ naar aanleiding van de door de Amerikaanse secundaire

sancties tegen Iran getriggerte reactivering van Verordening (EG) 2271/96. Deze uitvoeringsverordening somt een groot aantal niet-cumulatieve criteria op die worden gehanteerd bij de beoordeling van het risico van ernstige schade aan de beschermde belangen van de EU-persoon of de EU zelf, zoals ‘of het beschermde belang waarschijnlijk specifiek gevaar loopt, gebaseerd op de context, de aard en de oorsprong van schade aan het beschermde belang’.⁵⁶ Het ligt echter in de rede aan te nemen dat de Commissie slechts spaarzaam zal omspringen met het verlenen van toestemming aan EU-persoon om Amerikaanse sanctiewetgeving toch te mogen naleven. Het al te kwistig verlenen van toestemming kan immers de effectiviteit van de Verordening (EG) 2271/96 ondermijnen. De Commissie zal dus wellicht een hoge drempel voor de vaststelling van ‘ernstige’ schade hanteren.⁵⁷ Bij het verschijnen van deze bijdrage waren er nog geen beslissingen ter zake van de Commissie beschikbaar.

3.3. Handhaving

In de meeste gevallen zal het naleven, door EU-persoon, van Amerikaanse secundaire sancties met betrekking tot Iran een schending van Verordening (EG) 2271/96 opleveren. De vraag is evenwel in hoeverre deze personen voor hun gedrag überhaupt gesanctioneerd kunnen worden in de EU. De Commissie zelf is niet bevoegd om sancties op te leggen. Overeenkomstig Verordening (EG) 2271/96 is dit de bevoegdheid van de lidstaten, die sancties bij overtreding vaststellen die ‘doeltreffend en evenredig zijn, alsmede een preventieve werking hebben’.⁵⁸ In Nederland is de douane hiervoor bevoegd, op grond van de Wet uitvoering Antiboycotverordening⁵⁹ en de Wet op de economische delicten⁶⁰. Op basis van de Nederlandse wetgeving kan het Openbaar Ministerie, eventueel na een waarschuwing, strafrechtelijke actie ondernemen en een geldboete eisen, of zelfs winst ontnemen, het bedrijf sluiten, en gevangenisstraf eisen.⁶¹

49 Zie voor een privaatrechtelijke analyse van de verordening: M. Lieberknecht, ‘Die Blocking-Verordnung: Das IPR als Instrument der Außenpolitik’, *IPRax* 573-579 (2018/6).

50 C. Van Haute, S. Nordin & G. Forwood, ‘The Reincarnation of the EU Blocking Regulation: Putting European Companies Between a Rock and a Hard Place’, *Global Trade and Customs Journal* 496-501 (2018), p. 498.

51 EBF, ‘EBF comments on the EU Blocking Regulation’, 1 augustus 2018, EBF_033606, p. 4.

52 Artikel 5 lid 2 Verordening (EG) 2271/96.

53 Artikel 7(b) Verordening (EG) 2271/96.

54 Artikel 8 Verordening (EG) 2271/96.

55 Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1101 van de Commissie van 3 augustus 2018 tot vaststelling van de criteria voor de toepassing van artikel 5, tweede alinea, van Verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen, *PbEU* 2018, L 199 I.

56 Artikel 4(a) Uitvoeringsverordening 2018/1101.

57 Zie Europese Commissie, Leidraad. Vragen en antwoorden: goedkeuring van de actualisering van de blokkeringsverordening, *PbEU* 2018, C 277 I/4, p. 2, vraag 16. Vergelijk de lage standaard waarop de European Banking Federation aandrong: EBF, ‘EBF comments on the EU Blocking Regulation’, 1 augustus 2018, EBF_033606, p. 8 (‘[G]lobally, all situations that automatically lead to submission to the US laws should be considered to characterise a serious damage to a person’s interests.’).

58 Artikel 9 Verordening (EG) 2271/96.

59 Wet van 24 december 1998 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad van de Europese Unie van 22 november 1996 (Wet uitvoering antiboycotverordening).

60 Wet van 22 juni 1950, houdende vaststelling van regelen voor de opsporing, de vervolging en de berechting van economische delicten.

61 Ministerie van Buitenlandse Zaken, Kamerbrief over instelling sancties door de Verenigde Staten tegen Iran en gevolgen voor het Nederlandse bedrijfsleven, 2 november 2018, BZDOC-403887767-56 (‘De Douane beoordeelt per geval of een proces-verbaal opgemaakt moet worden. Indien nodig kan overleg plaatsvinden met het ministerie van Buitenlandse Zaken en het Openbaar Ministerie. Afhankelijk van de ernst van de overtreding kan eerst een formele waarschuwing gegeven worden voordat strafrechtelijke actie ondernomen wordt. Opzettelijke overtreding van de verordening kan op grond van de WED worden aangemerkt als een misdrijf waarvoor een geldboete kan worden geëist. In zwaarwegende gevallen kan worden overgegaan tot ontneming van winst, sluiting van het bedrijf en kan een gevangenisstraf worden opgelegd.’).

De kans is reëel dat niet alle lidstaten even gezwind sancties opleggen aan ondernemingen die toch Amerikaanse sancties naleven uit vrees voor Amerikaanse handhaving dan wel uitsluiting van de lucratieve Amerikaanse markt.⁶² Indien het doel van de verordening is om EU-persoon te *beschermen* in verband met Amerikaanse secundaire sancties, is het ook wat apart om aan diezelfde personen *sancties* op te leggen. Overigens is het niet vanzelfsprekend te bewijzen dat EU-persoon die na het opleggen van de Amerikaanse sancties hun handelsactiviteiten met Iran hebben stopgezet hiermee daadwerkelijk gevolg hebben gegeven aan eisen of verboden ‘die rechtstreeks of onrechtstreeks gebaseerd zijn op of voortvloeien uit de [Amerikaanse sanctiewetgeving]’.⁶³ Die personen zullen zich er uiteraard voor hoeden officieel te verklaren dat de stopzetting van hun activiteiten het gevolg is van de Amerikaanse sancties: veeleer zullen zij die stopzetting verklaren als ingegeven door andere overwegingen.⁶⁴ Op vraag van het Europees Parlement gaf Federica Mogherini, Hoge vertegenwoordiger van de Unie voor Buitenlandse Zaken en Veiligheidsbeleid en vicepresident van de Europese Commissie, toe dat ‘[i]t is not usually possible to establish that the decision [of EU persons or entities not to engage in certain activities (...) in relation to effects of the US legislation in the EU] is a direct result of the US legislation rather than commercial considerations’.⁶⁵

Tot nu toe is slechts één geval gerapporteerd waarin een lidstaat handhavingsmaatregelen nam wegens schending van de blokkeringsverordening. In 2007 spanden Oostenrijkse autoriteiten een zaak aan tegen de Oostenrijkse bank BAWAG op basis van Oostenrijkse wetgeving die Verordening (EG) 2271/96 implementeerde.⁶⁶ BAWAG stond op het punt overgenomen te worden door een Amerikaanse investeerder, Cerberus Capital. Omdat Amerikaanse ondernemingen geen rechtstreekse contacten mochten hebben met Cuba op basis van Amerikaanse sancties tegen Cuba, sloot BAWAG de rekeningen van honderd Cubaanse onderdanen. Hiermee gaf BAWAG in feite gevolg aan Amerikaanse sanctiewetgeving, teneinde een overname te faciliteren, en leek zij Verordening (EG) 2271/96 te schenden. Uiteindelijk zetten de Oostenrijkse autoriteiten de zaak tegen BAWAG echter stop nadat de Amerikaanse autoriteiten een vrijstelling gaven aan BAWAG.⁶⁷ De Cubaanse onderdanen konden hun

rekening behouden en Cerberus kon BAWAG toch overnemen.

3.4. Afschrikking

Zelfs indien lidstaten erin slagen causaliteit vast te stellen en sancties op te leggen aan EU-persoon die de Amerikaanse secundaire sancties naleven, is het maar de vraag of Europese sancties een afschrikkende werking hebben. De Amerikaanse sancties zijn immers door de bank genomen zwaarder dan de Europese. De overtreder kan niet alleen een boete worden opgelegd, maar ook de toegang tot de Amerikaanse (kapitaal)markt ontzegd worden, wat wel eens een nog zwaardere sanctie kan zijn. EU-persoon zullen er mogelijk toe neigen de lichtere Europese sancties op de koop toe te nemen.⁶⁸ Een dergelijke keuze ondergraaft de effectiviteit van de Europese blokkeringswetgeving.

Er lijkt jammer genoeg een tendens te zijn bij Europese banken en ondernemingen om zich snel te schikken naar de Amerikaanse secundaire sancties en zich weinig gelegen te laten aan de EU-blokkeringsverordening. Dat geldt zelfs indien Europese overheden aandeelhouders zijn in die bedrijven. Zo weigerde de Europese Investeringsbank, waarvan de aandeelhouders onder meer EU-lidstaten zijn, te investeren in Iran, kennelijk omdat het bevreesd was dat hij geen toegang meer zou hebben tot de Amerikaanse kapitaalmarkt indien hij wel zou investeren.⁶⁹ Zo ook sloot Deutsche Telekom na de uitvaardiging van de Amerikaanse sancties in de tweede helft van 2018 de telefoon- en internetconnecties af van de in Duitsland gevestigde Iraanse banken Melli, Sepah en Europäisch-Iranische Handelsbank (EIH). Die maatregel was kennelijk ingegeven door de vrees dat de VS sancties zouden opleggen aan de Amerikaanse poot van Deutsche Telekom's mobiele telefonie dochteronderneming T-Mobile indien het commerciële contacten zou blijven onderhouden met Iraanse banken.⁷⁰ Dat Deutsche Telekom zijn activiteiten zo snel aan de Amerikaanse wetgeving zou aanpassen kan verrassend genoemd worden omdat de Duitse staat aandeelhouder is van de onderneming – terwijl Duitsland in de zomer van 2018 bij de door de Commissie gelanceerde consultatieronde geen bezwaar had gemaakt tegen de reactivering van de Europese

62 Zie voor verschillen bijvoorbeeld UK Finance, ‘The EU Blocking Regulation – Issues and Considerations for the Financial Services Sector’, paper 11 juli 2018. Om die reden drong de European Banking Federation erop aan dat de Commissie een EU-brede handhavingsstrategie zou ontwikkelen. EBF, ‘EBF comments on the EU Blocking Regulation’, 1 augustus 2018, EBF_033606, p. 2.

63 Artikel 5 lid 1 Verordening (EG) 2271/96.

64 In de juridische adviespraktijk wordt dit ‘technical alignment’ genoemd. Zie Allen & Overy, ‘Iran sanctions and the EU Blocking Regulation: Navigating legal conflict’, Legal & Regulatory Risk Note, 2018 (‘Should an EU business want to rely on this route, however, it would have to take care that it did not, if terminating or ending any Iranian business, do so on any grounds that could be inferred as being related to seeking compliance with the U.S.’s targeted secondary sanctions.’).

65 Europees Parlement, Parliamentary questions, Answer given by Vice-President Mogherini on behalf of the Commission, E-007804/2014, 1 april 2015.

66 ‘Austria charges bank after Cuban accounts cancelled’, *Reuters* 27 april 2007.

67 Foreign Ministry of the Republic of Austria, ‘Foreign Ministry ceases investigations against BAWAG bank’, 21 juni 2007.

68 R.L. Denton, ‘EU Blocking Regulation’ *Sanction & export control updates*, 18 mei 2018, <http://sanctionsnews.bakermckenzie.com/eu-blocking-regulation/> (‘Unfortunately, the US rock is far more compelling than the EU hard place, and very few EU businesses will rely on the Blocking Regulation to guarantee their ability to keep doing business in the US and Iran.’).

69 R. Emmott & A. de Carbonnel, ‘European Investment Bank casts doubt on EU plan to salvage nuclear deal’, *Reuters* 18 juli 2018.

70 M. Brüggemann, ‘Telekom stellt iranischer Bank in Hamburg die Telefone ab’, *Handelsblatt* 22 november 2018.

blokkeringswetgeving.⁷¹ Van Duitsland had dan ook wat meer verdediging van de Duitse en Europese economische soevereiniteit verwacht kunnen worden.⁷² Een rechtbank in Hamburg verplichtte Deutsche Telekom uiteindelijk om de connecties met die banken opnieuw aan te sluiten, zij het niet op basis van de EU-blokkeringswetgeving, maar omdat de banken tot nu toe aan hun verplichtingen voldaan hadden en over voldoende middelen beschikten.⁷³

In ieder geval zijn de economische contacten tussen het Europese bedrijfsleven en Iran ernstig teruggelopen als gevolg van de Amerikaanse secundaire sancties.⁷⁴ In een Kamerbrief liet het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken bijvoorbeeld weten dat het aantal aanvragen van exportvergunningen voor Iran in het eerste kwartaal van 2018 sterk was afgenomen ten opzichte van dezelfde periode in 2017.⁷⁵

4. De Europese *clawback*-bepaling

Naast een verbod voor EU-persoon om de Amerikaanse secundaire sancties na te leven, voorziet Verordening (EG) 2271/96 ook in een *clawback*- of privaats handhavingsrecht (artikel 6). Dit is een recht van een EU-persoon op verhaal van de schade, met inbegrip van de proceskosten, die hij heeft geleden ingevolge de toepassing van secundaire sancties.⁷⁶ Dit recht is geïnspireerd op een recht in de Britse *Protection of Trading Interests Act* uit 1980, op basis waarvan Britse ondernemingen waartegen in het buitenland een vonnis is geveld een vordering kunnen instellen tegen de partij in het voordeel waarvan het vonnis is geveld, althans voor zover de door de buitenlandse rechter toegekende schadevergoeding de normale compensatie overstijgt.⁷⁷ Met dit recht hoopte de Britse overheid de extraterritoriale toepassing van het Amerikaanse mededingingsrecht ten aanzien van Britse ondernemingen en in het bijzonder de toekenning van *multiple (punitive of treble) damages* in de VS te milderen.⁷⁸ Op

enigszins vergelijkbare wijze hoopt de EU met Verordening (EG) 2271/96 de extraterritoriale toepassing van Amerikaanse secundaire sancties te milderen, door EU-persoon het recht te geven schade te verhalen 'op de natuurlijke of rechtspersoon of enig ander lichaam dat de schade heeft veroorzaakt dan wel op iedere andere persoon die in diens naam of als tussenpersoon optreedt'.⁷⁹ Krachtens de verordening kan dit verhaal de vorm aannemen van 'beslag op en verkoop van activa die deze personen, lichamen of namens hen of als tussenpersoon optredende personen binnen de [Unie] bezitten, met inbegrip van aandelen in een in de [Unie] opgerichte rechtspersoon'.⁸⁰ Het in de verordening neergelegde private handhavingsrecht leek het directe antwoord op het door de VS in Title III van de *Helms-Burton Act* (1996) opgenomen private handhavingsrecht, dat civiele vorderingen door Amerikaanse onderdanen toeliet tegen elk individu of elke entiteit die handelt in eigendommen die na de Cubaanse revolutie in beslag waren genomen door de Cubaanse overheid.⁸¹

Verordening (EG) 2271/96 staat *niet* toe dat benadeelde EU-persoon de VS *zelf* dagvaarden in verband met de door Amerikaanse secundaire sancties veroorzaakte financiële en economische schade. Als staat genieten de VS immers immunititeit van rechtsmacht en uitvoering voor de rechtbanken van andere staten.⁸² De verordening staat enkel toe dat benadeelde EU-persoon andere private personen dagvaarden, die schade hebben veroorzaakt aan EU-persoon door met name in contractuele relaties naleving van Amerikaanse sancties te vereisen.

De precieze draagwijdte van het *clawback*-recht is onduidelijk. Er is nog geen rechterlijk precedent voorhanden. Wellicht zal het vorderingsrecht vooral worden gebruikt tegen partijen die zich terugtrekken uit financieringsakkoorden of leverantieovereenkomsten. Advocatenkantoren en lobbygroepen hebben in die context al een aantal (doem)scenario's gesuggereerd waarin EU-persoon een

- 71 Zie echter B. Jennen & B. Groendahl, 'Doubts Emerge Over Attempts to Counter U.S.-Iran Sanctions Threat' *Bloomberg* 3 mei 2018 ('While Chancellor Angela Merkel was among EU leaders who unanimously gave the green light last week for the bloc to take action, in private the German government is worried some of the steps responding to the U.S. threat could become an overwhelming burden, according to a government official. Germany is especially concerned that a regulation forbidding companies from complying with U.S. sanctions would inflict too dire a cost, said the official.').
- 72 Mathias Brüggmann, 'Deutschland sollte in der Iran-Politik seine Souveränität verteidigen', *Handelsblatt* 22 november 2018.
- 73 Mathias Brüggmann, 'Telekom muss Telefon- und Internetleitungen iranischer Banken wieder einschalten', *Handelsblatt* 29 november 2018; Jörg Schmitt, 'Telekom darf iranischen Banken nicht fristlos kündigen', *Der Spiegel* 30 november 2018. Bij het ter perse gaan van deze bijdrage was de officiële tekst van het vonnis niet beschikbaar.
- 74 Zie voor een overzicht van de Europese investeringen in/transacties met Iran die in 2018 zijn stopgezet: CRS 2019, p. 46-47.
- 75 Ministerie van Buitenlandse Zaken, Kamerbrief over instelling sancties door de Verenigde Staten tegen Iran en gevolgen voor het Nederlandse bedrijfsleven, 2 november 2018, BZDOC-403887767-56. Het ministerie bericht verder: 'Tussen 2015 en 2017 nam de bilaterale handel in goederen toe van € 486 miljoen naar € 1,66 miljard. Momenteel zijn ongeveer 100 Nederlandse bedrijven actief in Iran.'
- 76 Artikel 6 Verordening (EG) 2271/96.
- 77 British Protection of Trading Interests Act 1980, Chapter 11, Section 6.
- 78 Zie voor een commentaar op de Act: A.V. Lowe, 'Blocking extraterritorial jurisdiction: the British protection of Trading Interests Act, 1980', *American Journal of International Law* 1981, vol. 75, p. 257-282.
- 79 Artikel 6 lid 2 Verordening (EG) 2271/96.
- 80 Artikel 6 lid 4 Verordening (EG) 2271/96.
- 81 Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Helms-Burton Act, Pub.L. 104-114, 110 Stat. 785, 22 U.S.C. §§ 6021-6091). De toepassing van Title III werd echter steeds opgeschort door Amerikaanse presidenten, zodat ook de Europese *clawback*-bepaling dode letter bleef.
- 82 Zie artikelen 5 en 19 van het (nog niet in werking getreden) VN-verdrag inzake de jurisdictionele immuniteiten van staten (UN General Assembly Doc. A/59/38, 2 december 2004). Een uitzondering op de staatsimmunitet van rechtsmacht lijkt niet aan de orde, aangezien het uitvaardigen van economische sancties op politieke gronden (nationale/internationale veiligheid) als een soevereine handeling *de jure imperii* is te beschouwen.

clawback-vordering zouden kunnen instellen. Hieronder een greep uit de mogelijke scenario's.⁸³

In *scenario 1* hebben twee Europese vennootschappen een leverantieovereenkomst voor de export van goud naar Iran. De moedervenootschap van een van die ondernemingen is in de VS gevestigd. Uit vrees voor Amerikaanse sancties trekt deze vennootschap zich terug uit de overeenkomst. De andere vennootschap zou een schadeclaim kunnen indienen tegen de vennootschap die zich terugtrekt.

In *scenario 2* onderhandelen een Amerikaanse en een Europese vennootschap over een energieproject in Iran. De Amerikaanse vennootschap trekt zich terug uit vrees voor Amerikaanse sancties. De Europese vennootschap zou een schadeclaim kunnen indienen tegen de Amerikaanse.

In *scenario 3* heeft een Europese bank een kredietbrief verstrekt aan een Europese vennootschap met betrekking tot de ontwikkeling van een project in Iran. De bank heeft een Amerikaans filiaal. Uit vrees voor Amerikaanse sancties zet de bank de financiering stop. De vennootschap zou een schadeclaim kunnen indienen tegen de bank.

In *scenario 4* is een Europese vennootschap betrokken bij een *joint venture* met een Iraanse vennootschap. De Iraanse vennootschap is eigendom van personen die ondernemingsactiviteiten ontplooiën in de EU. De Europese vennootschap trekt zich terug uit het project uit vrees dat zij anders geen toegang meer zal hebben tot de Amerikaanse markt. De personen die eigenaar zijn van de Iraanse vennootschap zouden eventueel een schadeclaim kunnen indienen tegen de Europese vennootschap.

In *scenario 5* is een Europese bank niet in staat om aan een verzoek van een Europese klant te voldoen om geld naar Iran overschrijven, omdat de Amerikaanse *correspondent bank* omwille van de Amerikaanse sancties de transactie weigert. Het is niet ondenkbaar dat de klant een schadeclaim indient tegen de Europese bank.⁸⁴

In *scenario 6* heeft een Europese bank een lening verstrekt aan een Iraanse bank. De Europese bank verkoopt de schuld aan een derde bank. Op basis van een akkoord tussen de Europese bank en de derde bank is de eerste verplicht om een rechtsvordering in te stellen tegen de Iraanse bank indien die de lening niet terugbetaalt. De Iraanse bank betaalt de lening inderdaad niet terug, maar

is intussen op een Iraanse sanctielijst komen te staan. De Europese bank weigert de rechtsvordering in te stellen omdat hij vreest dat hij zich anders blootstelt aan Amerikaanse sancties. De derde bank zou een schadeclaim tegen de Europese bank kunnen indienen.

In *scenario 7* vraagt een Europese verzekeraar aan zijn bank, een Europese dochter van een Amerikaanse bank, om maandelijks de premie te innen van zijn klanten. Die bank vraagt aan de banken waar de klanten hun rekening hebben om de premie te betalen. Sommige van die banken zijn echter Iraans. De bank van de verzekeraar weigert de premies komende van rekeningen van klanten bij Iraanse banken, omdat hij vreest dat hij zich kan blootstellen aan Amerikaanse sancties als hij de premies int. Omdat de premie van die klanten niet is betaald, wordt de verzekeringspolis beëindigd. Die klanten kunnen overwegen een schadeclaim in te dienen tegen de bank van de verzekeraar.

Gebruik van het *clawback*-recht lijkt dus geenszins illusoir. Het recht komt overigens niet te vervallen indien de Commissie op basis van artikel 5 van de verordening toestemming geeft aan een persoon om aan de Amerikaanse sancties gevolg te geven. Dergelijke *compliance* met Amerikaanse sancties kan immers nog steeds schade veroorzaken aan een tegenpartij, die deze krachtens artikel 6 van de verordening kan verhalen op de schadeverwekker.⁸⁵ Niettemin zal de eiser steeds het oorzakelijk verband moeten zien te bewijzen tussen de schade en de naleving van Amerikaanse sancties door een derde partij. Bovendien, zelfs indien het *clawback*-recht effectief gebruikt wordt, is het geenszins een *magic bullet*. Een EU-onderneming kan op basis van dit recht wel compensatie krijgen, maar indien zij commerciële transacties met Iran blijft verrichten, stelt zij zich nog steeds bloot aan Amerikaanse secundaire sancties.⁸⁶ Die sancties kunnen de compensatie die de onderneming in voorkomend geval krijgt op basis van artikel 6 van de verordening in het niet doen verzinken.

5. Afsluitende opmerkingen: van blokkeren naar faciliteren

Uit de paragrafen 3 en 4 van deze bijdrage blijkt dat de Europese blokkeringswetgeving ten minste op papier de naleving van Amerikaanse sancties tegengaat via een *compliance*-verbod en een *clawback*-recht. Het is voorlopig

83 Zie voor de eerste vier scenario's: M. Jones & E. Bales, 'US Iran Sanctions and the EU Blocking Regulation – private law claims for damages', *Lexology* 31 juli 2018. Zie voor het vijfde scenario: EBF, 'EBF comments on the EU Blocking Regulation', 1 augustus 2018, EBF_033606, p. 5, en UK Finance, 'The EU Blocking Regulation – Issues and Considerations for the Financial Services Sector', paper 11 juli 2018, p. 10. Zie voor scenario's 6 en 7: UK Finance, 'The EU Blocking Regulation – Issues and Considerations for the Financial Services Sector', paper 11 juli 2018, p. 6-7.

84 Volgens UK Finance zou de bank in ieder geval niet aansprakelijk zijn. UK Finance, 'The EU Blocking Regulation – Issues and Considerations for the Financial Services Sector', paper 11 juli 2018, p. 10 ('As the customers bank has been willing to do this business but does not have a pathway where it is certain that the transaction will be executed and there is no European Pathway the customers bank is not liable for civil action.').

85 Zie voor de bezorgdheden van de European Banking Federation hieromtrent: EBF, 'EBF comments on the EU Blocking Regulation', 1 augustus 2018, EBF_033606, p. 9.

86 European Parliament Research Service, 'Updating the Blocking Regulation. The EU's answer to US extraterritorial sanctions', PE 623.535 – June 2018, p. 6.

koffiedik kijken hoe de door Verordening (EG) 2271/06 voorziene maatregelen in de praktijk zullen worden toegepast. De legitieme vrees bestaat evenwel dat ze wel eens weinig effectief kunnen zijn in de bescherming van Europese economische belangen. Het probleem met het Europese verbod op naleving van Amerikaanse sancties is dat het Europese ondernemingen straft in plaats van beschermt, en niet kan voorkomen dat Europese ondernemingen er toch voor kiezen de Amerikaanse sanctiewetgeving na te leven en de lichtere Europese sancties op de koop toe te nemen. Het probleem met het *claw-back*-recht is dat Europese ondernemingen misschien wel compensatie kunnen krijgen, maar toch onderworpen blijven aan de Amerikaanse sanctiewetgeving, met alle gevolgen van dien. Het is ook hoogst onzeker of de Amerikaanse regering als gevolg van de verordening haar secundaire sanctiewetgeving zal bijstellen of opschorten.⁸⁷

Gezien de verregaande economische verstrengeling tussen de EU en de VS en daaruit volgende blootstelling van Europese ondernemingen aan Amerikaanse sancties, lijkt de blokkeringswetgeving slechts beperkte bescherming tegen Amerikaanse sancties te bieden.⁸⁸ Een andere strategie is dan eventueel geboden. Men kan daarbij denken aan het vervangen van de dollar door de euro of een andere munt (bijvoorbeeld de Chinese RMB) in internationale (energie)contracten: het 'de-dollariseren' van de wereldeconomie.⁸⁹ Wanneer Europese handelaren de dollar niet meer gebruiken, maken zij ook niet langer gebruik van het Amerikaanse financiële systeem, en zijn zij – behoudens andere connecties met de VS – niet onderworpen aan de Amerikaanse sanctiewetgeving. De-dollarisering is echter een werk van lange adem en vergt vertrouwen van handelaren in de stabiliteit van andere munten.

Op korte termijn lijkt de EU veeleer heil te zien in een 'special purpose vehicle' (SPV) om financiële transacties

tussen de EU en Iran te handhaven.⁹⁰ Op 31 januari 2019 werd door het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland een 'Instrument in Support of Trade Exchanges' (INSTEX) onthuld, een SPV die het mogelijk maakt om goederen te 'ruilen' tussen Iraanse en Europese ondernemingen zonder directe financiële transacties of het gebruik van de dollar.⁹¹ De details van INSTEX moeten nog uitgewerkt worden, maar het lijkt erop neer te komen dat de door Europese importeurs aan Iran te betalen prijs (bijvoorbeeld voor de aankoop van pistachenoten) zou verrekend kunnen worden met de prijs die Iran moet betalen aan Europese exporteurs (bijvoorbeeld voor de verkoop van geneesmiddelen).⁹² Europese exporteurs worden dan betaald uit financiële middelen die zich in Europa bevinden en Iraanse importeurs uit financiële middelen die zich in Iran bevinden, zonder dat er dollars of internationale banktransacties aan te pas komen.

De VS zouden een dergelijke SPV niettemin als een ontwijkingsconstructie kunnen beschouwen en de betrokken ondernemingen toch nog sancties kunnen opleggen.⁹³ Ook Europese centrale banken die meewerken aan SPV's zou de toegang tot de Amerikaanse kapitaalmarkt kunnen worden ontzegd op grond van het *faciliteren* van onrechtmatige transacties met Iran.⁹⁴ Slechts voor kleinere ondernemingen die geen connecties hebben met de VS en zich dus niet blootstellen aan Amerikaanse sancties, lijkt participatie aan zo'n SPV veilig.

In eerste instantie zal INSTEX voor humanitaire doeleinden worden gebruikt omdat humanitaire goederen in beginsel niet onder de Amerikaanse sancties vallen,⁹⁵ en dus wellicht weinig Amerikaanse tegenstand opleveren.⁹⁶ INSTEX zou dan bijzonder nuttig kunnen zijn voor Europese ondernemingen die actief zijn in de farmaceutische sector en de levensmiddelensector. Die onderne-

87 Zie voor een optimistische benadering: D. Franchini, "With Friends Like That, Who Needs Enemies?": Extraterritorial Sanctions Following the United States' Withdrawal from the Iran Nuclear Agreement', *EJIL:Talk!* 29 mei 2018 ('If past experiences are instructive, it should be noted that in all cases in which the United States was isolated, it ultimately caved in to the protests of other states.').

88 US Congressional Research Service, 'Iran Sanctions', CRS reports RS20871, updated 4 januari 2019, p. 46.

89 P. Wintour, 'EU's dependence on dollar to be reduced under new proposals', *The Guardian* 5 december 2018. Zie over het gebruik van de Chinese RMB (renminbi of yuan): M. Schinkel, 'Op weg naar de heerschappij van de Chinese dollar', *NRC Handelsblad* 1 februari 2019.

90 Zie Remarks by High Representative/Vice-President Federica Mogherini following a Ministerial Meeting of E3/EU + 2 and Iran, Brussel, 24 september 2018.

91 UK Foreign and Commonwealth Office, 'New mechanism to facilitate trade with Iran: joint statement', 31 januari 2019. Zie ook P. Wintour, 'Europe sets up scheme to get round US sanctions on Iran', *The Guardian* 31 januari 2019.

92 P. Wintour, 'EU's dependence on dollar to be reduced under new proposals', *The Guardian* 5 december 2018.

93 Zie met name de reactie van de Amerikaanse *National Security Adviser*, zoals geciteerd in: R. Campos & J. Irish, 'Bolton says U.S. will be aggressive, unwavering on Iran sanctions', *Reuters* 25 september 2018 ('We will be watching the development of this structure that doesn't exist yet and has no target date to be created. We do not intend to allow our sanctions to be evaded by Europe or anybody else.'). Zie ook de reactie van het Amerikaanse State Department op de aankondiging van INSTEX: 'European Nations Create Firm to Trade With Iran, but Will Anyone Use It?', *The New York Times* 1 februari 2019.

94 E. Geranmayeh & E. Batmanghelidj, 'Bankless task: can Europe stay connected to Iran?', *ECFR* 10 oktober 2018.

95 H.R.3364 – Countering America's Adversaries Through Sanctions Act, 115th Congress (2017-2018), Section 111(a)(3) ('The conduct or facilitation of a transaction for the sale of agricultural commodities, food, medicine, or medical devices to Iran or for the provision of humanitarian assistance to the people of Iran, including engaging in a financial transaction relating to humanitarian assistance or for humanitarian purposes or transporting goods or services that are necessary to carry out operations relating to humanitarian assistance or humanitarian purposes.').

96 E. Batmanghelidj & A. Hellman, 'How Europe Could Blunt U.S. Iran Sanctions Without Washington Lifting A Finger', *Foreign Policy* 3 december 2018. Een en ander betekent niet dat de internationale handel in deze goederen eenvoudig is. Het Internationaal Gerechtshof besliste op 3 oktober 2018 dat de VS verplicht zijn 'to remove, by means of its choosing, any impediments arising from the measures announced on 8 May 2018 to the free exportation to the territory of the Islamic Republic of Iran of (i) medicines and medical devices; (ii) foodstuffs and agricultural commodities; and (iii) spare parts, equipment and associated services (including warranty, maintenance, repair services and inspections) necessary for the safety of civil aviation'. Internationaal Gerechtshof, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures – Order, 3 October 2018.

mingen zijn sowieso al het langst aanwezig in Iran.⁹⁷ Hoe INSTEX precies zal werken en of het instrument effectief de handel tussen Europa en Iran zal faciliteren,

was bij het verschijnen van deze bijdrage nog niet duidelijk.⁹⁸

97 E. Batmanghelidj & A. Hellman, 'How Europe Could Blunt U.S. Iran Sanctions Without Washington Lifting A Finger', *Foreign Policy* 3 december 2018. De auteurs verwijzen met name naar Nestle, Novo Nordisk, Sanofi en Unilever. In beginsel hebben de Amerikaanse sancties echter geen betrekking hebben op humanitaire goederen, waardoor de vraag kan rijzen waarom een bijzondere SPV-constructie nodig is. Toch blijkt het geenszins vanzelfsprekend te zijn om handel te drijven in deze goederen, met name omdat weinig Europese banken bereid zijn om betalingen te ontvangen van Iraanse importeurs.

98 Zie voor een inschatting van de 'likely structure' van INSTEX: E. Geranmayeh & E. Batmanghelidj, 'Trading with Iran via the Special Purpose Vehicle: How it Can Work', *European Council on Foreign Relations* 7 februari 2019.