

Position paper Ewald Engelen

Op 28 oktober 1957 berichtte *Time Magazine* onder de titel “A Capitalist Magna Carta” over een voorstel voor een supranationale grondwet waarin de bescherming van de eigendomsrechten van investeerders moest worden vastgelegd.¹ Drieënzestig jaar later steekt het geraamte van die grondwet op allerlei plekken in het handelsverdrag dat de Europese Unie met Canada heeft gesloten de kop op. Ik heb het over CETA, het verdrag waarmee de Europese Unie in het tijdperk van Chinese wasdom en Amerikaanse neergang haar geopolitieke ambities poogt te verwezenlijken en dat na het kleine “ja” van de Tweede Kamer vorig jaar, nu in de Eerste Kamer ligt.

De man verantwoordelijk voor deze kapitalistische Magna Carta was Hermann Josef Abbs. Volgens de bekende Amerikaanse historicus van het neoliberalisme, Quinn Slobodian, was Abbs opgeleid in de traditie van Von Hayek en Von Mises, was hij destijds bestuursvoorzitter van de Deutsche Bank, was hij in de Tweede Wereldoorlog verantwoordelijk voor de onteigening van Joodse bezittingen, en ergerde hij zich groen en geel aan de vanzelfsprekendheid waarmee de geallieerden Duitse buitenlandse tegoeden hadden geconfisqueerd en de stelligheid waarmee zij Nazi-Duitsland hadden veroordeeld voor hetzelfde gedrag.²

Zijn grondwet voorzag in supranationale afspraken die de eigendommen van buitenlandse investeerders moesten beschermen tegen onteigeningen door het land waarin zij hun investeringen hadden

¹ <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,810068,00.html>

² <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674979529>

gedaan. Naast een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens was er volgens Abbs behoefte aan een Universele Verklaring van de Rechten van de Investeerder. In juridisch jargon: het “imperium” van de staat zou zich niet moeten kunnen uitstrekken tot het “dominium” van het eigendom. De bescherming van quasi-natuurrechtelijke eigendomsrechten zou een extra, supranationaal slot nodig hebben om het beginsel van absolute eigendomsrechten van private partijen te beschermen tegen de natiestaat.

Volgens de ordoliberalen was er namelijk een grootschalige aanval gaande op het eigendomsrecht. En die kwam niet alleen in de vorm van het Keynesianisme en de naoorlogse uitbouw van de verzorgingsstaat, ook al betekende de versterking van de rechten, zekerheden en inspraakmogelijkheden van werknemers precies dat: een navenante verzwakking van de rechten, zekerheden en inspraakmogelijkheden van de aandeelhouder.

Maar ook, en vooral, in de vorm van dekolonisatie: waar Abbs' Magna Carta investeerders tegen moest beschermen waren onteigeningen als die van de Indonesische olievelden van de NAM, de Anglo-Iraanse oliemaatschappij door het nieuwe regime in Iran, de United Fruit Company in Guatemala en het Suez Kanaal door het Egypte van Nasser. Dat waren de voorbeelden waarmee Abbs zijn publiek van de noodzaak van meer investeerdersbescherming probeerde te overtuigen.

De remedie was een Internationaal Arbitrage Hof, een “International Court of Arbitration” zoals Abbs het noemde, dat onteigening zonder compensatie onmogelijk moest maken en investeerders schadevergoedingen zou kunnen toekennen als staten beslissingen namen die hun belangen schaadden. En dat zonder dat er een nationale

rechter aan te pas zou komen – die werden door Abbs te gekleurd gevonden en zouden om die reden steevast het smalle publieke belang van de demos laten prevaleren boven het suprastatelijke belang van de kapitaalbezitter.

Abbs' arbitragehof is er nooit gekomen. In plaats daarvan is er geleidelijk aan een systeem van private arbitragecommissies ontstaan, sterk geënt op Abbs' arbitragehof, zoals Slobadian laat zien, dat op initiatief van transnationale ondernemingen het vlechtwerk van bilaterale investeringsverdragen gebruikt om staten ofwel forse schadevergoedingen af te dwingen ofwel onwelgevallige regelgeving tegen te gaan. En binnen dat stelsel spelen Nederlandse juristen een hoofdrol. Volgens de Unctad spannen in Nederland gevestigde holdings de kroon als het gaat om het aanspannen van claims.³ Terwijl het voor sommige multinationals – waaronder opvallend veel Canadese – een lucratieve bijverdienste is geworden.⁴

Tot CETA. Het zogenaamde “Investment Court System” dat binnen CETA is opgetuigd, lijkt namelijk als twee druppels op de plannen van Abbs' en poogt het bestaande arbitragestelsel te formaliseren. Net als Abbs' arbitragehof is het in handen van private partijen en komt het dus neer op een duaal rechtssysteem: een publiek systeem voor burgers en kleinkapitaal, een privaat systeem voor het grootkapitaal; moet het investeerders extra bescherming bieden tegen aantasting van hun eigendomsrechtelijke bevoegdheden; staat het ze toe compensatie te eisen voor (gedeeltelijke) onteigening; en is de interpretatie van wat

³ <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement; zie ook https://decorrespondent.nl/510/hoe-nederland-een-claimparadijs-voor-multinationals-werd/36893744250-1690e284>

⁴ <https://www.policyalternatives.ca/digging-for-dividends>

onteigening is in handen van arbiters met een die een sterke prikkel hebben om .

De mogelijk negatieve gevolgen zijn dan ook groot: toenemende rechtsongelijkheid, afnemende democratische legitimiteit, en bevriezing van het wetgevingsproces: uit angst voor schadeclaims zouden staten bijvoorbeeld kunnen besluiten af te zien van striktere milieuwetgeving. Iets wat voor met name Nederland – Europees hekkensluiter als het gaat om verduurzaming – desastreus zou zijn. De aangekondigde claim van 900 miljoen van het Duitse elektriciteitsbedrijf Uniper tegen de Nederlandse staat over het besluit om in 2030 alle steenkoolcentrales te sluiten is een voorbode van die toekomst.⁵

In antwoord op bezorgde vragen van de Eerste Kamer hierover komt het kabinet niet verder dan wat bezwerende formules en boterzachte beloftes: via zogenaamde programmacommissies worden ook ngo's betrokken bij de uitwerking van de regels; de rechters worden voor langere tijd benoemd en moeten zich houden aan een gedragscode "om belangenverstremming te voorkomen"; "de materiële standaarden van CETA komen overeen met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals we die onder Nederlands recht kennen"; het statelijke recht op regelgeving wordt op generlei wijze geschaad door dit verdrag; en om misbruik te voorkomen hebben brievenbusmaatschappijen niet langer toegang tot de arbitrageprocedure.⁶

⁵ <https://joop.bnnvara.nl/opinies/uniper-moet-megaclaim-wegens-sluiten-kolencentrale-laten-vallen>

⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-35155-A.html>

Maar wie daar op toe moet zien, hoe belangrijke kwesties zoals de naleving van aangescherpte milieuwetgeving kan worden afgedwongen en welke garanties er zijn voor behoud van het primaat van de democratisch rechtsstaat blijft ongewis, zoals Laurens Ankersmit van de UVA in zijn bijdrage aan de hoorzitting van de Tweede Kamer van november 2019 reeds betoogde.⁷ En de hamvraag blijft onbeantwoord: waarom is er überhaupt zo'n arbitragehof nodig bij een handelsverdrag tussen twee geavanceerde rechtsstaten? Minister Kaag zelf heeft meermaals gezegd dat als CETA nu zou worden uitonderhandeld er wat haar betreft geen ICS in zou hoeven zitten.

Twee dingen zijn zeker: de zo broodnodige democratische strijd tegen het ontketende kapitaal ga je er niet mee winnen. En Abbs' ambitie om het private kapitaal van transnationale ondernemingen supranationaal te beschermen lijkt nu alsnog gerealiseerd te worden.

⁷ <https://www.tweedekamer.nl/downloads/document?id=dffa9790-ef96-49ef-8225-ad68406b9d18&title=Position%20paper%20L.%20Ankersmit%20t.b.v.%20hoorzitting%20Frondetafelgesprek%20CETA%20%28handelsverdrag%20EU-Canada%29%20d.d.%206%20november%202019.pdf>.