

ETI versus Bolivia: Achtergrond informatie over de ICSID zaak

Michiel van Dijk (SOMO)¹
11-01-08

De Zaak: ETI versus Bolivia

Op 12 oktober 2007 dient Eurotelecom Telecom International (ETI) N.V., gevestigd in Nederland en een dochterbedrijf van Telecom Italia, een verzoek tot arbitrage in bij het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), onderdeel van de Wereld Bank. De klacht van ETI is gericht aan de Boliviaanse staat die beschuldigd wordt van het 'vernietigen' van ETI's investeringen (naar eigen zeggen US\$ 725 miljoen) in Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (ENTEL), het grootse telecombedrijf van Bolivia waarin het bedrijf een meerderheidsbelang heeft van 50%.² ETI beroept zich hierbij op het "Akkoord over Bevordering en Wederzijdse Bescherming van Investerings tussen de Republiek Bolivia en het Koninkrijk der Nederlanden" een bilateraal investeringsbeschermingsovereenkomst (IBO) of een bilateraal investeringsverdrag (Bilateral Investment Treaty - BIT) tussen Bolivia en Nederland. Het bedrijf eist een volledige vergoeding van de schade die het leidt als gevolg van de acties van de Boliviaanse overheid.

De oorzaak van klacht is het voornemen van de Boliviaanse overheid om een meerderheidsbelang in ENTEL te verkrijgen. Het voornemen is onderdeel van het Nationale Ontwikkelingsplan van de regering Morales om voormalige staatsbedrijven die midden jaren 90 geprivatiseerd werden als onderdeel van neoliberale hervormingen weer (gedeeltelijk) te nationaliseren. ENTEL is een van die bedrijven. In juni 1995 werd 50% van de aandelen verkocht aan ETI terwijl de overige aandelen opgekocht werden door pensioenfondsen (47.5%) en de werknemers van ENTEL (2.5%).

Om ENTEL weer in staatshanden terug te brengen heeft de regering Morales een drietal verordeningen uitgevaardigd (29087, 29101 en 29100) die de privatisering van ENTEL in 1995 ongedaan moeten maken. De argumenten voor privatisering die gegeven worden door de overheid zijn de slechte kwaliteit van dienstverlening en het niet nakomen van bepaalde service afspraken.³ Daarnaast wordt ETI er ook van beschuldigd dat het verzaakt heeft US\$ 25 miljoen in bronbelasting te betalen. De belasting is gerelateerd aan een grote kapitaaluitkering die het bedrijf in 2005 deed aan haar aandeelhouders. Volgens afspraken met de interim regering van Carlos Mesa was dit het eerste jaar dat ENTEL kapitaal mocht overmaken naar het buitenland. Beide beschuldigen worden ontkend door ETI/Telecom Italia. Daarnaast is het bedrijf ook van mening dat de nationalisatie plannen van de regering Morales niet rechtmatig zijn of verlopen en er geen overleg in goed vertrouwen is geweest met het bedrijf over deze kwesties.

Naast de discussie over de 'vernietiging van ETI's investeringen door de Boliviaanse nationaliseringplannen speelt de vraag of ICSID wel gemachtigd is om arbitrage te verlenen in deze zaak. Op 2 mei 2007 neemt Bolivia namelijk als eerste land ter wereld, het besluit zich officieel terug te trekken uit ICSID met als doel dit instituut alle juridische rechtsgeldigheid te ontzeggen wat betreft geschillen tussen de Boliviaanse Staat en in Bolivia opererende multinationale bedrijven. Bovendien

¹ Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO), Centre for Research on Multinational Corporations, Sarphatistraat 30, 1018 GL Amsterdam, The Netherlands, +31 (0)20 6391291, +31 (0)20 639132, m.van.dijk@somo.nl.

² Zie ETI request for arbitration: <http://www.scribd.com/doc/916345/071012-ETI-Request-for-Arbitration-1?page=2> (deel 1) en <http://www.scribd.com/doc/916361/071012-ETI-Request-for-Arbitration-2> (deel 2) (10-01-08).

³ Zie CIADI/Telecom Italia: Hands of Bolivia, http://www.cadtm.org/IMG/pdf/ICSID_TI_Hands_off_Bolivia.pdf (10-01-08).

besloot de Boliviaanse regering alle bilaterale verdragen voor bescherming van investeringen die door eerdere regeringen van Bolivia waren ondertekend te zullen gaan herzien en te beoordelen op de grond van de aan het licht gekomen feiten. Echter, in overeenstemming met bepaalde convenanten van ICSID werd de terugtrekking van Bolivia pas effectief op 3 november 2007, drie weken nadat ETI haar klacht in heeft gediend.

Bilaterale investeringsverdragen en ICSID

In tegenstelling tot handel, bestaat geen internationale organisatie of multilaterale verdragen, zoals de WTO, die afspraken maken over internationale investeringstromen. Het gevolg hiervan is dat landen zijn overgegaan tot het tekenen van regionale (bijvoorbeeld de NAFTA) en bilaterale investeringsverdragen (Bilateral Investment Treaties, BITs), vooral met of tussen ontwikkelingslanden. De OESO-landen hebben onder elkaar een niet op sancties gebaseerde Code of Liberalisation of Capital Movements. In een BIT worden afspraken gemaakt over condities en regelgeving wat betreft investeringen door bedrijven en/of personen uit het ene land in het andere land, met nadruk op bescherming van de investeerders. Vrijwel alle BITs bevatten namelijk clausules met betrekking tot 'passende compensatie' voor het investerende bedrijf in geval van 'directe' en 'indirecte' onteigening en toegang tot een international tribunaal in geval van een vermeende schending van het verdrag. In de meeste gevallen worden investeringsgeschillen voor het ICSID gebracht. ICSID is opgericht in 1965 en is één van de vijf instituties die samen de World Bank Group vormen.

De veronderstelling achter het tekenen van een BIT is dat de landen hierdoor verwachten meer buitenlandse investeringen aan te trekken.⁴ Economisch onderzoek vindt echter geen eenduidig verband tussen het tekenen van een BIT en de mate van buitenlandse directe investeringen in ontwikkelingslanden.⁵

Volgens de overzichtslijst van IBO landen van het Ministerie van Economische zaken zijn er 97 BITS ondertekend (soms worden BITs getekend en pas veel later of nooit geratificeerd).⁶ Volgens een database van UNCTAD heeft Nederland in totaal 91 BITS afgesloten per 1 juni 2007.⁷ Bolivia heeft in totaal 22 BITS afgesloten. De Nederland-Bolivia BIT werd ondertekend door beide landen op 10 maart 1992 en werd van kracht op 1 november 1994. Het totale aantal BITS wereldwijd is meer dan 2,500.

Naast een overeenkomst over de condities voor investeringen tussen twee landen bieden BITs ook een zekere mate van bescherming. Vrijwel alle BITs bevatten namelijk clausules met betrekking tot 'passende compensatie' voor het investerende bedrijf in geval van 'directe' en 'indirecte' onteigening en toegang tot een international tribunaal in geval van een vermeende schending van het verdrag. In de meeste gevallen worden investeringsgeschillen voor het International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) gebracht. ICSID is opgericht in 1965 en is één van de vijf instituties die samen de World Bank Group vormen.

⁴ Zie bijvoorbeeld de preambule van de Nederland-Bolivia BIT die vermeldt dat de "agreement upon the treatment to be accorded to ... investments will stimulate the flow of capital and technology and the economic development of the Contracting parties".

⁵ Zie bijvoorbeeld. Neumayer E and Spess L (2005). Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?, [http://eprints.lse.ac.uk/627/01/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/627/01/World_Dev_(BITs).pdf) (10-01-08) en Gallagher K and Birch M (2006). Do investment agreements attract investment? Evidence from Latin America. The Journal of World Investment and Trade, Volume 7, (December): 961–973.

⁶ <http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=153618&rid=145063>; zie ook: <http://www.minez.nl/content.jsp?objectid=151340&rid=153618>

⁷ UNCTAD, Country-specific lists of BITs, <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1> (09-01-08).

BITs en het ICSID zijn om verschillende redenen omstreden:⁸

- ❑ Het geeft bedrijven de mogelijkheid om nationale wetgeving aan te klagen door middel van een aanklacht tegen de staat in een internationaal tribunaal.
- ❑ Het geeft bedrijven de mogelijkheid om compensatie af te dwingen voor indirecte onteigening, dat wil zeggen alle maatregelen van een overheid die de waarde van de investering kunnen verminderen. Hieronder vallen ook regelgeving die ingesteld wordt om het milieu te beschermen of de gezondheid van burgers te garanderen.
- ❑ BITs bevatten onduidelijk clausules met betrekking tot 'eerlijke' en 'gelijkwaardige' behandeling van investeringen die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn.
- ❑ BITs verbieden dat nationale investeerders gunstiger worden behandeld dan buitenlandse investeerders en dat betalingen door investeerders en geldtransfers die met de investeringen te maken worden tegengehouden.

Enkele voorbeelden van controversiële ICSID zaken zijn klachten naar aanleiding van nationalisering van waterbedrijven (Tanzania en Bolivia), noodmaatregelen in verband met een economische crisis (Argentinië), verbod op het lozen van schadelijke gifstoffen (Mexico) en landrechten van indianen (Ecuador).

De bedrijven

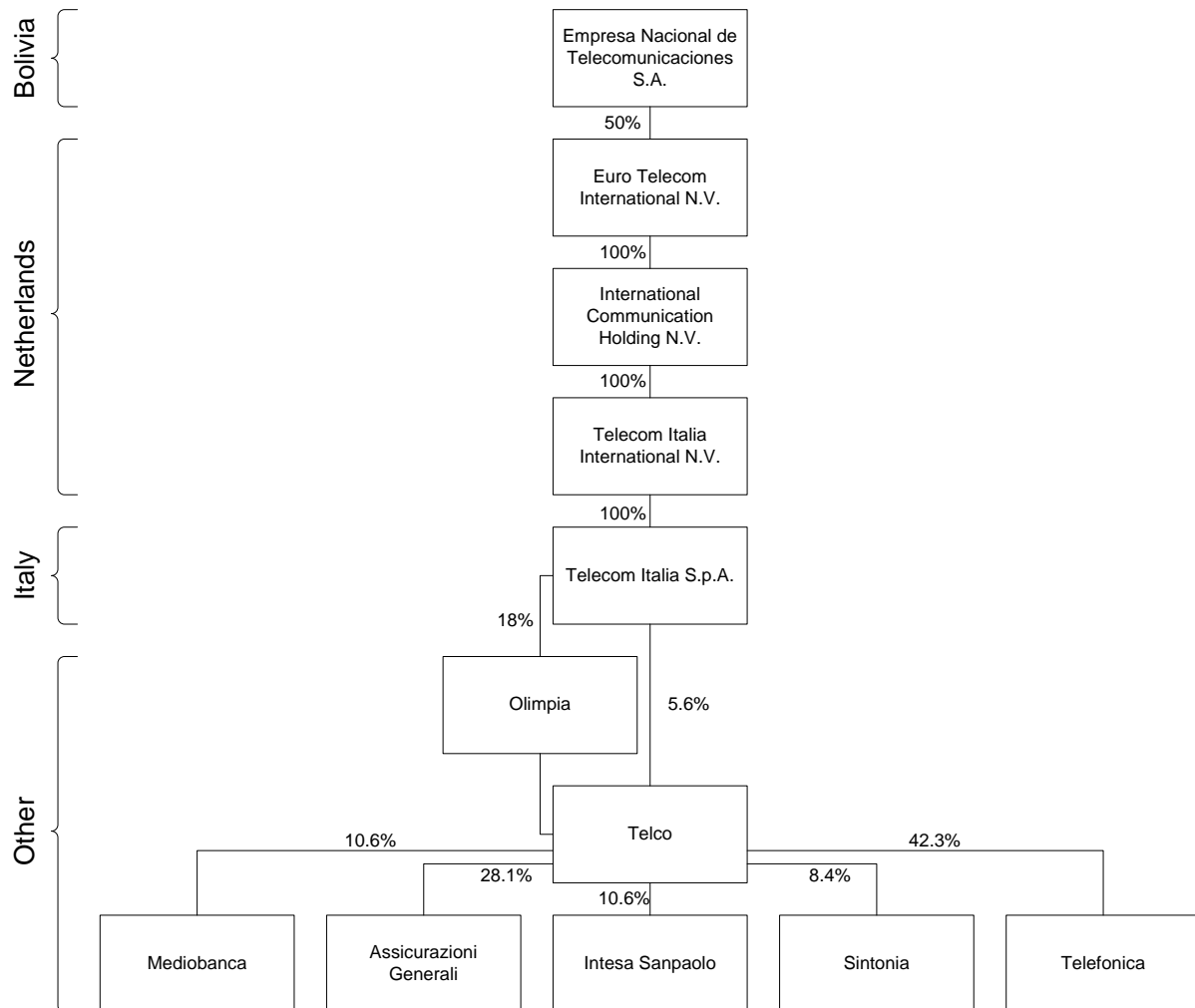
Euro Telecom International N.V. (ETI) is een bedrijf zonder werknemers dat 50% van de aandelen van Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (ENTEL) haar bezit heeft. ETI is voor 100% eigendom van een ander Nederlands bedrijf, International Communication Holding (ICH) N.V., wederom zonder werknemers. ICH is op haar beurt weer voor 100% eigendom van het Nederlandse Telecom Italia International N.V. (zeven werknemers in Nederland), dat op haar beurt weer eigendom is van Telecom Italia S.p.A., een Italiaans bedrijf en de 'ultieme eigenaar' (beneficial owner) van ENTEL en alle Nederlandse dochtermaatschappijen.⁹ Telecom Italia International is het holding bedrijf van Telecom Italia S.p.A. en bezit naast ICH ook aandelen van telecom bedrijven in Cuba, Italië, Nederland, Argentinië. Zowel ETI, ICH en Telecom Italia International NV zijn gevestigd op één adres, de Stravinskylaan 1627, 1077 XX te Amsterdam, namelijk in het WTC gebouw aan de Zuid As..

Het eigendom van Telecom Italia is aan recente veranderingen onderhevig. Volgens de meest recente informatie is Telco S.p.A. de grootaandeelhouder van Telecom Italia met 23.6% (18% via Olimpia en 5.6% direct). Telco zelf is in handen van vijf bedrijven waarvan Telefonica España met 42.3% het grootste aandeel heeft en dus feitelijk het management van Telco (en Telecom Italia plus dochterbedrijven) controleert. Figuur 1 laat de eigendomsstructuur zien.

⁸ Zie Anderson, S. and S. Grusky (2007), Challenging Corporate Investor Rule How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It, Institute for Policy Studies and Food and Water Watch, <http://www.foodandwaterwatch.org/water/pubs/reports/corporate-investor-rule> (10-01-08).

⁹ Door de gunstige fiscale wetgeving is Nederland een aantrekkelijk vestigingsland voor holdings- en financieringsmaatschappijen van multinationals. Echter, aangezien deze bedrijven vaak uitsluitend een administratieve functie hebben – het 'doorsluizen' van financieringstromen en investeringen tussen het hoofdkwartier en de dochterbedrijven van een multinational – en er verder geen economische activiteiten worden ondernomen, tellen deze bedrijven vaak nul of zeer weinig werknemers. Dit type bedrijven wordt ook wel aangeduid als 'brievenbusbedrijven'. Uit recent onderzoek blijkt dat Nederland in 2006 rond de 20.000 brievenbus bedrijven geregistreerd waren. De Nederlandsche Bank (DNB), houdt een register bij van zogenaamde Speciale Financieele instellingen, bedrijven die in elk geval gedeeltelijk zijn gevestigd in Nederland uit belastingoverwegingen. Hieronder vallen zowel (een selectie van) brievenbusbedrijven als andere organisatievormen. DNB schat het aantal SFIs in 2006 op meer dan 10.000 in 2006. Het is niet onwaarschijnlijk dat ETI, ICH en/of Telecom Italia NV geregistreerd staan als SFI. Voor meer informatie zie de SOMO rapporten: The Netherlands: A tax haven? en Tax Haven and Development Partner: Incoherence in Dutch Government Policies? Beide te downloaden via: <http://www.taxjustice.nl/?nid=52000>.

Figuur 1: Eigendomsstructuur van Telecom Italia



Bron: CIADI/Telecom Italia: Hands off Bolivia, http://www.cadtm.org/IMG/pdf/ICSID_TI_Hands_off_Bolivia.pdf (10-01-08).

Notitie: Eigendomsstructuur van Telecom Italia is gebaseerd op voorlopige gegevens.

Chronologie van Relevante Gebeurtenissen

- Eind jan.2008 Eerste ICSID zitting over ETI case
- 3 nov. 2007 Bolivia's terugtrekking uit ICSID wordt actief.
- 31 okt. 2007 Ana Palacios, Secretaris Generaal van ICSID registreert het geschil formeel.
- Okt. 2007 Telefónica España verkrijgt een meerderheidsbelang in Telecom Italia S.p.A.

- 12 okt. 2007 Via haar dochterbedrijf ETI dient een verzoek in tot arbitrage bij ICSID in verband met een investeringsgeschil met de Boliviaanse staat op basis van Nederlandse-Boliviaanse BIT.
- 15 mei 2007 SITTEL, het Boliviaanse overheidsorgaan dat de nationale telecommarkt reguleert informeert ENTEL over oplegging van boetes naar aanleiding van vermeende wanprestaties zoals slechte service en niet nakomen van service afspraken. Gelijksoortige boetes werden al eerder opgelegd door SITTEL aan ENTEL op 1 april 2005 en 11 mei 2007.
- 2 mei 2007 Bolivia neemt besluit om zich, als eerste land ter wereld, officieel terug te trekken uit ICSID met als doel dit instituut alle juridische rechtsgeldigheid te ontzeggen wat betreft geschillen tussen de Boliviaanse Staat en in Bolivia opererende multinationale bedrijven.
- 23 april 2007 Publicatie van verdere verordeningen (29101 en 29100) die de ENTEL's aandelen van de pensioenfondsen weer in overheidshanden moeten brengen en de eerdere verordening uit 2005 dat ETI aan haar investeringsverplichting voldaan heeft ongedaan maakt.
- April 2007 Overleg tussen ETI/ENTEL en Boliviaanse overheid over gang van zaken.
- 30 maart 2007 Publicatie van verordening (29087) om een commissie samen te stellen die ervoor moet zorgen dat een meerderheidsbelang van ENTEL weer in overheidshanden belandt.
- 7 juli 2006 Boliviaanse overheid waarschuwt ETI over achterstallige belastingen plus boetes.
- Juni 2006 Morales regering lanceert 'nationaal ontwikkelings plan' met daarin plannen aan om voormalige staatsbedrijven die geprivatiseerd werden gedurende midden jaren 90 weer in handen van de staat terug te brengen.
- Dec. 2005 Eva Morales wordt verkozen tot President van Bolivia.
- 19 mei 2005 Interim regering van Carlos Mesa bepaald dat ETI aan haar investeringsverplichtingen van 1995 heeft voldaan waardoor het mogelijk wordt voor ETI om winsten uit te keren aan de aandeelhouders in het buitenland.
- Juni 1995 ENTEL, het publieke telefonie bedrijf van Bolivia wordt geprivatiseerd als onderdeel van neoliberale hervormingen en overgenomen door ETI.
- Maart 1995 Oprichting ETI in Nederland.
- 1 nov. 1994 Nederland-Bolivia BIT wordt van kracht
- 10 maart 1992 Nederland en Bolivia tekenen een BIT, *het Akkoord over Bevordering en Wederzijdse Bescherming van Investerings tussen de Republiek Bolivia en het Koninkrijk der Nederlanden.*