

Privatisering en verzelfstandiging. Een verkenning vanuit Europees en nationaal economisch recht

*Wouter Devroe*¹

1. Veeleer dan een samenvatting van, wil deze bijdrage een inleiding vormen tot een proefschrift.² In het licht van recente tendensen tot afstoting van overheidsactiva en -taken op nationaal en Europees niveau, nodigt dat proefschrift uit tot een herbezinning over het functioneren van de overheid in het algemeen, en over de wijze waarop juridisch vorm wordt gegeven aan het economisch overheidsinitiatief in het bijzonder. De analyse wil kritisch zijn, maar niet vrijblijvend : worden tekortkomingen vastgesteld, dan volgen steeds suggesties tot remediëring. Op kritiek en suggesties concentreert zich ook de tekst die volgt. Daarbij durf ik op enig begrip van de lezer rekenen voor wat ongetwijfeld als een gebrek aan nuance of onderbouw van geponeerde stellingen zal worden ervaren. Dit soort oefeningen noopt nu eenmaal tot extreme verdichting (*in casu* tot ongeveer 1 % van de omvang van de originele tekst van de thesis). Daarom ook zijn voetnoten in de mate van het mogelijke achterwege gelaten.

2. Wat volgt, valt in vier delen uiteen. De eerste twee daarvan analyseren het privatiserings- resp. verzelfstandigingsfenomeen naar Belgisch recht en op een wijze die het onderscheid tussen overheids- en privé-sector centraal stelt. Bestudeerd worden resp. de afstoting van overheids-activa naar de privé-sector, en de afstoting of minstens het "op afstand plaatsen" van overheids-taken. Het derde deel gaat vervolgens in op die aspecten van Europees recht die niet reeds elders aan bod zijn gekomen, terwijl het laatste deel een alternatief bepleit voor het denken in termen van overheids- versus privé-sector. Voorgesteld wordt een analyse die zich toespitst op de uit te voeren taak en niet langer op de uitvoerder (overheid, verzelfstandigd lichaam, privé-onderneming) van die taak. Elk deel wordt afgerond met een besluit, dat in regel ook als een samenvatting geldt.

¹ Docent, Katholieke Universiteit Leuven; universitair docent Europees en internationaal handels- en ondernemingsrecht, Universiteit Maastricht.

² Het proefschrift, met dezelfde titel als deze bijdrage, werd op 11 augustus 2000 te Leuven verdedigd en wordt later dit jaar gepubliceerd. Een onuitgegeven versie is beschikbaar in de bibliotheken van Belgische rechtsfaculteiten.

1. Privatisering

1.1. Inleiding

"C'est s'en tenir aujourd'hui à une constatation presque banale, que d'écrire que l'un des plus importants phénomènes politiques, économiques et sans doute juridiques du XXe siècle est constitué par les nationalisations"

F. Boulanger, 1975³

"Le passage de la nationalisation à la privatisation est l'un des faits nouveaux les plus importants de la société actuelle"

E. Hondius, 1991⁴

3. Nauwelijks meer dan vijftien jaren scheiden de bovenstaande teksten. Beter dan een omstandige uiteenzetting illustreert de combinatie van de citaten op welke onverwachte en onvoorspelbare wijze het huidige privatiseringsproces, zoals het nationaliseringsproces voordien, de samenleving heeft beïnvloed. Tegelijk echter blijkt uit de citaten ook de relativiteit van het denken in termen van nationalisering of privatisering. Wie nationalisering kwalificeerde als definiërend voor beleid, economie en recht in de twintigste eeuw, moet zich in het huidige klimaat van privatisering ongemakkelijk voelen. Evenmin lijkt het opportuun om de privatiseringen nu te verabsoluteren.

4. *Belang.* Zowel op wereld- als op Gemeenschapsniveau was de opbrengst van privatiseringen vorig jaar bijna viermaal zo groot als in 1990. Daarbij valt vooral op dat de lidstaten van de Europese Unie ongeveer de helft van de wereldwijde privatiseringsopbrengsten genereren. De stijging van hun relatief aandeel verklaart de OESO vanuit de vloed aan liberaliseringsrichtlijnen in de Gemeenschap en de budgettaire stringentie die het EMU-proces begeleidde. Verbazend is ook de wereldwijde eensgezindheid waarmee wordt geprivatiseerd. Op het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk na, waar al eerder en mede op ideologische gronden staatsactiva zijn verkocht, hebben de regeringen van zowat alle lidstaten min of meer gelijktijdig en omwille van gelijkaardige, overwegend budgettaire overwegingen, besloten tot de verkoop van overheidsactiva of het afstoten van overheidstaken. België vormt geen uitzondering. De verkoopcijfers mogen in ons land dan minder indrukwekkend zijn, de snelheid waarmee van een anti-privatiseringsbeleid is overgeschakeld naar een - weliswaar niet publiek beleden - privatiseringspolitiek, verrast des te meer.

Privatisering heeft onze economieën en rechtsstelsels grondig beïnvloed. Op

³ BOULANGER, F., *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Parijs, Economica, 1975, 2.

⁴ HONDIUS, M.E., "Privatisation et protection du consommateur", in *Aspects juridiques des privatisations*, Straatsburg, Les Editions du Conseil de l'Europe, 1993, 157.

economisch vlak heeft ze bijgedragen tot de ontwikkeling van de financiële markten en het "kleine" aandeelhouderschap, tot demonopolisering, tot een verhoogde efficiëntie van voormalige overheidsbedrijven, tot gezondere overheidsfinanciën, tot gewijzigde "corporate governance" (machts-) verhoudingen binnen delen van het bedrijfsleven - maar volgens critici ook tot een hogere werkloosheid en tot uitsluiting. Het recht omkadert, begeleidt de economische verschijnselen, stuurt ze wellicht zelfs gedeeltelijk. Concreet uit zich dit in een niet aflatende stroom van nieuwe regelgeving, in België grotendeels voortgebracht door de uitvoerende macht en slechts zeer gedeeltelijk gecompenseerd door de afschaffing van bestaande structuren en normen. Maar de wil om te privatiseren heeft ons recht ook op meer subtiële wijze beïnvloed, met onder meer de uitvinding of herontdekking van *ad hoc* vennootschapsvormen (zoals publiekrechtelijke naamloze vennootschappen), nieuwe instellingen en commissies (zoals de evaluatiecommissie en de *Federale Participatiemaatschappij*) en nieuwe leerstukken (zoals de constructie van het verlot voorafgaand aan de pensionering) die later een ruimere gelding hebben gekregen of nog kunnen krijgen. Uitzonderlijk draagt zelfs het privaatrecht sporen van het privatiseringsfenomeen. Zo werd het juridisch kader voor de effectivering van schuldvorderingen vervroegd ingevoerd teneinde een privatisering van *CBHK* mogelijk te maken. Weinigen zullen het zich herinneren, maar artikelen 1295, 1690, 1691 en 2075 B.W. zijn vervangen door een privatiseringswet⁵

1.2. Het Belgische privatiseringsprogramma in een notendop

5. *Historiek, antecedenten.* De historiek van het nationale privatiseringsprogramma moet men laten aanvangen in de jaren 1986 en 1987. Minstens intellectueel markeren deze jaren het einde van de voorheen als vanzelfsprekend ervaren *automatische* groei van het economisch overheidsinitiatief. Naarmate de budgettaire gevolgen van die groei zwaarder gingen wegen, won het uit de Angelsaksische wereld overgewaaid discours over deregulering en privatisering ook in ons land aan slagkracht. Vanaf eind 1985 begon een atypisch samengestelde regeringscoalitie volmachtbesluiten uit te vaardigen ter sanering van de overheidsbedrijven, en zelfs luidop aan privatisering te denken. Als voornaamste (enige ?) resultaat van het toenmalige beleid geldt de oprichting van *Brussels Airport Terminal Company (BATC)*, een naamloze vennootschap die de uitbreiding van de luchthaven in Zaventem moest realiseren en, vooral, financieren. Ofschoon de concrete resultaten van de "nieuwe wind" tijdens de jaren 1986-1987 mager uitvallen, de trendbreuk is er niet minder om. Het rapport Moesen-Vuchelen van begin 1987 blijft hoedanook een mijlpaal.

⁵ Wet 6 juli 1994 tot wijziging van de wet van 17 juni 1991 ... alsook van de wet van 22 maart 1993 ... (*B.S.*, 15 juli 1994). De titel van de wet maakt dus geen gewag van de toch vrij ingrijpende wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek.

De periode 1988-1991, waarin opnieuw een anders samengestelde regering aan de macht was, valt best te vatten onder de noemer "wel hervormingen, geen privatiseringen". Twee cruciale juridische instrumenten zagen het licht : de wet van 21 maart 1991 "betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven" en de wet "tot organisatie van de openbare kredietsector en tot harmonisering van de controle en werkingsvoorwaarden van de kredietinstellingen" van 17 juni 1991.⁶ Beide wetten moesten een *alternatief* bieden voor privatisering : ze maakte privé-deelname in het kapitaal van overheidsbedrijven weliswaar mogelijk, doch zonder dat die deelname ooit tot controle kon leiden. Zodra ze echter goed en wel klaar waren echter, moest de regering onder druk van de Maastricht-normen beginnen met ... privatisering. Tijdens de zomer van 1992 werd een eerste programma vastgelegd, in oktober 1992 zag de "Commissie voor de evaluatie van de activa van het Rijk" het licht.

Tot vandaag vormen de wetten van 21 maart en 17 juni 1991 onze voornaamste privatiseringswetten, want voor de uitwerking van een alternatief wettelijk kader ontbraken de tijd en de politieke consensus. Hierin ligt wellicht de essentie van het Belgische programma : *aan de Belgische privatiseringen is vorm gegeven binnen een wettelijk kader dat tegen privatisering is gericht.*

6. *Belangrijkste eigenschappen.* Vanuit de historische achtergrond - privatiseren met anti-privatiseringswetten, zonder reële politieke consensus en zonder tijd voor bezinning of voorbereiding - vallen veel kenmerken van het Belgische programma te verklaren. Dit programma was traditioneel budgettair geïnspireerd en zeer "pragmatisch" : efficiëntie primeerde op transparantie, het "p-woord" was lange tijd onuitspreekbaar (men had het liever over "strategische consolidatie" of "modernisering") en er werd verkocht in schijfjes. In welke mate deze kentrekken ook tijdens de nieuwe legislatuur zullen gelden, staat nog te bezien.

Verkopen vinden in België zowel op federaal, regionaal als lokaal niveau plaats. Wat *verkooptechnieken* betreft, is veel minder dan in het buitenland een beroep gedaan op beursintroductions. Meestal wordt onderhands verkocht of via een publiek aangekondigde "trade sale", waarbij na een oproep in de financiële pers geselecteerd wordt uit een beperkte groep gegadigden. Als *juridisch instrumentarium* gelden behalve voornoemde basiswetten van 1991 hoofdzakelijk machten- en programmawetten en machtenbesluiten (tot aan deze legislatuur is omzeggens het *volledige* privatiseringsprogramma bij machtenbesluit doorgevoerd). Zoals in andere landen zijn speciale technieken ontwikkeld ter vrijwaring van het overheidsbelang in geprivatiseerde entiteiten die aan publieke dienstverlening doen (cf. techniek van het gouden aandeel).

⁶ Resp. gepubliceerd in *B.S.*, 27 maart 1991 (err. *B.S.*, 20 juli 1991; err. *B.S.*, 13 mei 1995) en *B.S.*, 9 juli 1991 (err. *B.S.*, 13 juli 1991) maar ondertussen op talloze punten gewijzigd.

7. *Actoren en observatoren in het privatiseringsproces.* Als "actoren" beschouw ik die instanties die reële beslissingsmacht uitoefenen in het Belgische privatiseringsproces. Het gaat in allereerste instantie om de regering, op enige afstand gevolgd door de bedrijfsleiding van te privatiseren bedrijven. Specifieke privatiseringsorganen zijn de "Commissie voor de Evaluatie van de Activa van het Rijk", die de regering adviseert, en de Federale Participatiemaatschappij (FPM), die al dan niet samen met de evaluatiecommissie en onder toezicht van de regering onderhandelt over de verkoop. De Commissie voor het Bank- en Financieuzen en de Europese instanties hebben beslissingsmacht over deelaspecten. Technische bijstand leveren ten slotte de externe adviseurs.

Het Parlement reken ik bewust *niet* bij de actoren, evenmin als de afdeling wetgeving van de Raad van State, het Rekenhof, de Inspectie van financiën en de rechterlijke macht. Al deze instanties én het Parlement oefenen weliswaar een zekere controle uit op de privatiseringen. Die controle blijft echter beperkt, vindt *a posteriori* plaats (Rekenhof, Parlement, rechterlijke macht) of bindt niet (Raad van State, Inspectie van financiën), en heeft tot nu toe op geen enkele aantoonbare wijze en op geen enkel aanwijsbaar tijdstip het beslissingsproces inzake privatiseringen merkkelijk beïnvloed. De controleinstanties behoren daarom tot de categorie van observatoren, waar ze zich in het gezelschap bevinden van de pers (actief) en de academische wereld (passief).

De indeling van bij het privatiseringsproces betrokken instanties in zeven actoren en zeven observatoren geeft uiting aan een stelling : min of meer zoals in het hierna besproken deel over verzelfstandiging, wordt een inperking bepleit van de rol van sommige van de huidige "actoren" en een uitbreiding van de rol van sommige "observatoren".

8. *Individuele transacties.* Samengevat werden in België hoofdzakelijk drie soorten activa geprivatiseerd : (a) nagenoeg alle openbare kredietinstellingen, zowel op federaal als lokaal niveau, (b) de voornaamste publieke investeringsmaatschappijen zowel op federaal als regionaal niveau en (c) een aantal industriële activa zoals *Belgacom* en *Regie voor Maritiem Transport* ("privatisation through liquidation"). Veel van deze activa zijn in schijven verkocht, waarbij ten tijde van de eerste transactie dikwijls reeds de modaliteiten van volgende verkopen werden vastgelegd (maar niet publiek gemaakt).

Een gedetailleerde ontleding van één individuele verkooptransactie vergt al vlug enkele honderden bladzijden. Het proefschrift belicht in detail de verkoop van de *Nationale Investeringsmaatschappij* en van een minderheidsbelang in *Sabena* aan *Swissair*; deze laatste transactie wordt ontleed als een, vanuit sommige opzichten weliswaar geslaagde, staatssteunoperatie die niet met het gemeenschapsrecht verenigbaar is. Tevens wordt aandacht geschonken aan een

onderschat aspect van het Belgische privatiseringsprogramma, nl. de verkoop van materiële activa (hoofdzakelijk goud en onroerend goed). Het betreft transacties die zelden belangstelling genieten, terwijl ze toch voor de helft van de privatiseringsopbrengsten tekenen.

1.3. Besluit - appreciatie

9. Privatisering heeft in België, anders dan elders, niet geleid tot politieke onrust of fraude-onderzoeken; geen regering is over het thema gevallen en sociale onrust bleef grotendeels uit. Ofschoon niet alle verkoopopgingen zijn geslaagd, moest geen enkele transactie te elfder ure worden afgelast. De geprivatiseerde ondernemingen stellen het, op enkele "hopeloze" gevallen na, vrij tot zeer goed: de tewerkstelling is niet of op pijnloze wijze verminderd, de kapitaalstructuur is verbeterd, werking en waarde zijn in het algemeen gevoelig verbeterd, internationale samenwerkingsverbanden zijn aangegaan. De overheid heeft voor de verkochte activa redelijke tot goede prijzen ontvangen en wist betrouwbare kopers aan te trekken. Dit alles is positief en, ik wens het te beklemtonen, in internationaal perspectief geen evidentie. Men mag gerust stellen dat de verkopende overheden efficiënt werk hebben geleverd in een moeilijke omgeving.

10. Zonder aan bovenstaande verdiensten afbreuk te willen doen, dient niettemin vastgesteld dat voor de efficiëntie een minder zichtbare maar niettemin reële prijs is betaald, hoofdzakelijk in termen van intransparantie en democratisch deficit. Pragmatisme heeft, precies zoals bij verzelfstandiging (*infra*, II), de bovenhand gehaald op juridische normen en af en toe, zo komt me voor, zelfs op ethische normen. Op het gevaar af van "fundamentalisme" te worden beschuldigd, leek het mij nodig te wijzen op de voor doelmatigheid betaalde prijs. Pas als dat is gebeurd, kan eenieder voor zich uitmaken of het resultaat (efficiënte verkoopoperaties) de prijs (ondoorzichtigheid, democratisch deficit) wettigt. In mijn ogen luidt het antwoord negatief, maar dat is een persoonlijk oordeel. Wat telt, is dat zoveel mogelijk factoren worden aangedragen die een evenwichtige afweging mogelijk maken. In mijn oordeel breng ik overigens graag als verzachtende omstandigheid in rekening dat ook op Europees niveau vooralsnog een coherente visie op privatisering en verzelfstandiging ontbreekt (*infra*, III) en dat ook de praktijk op dat niveau, zo heeft een rapport van wijzen in 1999 nog aangetoond, voor verbetering vatbaar is.

11. Ondertussen voegt zich bij het hoger (*supra*, nr. 4) besproken, min of meer meetbare, kwantitatieve en kwalitatieve belang van het privatiseringsproces ook de maatschappelijke relevantie van dit proces. Minstens evenzeer als een verhaal over "deals" en over de juridische omkadering daarvan, laat de afstoting van staatsactiva en overheidstaken zich lezen als een verhaal over waarden. De zorg om verdelende solidariteit, traditioneel gegarandeerd door de overheid, die in conflict komt met een gegroeid verlangen naar efficiëntie,

individuele vrijheid en winstmaximisatie, al even traditioneel troeven van de privé-sector : dat *is* het privatiseringsdebat. Elk nadenken over privatisering en verzelfstandiging in België impliceert minstens ook een nadenken over werkgelegenheid, sociale zekerheid en arbeidsmarkt, deugdelijk bestuur ("corporate governance"), ook van overheidsondernemingen, (universele) dienstverlening, verankering en, niet in het minst, het bestuur van dit land. Door al deze thema's aan de orde te stellen, valt het tijdsgebonden karakter, eigen aan de analyse van een actueel onderwerp, te overstijgen. Vóór de privatiseringen waren er nationalisering, na de privatiseringen komen die er allicht opnieuw en de bespreking van individuele verkoop- of verzelfstandigingstransacties is hoedanook snel gedateerd. Wat zal blijven, is de nood om op een doordachte wijze met overheidsactiva en -taken om te gaan. De "terugtrekkende overheid" blijkt in dat verband een minstens even fascinerend *species* als zijn expanderende voorganger.

2. Verzelfstandiging

12. Nauw verwant met privatisering van overheids-*activa* is ook in België verzelfstandiging van overheids-*taken*, al was het maar omdat die dikwijls aan privatisering voorafgaat. Taken die de overheid voorheen zelf en centraal uitvoerde, worden toevertrouwd aan intern of extern functioneel gedecentraliseerde lichamen (territoriale decentralisatie kan hier buiten beschouwing blijven). Helaas gebeurt dit op een dermate ongeordende en ongeremde wijze dat, niet slechts legistiek maar ook conceptueel, een wildgroei is ontstaan die tot rechtsonzekerheid en intransparantie leidt en niet past in een democratische rechtsstaat.

13. Het proefschrift stelt zich daarom vooreerst tot taak, voornoemde wildgroei in kaart te brengen en te ordenen. Vele honderden verzelfstandigde lichamen zijn gerepertorieerd en vervolgens geklasseerd. Resultaat is een "proeve van globaal verzelfstandigingsmodel voor België" dat zowel voor "publicisten" als "privatisten" aanvaardbaar wil zijn, dat een raamwerk biedt voor analyse van zoveel mogelijk verschillende soorten verzelfstandigde lichamen (en organismen die zich in de marge van het verzelfstandigingsproces situeren, zoals begrotingsfondsen, adviesorganen en zgn. "strategische" overheidsparticipaties in exclusief aan het gemeen recht onderworpen vennootschappen) en toelaat om precies aan te duiden welke verzelfstandigingen problematisch zijn. Zonder in het kader van deze bijdrage te kunnen ingaan op de technische studie zelf, wens ik niettemin kort de aanbevelingen toe te lichten waartoe de analyse leidt.

14. *Privatisering als ultiem middel ter bevordering van deugdelijk bestuur ?* Volgens o.m. de OESO dringt privatisering zich op in de mate dat de overplanting naar de overheidssector van technieken uit de privé-sector (versterking en responsabilisering van het management, contractualisering)

geen oplossing kan bieden voor de vermeende deficiëntie van het overheidsbedrijf, dringt privatisering zich volgens de OESO-publicatie op. De analyse lijkt me slechts beperkt toepasbaar op de Belgische situatie. Die valt immers grotendeels te ontleden als een terugkeer naar het vroeger geldende subsidiariteitsprincipe dat economisch overheidsinitiatief slechts gerechtvaardigd achtte wanneer het privé-initiatief tekort schoot. Bij de herstructurering van de openbare investeringsmaatschappijen in 1978, van de openbare kredietinstellingen in 1991 en van de autonome overheidsbedrijven, eveneens in 1991, heeft de overheid, zo blijkt uit de respectieve voorbereidende werken, zeer uitdrukkelijk willen afwijken van genoemd subsidiariteitsprincipe. Het zijn deze afwijkingen die de privatiseringsbeweging grotendeels ongedaan maakt. Die evolutie lijkt niet ongezond. De overheid blijkt immers een efficiëntere regulator van markten waarin ze zelf niet langer participeert, terwijl overheidsbedrijven op een efficiëntere wijze aan openbare dienstverlening kunnen doen indien ze niet tegelijkertijd commerciële objectieven moeten nastreven. Tegelijkertijd suggereert de analyse van de privatiseringsbeweging als reparatie van een oorspronkelijke toestand, dat de beweging in omvang beperkt zal blijven. Overheidsbedrijven zullen (moeten ?) een rol van betekenis blijven spelen, zodat nadenken over hun deugdelijk bestuur geenszins voorbijgestreefd lijkt.

15. *Verzelfstandiging : ja, maar.* In een maatschappij die wordt gekenmerkt door toenemende staatszorg en verruimde overheidstaken kunnen zeer gegronde redenen bestaan om tot verzelfstandiging over te gaan. Zo kan men de behoefte aan flexibiliteit bij het beheer van overheidsdiensten, bijv. op het vlak van het personeelsstatuut, en aan aangepaste beheers- en managementtechnieken slechts onderschrijven. Bovendien kunnen de specialisatie en responsabilisering die met verzelfstandiging gepaard gaan, leiden tot een efficiënter beheer.

Niettemin komt het me voor dat (externe) verzelfstandiging ook in België een "al te gemakkelijk ingeslagen weg"⁷ uitmaakt. De wijze waarop de federale overheid, de gemeenschappen en gewesten en de lokale overheden momenteel verzelfstandigen, houdt aanzienlijke nadelen in : reëel risico op schending van nationaal en Gemeenschapsrecht, rechtsonzekerheid, gebrek aan democratische legitimering en controle, politisering, wanorde en intransparantie.

16. *Verzelfstandiging in kaart brengen. Typendwang ?* De allereerste - en allicht minst controversiële - opdracht van de juridische en politieke wereld bestaat erin, opnieuw zicht te krijgen op het universum van verzelfstandigde lichamen en de ongecontroleerde proliferatie, niet alleen van verzelfstandigde

⁷ Vgl. MAEIJER, J.M.M., *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg. Afscheidscollege gehouden op 21 maart 1997 in de Sint Stevenskerk te Nijmegen vanwege het aftreden als hoogleraar handelsrecht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1997, 23 p.

organismen maar meer nog van hun juridische statuten, een halt toe te roepen. Men zou hier kunnen spreken van een "legistische" grens aan de verzelfstandiging, een grens van juridische orthodoxie, een grens aan het extreme pragmatisme dat verzelfstandiging in België al decennia kenmerkt. Een aantal van de remedies zijn gekend (maar vooralsnog onbemind): herwaardering van de afdeling wetgeving van de Raad van State en van het Parlement, redactie van kaderwetgeving, nastreven van eenvormig taalgebruik in de regelgeving, coördinatie van wetgeving, streven naar minder en eenvoudiger regels. Daarnaast pleit ik voor het verplicht bijhouden en ter beschikking stellen door de overheden op de verschillende bestuursniveaus van een permanent geactualiseerde lijst met verzelfstandigde lichamen. Met zulke lijst in de hand, kunnen de overheden nagaan welke in het verleden opgerichte organismen moeten blijven bestaan.

Ten slotte dient de wet- en decreetgever een systeem van "typendwang" te overwegen, waarbij de categorieën van publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen waartoe verzelfstandiging aanleiding kan geven, op voorhand worden afgebakend en hun statuut nauwkeurig wordt omschreven. De respectieve overheden zouden zichzelf (via de Grondwet?) de discipline opleggen om niet langer constant en *ad hoc*, constructies *sui generis* op te zetten. Van zulk systeem van typendwang mag men een zeer substantiële deregulerende impact verwachten omdat het het volume aan organieke wetgeving en uitvoeringsbesluiten gevoelig zou verminderen. Alleen al daarom kunnen overheden die naar een efficiënter bestuur streven, er moeilijk onverschillig voor blijven.

17. *Respect voor "essentiële overheidstaken"*. Dit soort taken mag in geen geval voor externe verzelfstandiging in aanmerking komen, opdat de verzelfstandigende overheid zichzelf geen "wezenlijke beperking van de eigen beoordelingsvrijheid"⁸ zou opleggen. Daarbij valt de notie "essentiële overheidstaken" geenszins te interpreteren als immer rekbaar en permissief, wat me o.m. lijkt in te houden dat de instrumenten ter implementering van essentiële overheidstaken niet onbeperkt kunnen worden afgesplitst van die taken zelf, op straffe van een volledige uitholling van de publiekrechtelijke grens. Alleen in theorie kan een overheid haar taken uitoefenen zonder reële zeggenschap over het daartoe benodigde instrumentarium. In de praktijk vallen instrumentarium (bijv. subsidiëring) en taak (bijv. cultuurbeleid) dikwijls

⁸ VAN GERVEN, W. en WYCKAERT, M., "Overeenkomsten met de overheid", *T.P.R.*, 1987, 1748-1749: "de overheid mag vrij kiezen tussen de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke weg onder de volgende voorwaarden: kiest zij voor een privaatrechtelijk instrument, dan mag zulks niet strijdig zijn met een dwingende positiefrechtelijke regeling ofwel omdat die bijvoorbeeld expliciet of impliciet de publiekrechtelijke weg voorschrijft, ofwel omdat door het kiezen van de privaatrechtelijke weg aan de rechtsonderhorigen bepaalde essentiële waarborgen worden ontnomen; de keuze mag evenmin in strijd zijn met de algemene rechtsbeginselen. Daarenboven mag de keuze niet leiden tot een bevoegdheidsoverdracht, noch tot een miskenning van de bevoegdheden van een andere overheid, noch tot een wezenlijke beperking van de eigen beoordelingsvrijheid van de optredende overheid".

grotendeels samen. Opteert de overheid toch voor externe verzelfstandiging, dan mag die niet leiden tot een afstand van bevoegdheden op onbepaalde en algemene wijze of tot een afstand van bevoegdheden waaraan pas in een later stadium contractueel vorm wordt gegeven. In deze context verdient interne verzelfstandiging wellicht opnieuw ruimere aandacht als alternatief voor externe verzelfstandiging. Het blijkt immers niet altijd nodig om gespecialiseerde overheidstaken te verzorgen via een gedecentraliseerde dienst. Met het Rekenhof meen ik dat best telkens opnieuw wordt geëvalueerd - zonder *a priori's* in de ene of andere zin - of de aard van de uit te oefenen opdrachten het bestaan van een onderscheiden rechtspersoon wel wettigt.

Toch volstaat een papieren pleidooi voor interne verzelfstandiging niet. Wil men deze vorm van verzelfstandiging werkelijk herwaarderen, dan moet daarmee een *aanpassing van de klassieke organisatievormen* gepaard gaan, opdat de opdrachten die men van overheidswege behartigd wil zien, ook binnen de ministeriële departementen, de provincies en de gemeenten efficiënt kunnen worden vervuld.

18. *Respect voor het gemeen recht. Afbouw van verzelfstandiging langs de hybride weg. Analyse in termen van "drie-" i.p.v. "tweewegenleer".* Ook een herijking van de grens tussen privaats- en publiekrecht dringt zich op. Met de afdeling wetgeving van de Raad van State dient categoriek elke vorm van denaturering van privaatrechtelijke rechtsvormen te worden afgewezen. De benadering van de Raad van State, die meestal wijst op het bestaan van een publiekrechtelijk alternatief voor het denaturerende privaatrechtelijk procédé, sluit aan bij deze van rechtsgeleerde auteurs die het principe huldigen dat de overheid niet voor taakverrichting door een private rechtspersoon mag opteren wanneer zij zich zodanige beïnvloedingsmogelijkheden wenst voor te behouden dat het wezen van de private rechtspersoon wordt ontkend. Dit mooie principe wordt evenwel niet nageleefd, evenmin trouwens als de adviezen van de Raad van State die het in herinnering brengen. Met de denaturering gaat een tendens gepaard om, steeds vergaander, af te wijken van het gemeen recht.

Als een eerste "remedie" dient zich het principe aan volgens hetwelk niet de vorm van een rechtspersoon doorslaggevend mag zijn ter bepaling van het erop toepasselijke recht, en zelfs niet de kwalificatie in wetgevende normen of statuten, doch enkel het *wezen* van die rechtspersoon. Het principe is gezond. De theorie die pleit dat als privaatrechtelijke rechtspersonen "vermomde" overheidsdiensten ook als overheidsdienst "ontmaskerd" en behandeld zouden worden ("piercing the private veil" naar analogie met het Amerikaanse "piercing the corporate veil"; uit te breiden tot "piercing the contractual veil" in de mate dat beheersovereenkomsten geen echte overeenkomsten blijken te zijn ?) is erop gestoeld. Bij nader inzien hebben we echter niet te maken met een "remedie" omdat toepassing ervan tot ernstige conflicten leidt, niet in het minst bij de rechtscollages die geacht worden bovenstaande principes toe te

passen (cf. de *Gimvindus*-zaak). Wat is immers het wezen van een hybride rechtspersoon ?

De oorzaak van het probleem situeert zich dieper, en dus moet ook de remedie verder reiken. De oorzaak ligt m.i. bij de omstandigheid dat in België, veel meer dan in Nederland, wordt verzelfstandigd via een derde weg. Het betreft een "hybride weg", die ik van de "privaatrechtelijke" en "publiekrechtelijke weg" onderscheid om nauwkeurig een probleemzone te kunnen afbakenen (en zo te vermijden dat het hele verzelfstandigingsproces lijdt onder problemen die slechts eigen zijn aan één vorm van verzelfstandiging). Bijna alle gesignaleerde punten van verontrusting doen zich uitsluitend of veel intenser voor bij verzelfstandiging via de hybride weg. *Kan de remedie in die omstandigheden een andere zijn dan afbouw van verzelfstandiging via de hybride weg ? Ik vrees van niet*, en pleit dan ook minstens, d.w.z. in een eerste fase, voor een moratorium op dit soort van verzelfstandiging én voor een onmiddellijke omvorming van de meest schrijnende gevallen van denaturering van privaatrechtelijke rechtsvormen (vb. denaturering om te kunnen debudgeteren, denaturering om Europese staatssteunregels te kunnen ontwijken) in publiekrechtelijke rechtspersonen. Vervolgens dient via zeer concrete maatregelen - zoals de schrapping uit de wet van 2 april 1962⁹ van de mogelijkheid voor investeringsmaatschappijen om gespecialiseerde dochtervennootschappen op te richten - te worden gewerkt aan een eliminatie van de huidige "hybride weg". Deze remedie, hoe radicaal ze momenteel ook moge overkomen, lijkt op termijn de enig werkzame.

Respect voor de grens tussen privaat- en publiekrecht verbiedt een eindeloos vermengen van beide. De overheid moet een duidelijke keuze maken tussen hetzij de (zuiver) publiekrechtelijke weg, waarbij de betrokken rechtspersoon over alle prerogatieven van het openbaar gezag beschikt, hetzij de (zuiver) privaatrechtelijke weg, waarbij die rechtspersoon dan ook alle privaatrechtelijke consequenties dient te dragen en zich dient op te stellen als een gewone marktdeelnemer zonder overheidsprerogatieven zoals het recht om te onteigenen. Pas na eliminatie van de "derde weg" zal men in België toekomen aan de zuivere "tweewegenleer-vraag", d.i. de vraag of, en zo ja in welke mate, de overheid ter uitoefening van haar taken vrij mag kiezen tussen de publiek- of privaatrechtelijke weg. Zonder dit inzicht valt te vrezen dat Belgen en Nederlanders langs elkaar heen over verzelfstandiging discussiëren.

19. *Democratisch deficit wegwerken*. Omdat externe verzelfstandiging een constitutioneelrechtelijk vraagstuk betreft, waarbij zowel de ministeriële verantwoordelijkheid als de parlementaire controle in geding zijn, is een wegwerking van het huidige "democratisch deficit" (voldoende controle

⁹ Wet betreffen de de Federale Investeringsmaatschappij en de gewestelijke investeringsmaatschappijen (gepubliceerd in *B.S.*, 18 april 1962 maar ondertussen op talloze punten gewijzigd).

voorzien, streven naar transparantie, depolitisering, opnieuw greep krijgen op filialisering, ...) dringend noodzakelijk. Meteen wordt ook duidelijk waarom ik zoveel belang hecht aan identificatie van verzelfstandigde lichamen en systematisering van hun juridisch statuut. In de mate dat de verscheidenheid in toezichtsmodaliteiten een doeltreffende controle van het Parlement bemoeilijkt, raken deze op het eerste zicht vrij technische kwesties het wezen van de democratische rechtsstaat.

Vooreerst dringt een herwaardering van de rol van het Parlement zich absoluut op. Zolang de langs "hybride weg" verzelfstandigde organismen werken met gemeenschapsgelden en diensten met een algemeen-belangdimensie verlenen, moeten ze democratisch worden gecontroleerd. Het Parlement kan deze controle weliswaar gedeeltelijk, maar niet volledig delegeren aan de uitvoerende macht, en het kan ze *a fortiori* niet zomaar afschaffen. Vervolgens dienen dringend meer overheidsondernemingen onderworpen aan de controle van het Rekenhof. Hier rijst de vraag naar de mate waarin art. 180 G.W. op zich reeds bevoegdheid verleent aan het Rekenhof over functioneel gedecentraliseerde lichamen, dan wel bijkomend uitdrukkelijke wetsbepalingen vereist. In het licht van de steeds verder schrijdende tendens tot filialisering en het laten uitvoeren van overheidstaken door privaatrechtelijke vennootschappen, lijkt een generieke toewijzing van bevoegdheden aan het Rekenhof naar Frans model aangewezen. Het generiek karakter ervan zou trouwens het volume aan relevante regelgeving verkleinen en een einde stellen aan twisten over de (on-)bevoegdheid van het Rekenhof over individuele overheidsondernemingen. De controlebevoegdheid van het Rekenhof eerst aanvechten om ze vervolgens te erkennen *nadat* voor miljarden gemeenschapsgeld verloren is gegaan (cf. herstructurering van Vlaamse openbare investeringsmaatschappijen in 1994), lijkt alleszins weinig redelijk. Het Parlement, nationaal of regionaal, dient preventief op te treden. Meer in het algemeen dient gepleit voor een herinvoering of versterking van de bevoegdheden van andere organismen (Raad van State, Inspectie van Financiën, Hoog comité van toezicht, ...) die op een of andere wijze de externe controle op overheidsondernemingen kunnen versterken. Tenslotte lijkt het gezond dat de rol van de uitvoerende macht bij benoeming en ontslag van de leiding van overheidsondernemingen wordt teruggedrongen. Inschrijving van deskundigheidsvereisten in organieke regelgeving, inschakeling van externe adviesbureaus en/of instelling van werkelijk onafhankelijke benoemingscomités kunnen daartoe bijdragen.

20. *Deugdelijk bestuur van overheids- versus privé-ondernemingen. Tussen "corporate governance" en "government governance".* Het debat over "corporate governance" heeft in het buitenland op aantoonbare wijze het denken over de organisatie van de overheid beïnvloed. Modellen voor "corporate governance" worden vertaald in modellen voor "government governance", hetgeen tot verhelderende inzichten inzake overheidsbestuur leidt. Ook in België kan het bestuur van overheidsondernemingen nuttig

worden ontleed vanuit het huidige "corporate governance"-discours, maar het laat zich daartoe niet herleiden. Dit impliceert dat de lovenswaardige aanbevelingen die her en der worden geformuleerd om privé-ondernemingen transparanter, efficiënter en evenwichtiger te besturen ook kunnen bijdragen tot een deugdelijker bestuur van overheidsondernemingen - *maar daartoe niet zullen volstaan*. Maatregelen zoals de introductie van auditcomités of onafhankelijke bestuurders, de splitsing van de functies van voorzitter en gedelegeerd bestuurder en de beperking van het aantal bestuurders vormen allicht een afdoende remedie voor problemen die overheidsondernemingen met privé-ondernemingen gemeen hebben. Voor een probleem als het democratisch deficit, dat overheidsondernemingen specifiek treft, zijn echter bijkomend maatregelen van een andere aard vereist.

Besluit - samenvatting

21. Bij uitwerking van het globaal verzelfstandigingsmodel blijkt de toestand in België niet in een "tweewegenleer" doch enkel in een "driewegenleer" te vatten: behalve langs "publiekrechtelijke" en "privaatrechtelijke" weg, verzelfstandigen federale en regionale overheden steeds frequenter via een "hybride" weg. Ze opteren dan voor externe verzelfstandiging via rechtspersonen met gemengd publiek-privaat statuut, waarmee ze veelal beheerscontracten sluiten. Bij wet of (machten-)besluit wijken ze ook op steeds ingrijpender wijze af van de meest diverse takken van gemeen recht (vooral vennootschapsrecht, maar ook contracten-, arbeids- en sociaal, administratief, fiscaal, mededingings- en aansprakelijkheidsrecht, en het gemeen recht inzake overheidsopdrachten). Typevoorbeeld van dit soort verzelfstandiging langs hybride weg vormen de, ook op regionaal niveau immer populairder, "publiekrechtelijke vennootschappen".

22. Het proefschrift staat kritisch tegenover de wijze waarop momenteel in België wordt verzelfstandigd. De wildgroei aan verzelfstandigde lichamen is niet langer houdbaar. Vooral verzelfstandiging langs de hybride weg leidt tot problemen. Deze techniek geeft immers aanleiding tot rechtsonzekerheid omtrent het toepasselijke recht, waarvan veelal niet geweten is of het overeenstemt met het recht van toepassing op overheden, dan wel met dat van toepassing op privé-vennootschappen. Het extensief beroep op afwijkend recht leidt tot oneigenlijk, soms zelfs onoorbaar gebruik van de vennootschapsvorm en tot een reëel gebrek aan democratische controle op de verzelfstandigde organen. Bijkomende risico's vormen de gebrekkige ministeriële verantwoordelijkheid, een sluipende politisering van de uitvoering van overheidstaken en de algemene intransparantie. Intransparant, evenals gebrekkig gecontroleerd en gesanctioneerd zijn ook de beheerscontracten, die gebruikers bovendien in een minder gunstige positie plaatsen dan onder een administratief regime.

Het valt op dat deze punten van kritiek grote overeenstemming vertonen met

de kritiek die hoger werd geuit op de wijze waarop de Belgische privatiseringen worden georganiseerd. Beide fenomenen raken dan ook aan wat men "het deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen" zou kunnen noemen. Verzelfstandiging, met name langs de hybride weg, blijkt zich uitstekend te lenen tot analyse op grond van het "corporate governance" begrippenkader zoals dat voor privé-ondernemingen opgang maakt. Het debat over deugdelijk bestuur van overheidsondernemingen blijkt niettemin complexer dan dat over deugdelijk bestuur van privé-ondernemingen, en sluit wellicht beter aan bij een Angelsaksische dan een continentale benadering terzake. Het dient aandacht te besteden aan de spanningsvelden die met name bestaan tussen de Staat-aandeelhouder en de bedrijfsleiding, tussen de houding van de Staat als marktregulator en als marktdeelnemer, tussen wetgevende en uitvoerende macht en tussen "politiek" en "techniek".

3. Europees Gemeenschapsrecht : van neutraliteit naar beleid

23. Het Europese recht is zo nauw met het nationale recht verweven dat het zich niet in een apart hoofdstukje laat wringen. Het is dan ook in alle onderdelen van het proefschrift prominent aanwezig. Het Europese recht heeft de nationale privatiseringen geïnspireerd - zeker in België zouden zonder druk vanuit Europa geen privatiseringen hebben plaatsgevonden - en de wijze van uitvoering van deze privatiseringen grotendeels bepaald (zie hoger over de verkopen via *FPM* in België en de modaliteiten van individuele transacties zoals *Sabena/Swissair*). Ook het concept "universele dienstverlening" dat verder aan bod komt (*infra*, IV), is europeesrechtelijk, en heeft slechts via richtlijnen zijn weg naar de lidstaten heeft gevonden.

Dat hier aan de supranationale dimensie toch apart aandacht wordt besteed, houdt vooral verband met de uitwerking van een stelling. Die luidt dat het Gemeenschapsrecht, anders dan de communautaire instellingen klassiek voorhouden, niet neutraal staat tegenover afstoting van overheidsactiva en -taken, maar deze integendeel aanmoedigt of zelfs oplegt. Indien de voorgehouden neutraliteit fictief blijkt, kan ze ook niet langer als excuus gelden voor het gebrek aan uitgewerkt communautair privatiseringsrecht en -beleid.

3.1. Geldend Gemeenschapsrecht

24. *Verzelfstandiging* (*supra*, II) is een domein waarop het Gemeenschapsrecht vooralsnog relatief weinig invloed uitoefent. Dit betekent echter niet dat het om een europeesrechtelijk amorf domein zou gaan. Ik noem drie punten waarop de verhouding tussen het interne verzelfstandigingsbeleid in zijn huidige vorm en het supranationale recht moet worden uitgeklaard.

(i) kwalificatieproblemen : het is zeer de vraag hoe sommige kwalificaties die de Belgische overheden tijdens het verzelfstandigingsproces toekennen, zich verhouden tot kwalificaties van Europese overheden (zijn bijv. de Belgische "publiekrechtelijke vennootschappen" ook vennootschappen in de zin van de Vennootschapsrichtlijnen? zijn zij "overheden" in de zin van de Gemeenschapswetgeving over overheidsopdrachten en/of in de zin van de Transparantierichtlijn?);

(ii) mededingingsrecht : vanzelfsprekend staan vooral de artt. 86 en 87 EG (ex artt. 90 en 92 EG) in de kijker; hieraan wordt op nationaal niveau, o.m. door de afdeling wetgeving van de Raad van State, regelmatig aandacht besteed;

(iii) sociale politiek : een kwestie die meer aandacht verdient dan ze nu krijgt, betreft de invloed op het verzelfstandigingsproces van de richtlijnen inzake de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming (cf. de vervanging van statutair door contractueel regime waartoe verzelfstandiging soms aanleiding geeft) en inzake collectief ontslag (cf. vereffening Regie voor Maritiem Transport).

25. Inzake *privatisering* geldt wel positief Gemeenschapsrecht, maar het ligt verspreid over een groot aantal deelgebieden van dat recht.[aan te vullen]

3.2. Europese neutraliteit als fictie

26. Officieel stelt de Europese Gemeenschap zich tegenover het privatiseringsverschijnsel neutraal op. Ze verwijst daarbij naar artikel 295 (ex 222) van het EG-Verdrag, volgens welk dat Verdrag "de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet [laat]". Dat het bewuste verdragsartikel toelaat om de *wijze waarop* lidstaten nationaliseren of privatiseren te toetsen aan de verdragsrechtelijke non-discriminatie- en mededingingsbepalingen, wordt erkend. Maar de *beslissing zelf* om nationale overheidsactiva of -taken te privatiseren of te nationaliseren komt krachtens artikel 295 (ex 222) EG soeverein aan de lidstaten toe en mag door de Gemeenschap op geen enkele wijze worden beïnvloed, aldus het officiële standpunt.

Bedoeling is niet, de traditionele interpretatie van artikel 295 EG als onjuist van de hand te wijzen. Wel wordt gepoogd aan te tonen dat, niettegenstaande deze interpretatie, de communautaire rechtsorde *de facto* steeds minder neutraal staat tegenover de eigendomsordening in de lidstaten. Inderdaad, vooral sinds de inwerkingtreding van het Unieverdrag zetten steeds meer onderdelen van primair en secundair gemeenschapsrecht de lidstaten tot privatisering aan. Zes zulke onderdelen komen hierna aan bod. Drie houden verband met economische sturing, twee met mededinging en één met technische normering. Niet toevallig gelden ze in overgrote mate als inherent aan de evolutie naar een economische unie, die sinds het Unieverdrag in een

stroomversnelling is geraakt.

27. *Begrotingsdiscipline.* Vooral tijdens de aanloop naar de derde fase van de EMU bleek het macro-economische Europese beleid hoofdzakelijk een soberheidsbeleid, gedictieerd door de gekende "Maastricht"-normen: het voorziene of feitelijke overheidstekort mocht maximaal 3 %, de overheidsschuld maximaal 60 % bedragen van het bruto binnenlands produkt tegen marktprijzen (BBPmp). Ofschoon deze referentiewaarden veel te gemakkelijk worden verabsoluteerd, valt moeilijk te ontkennen dat ze de lidstaten hebben gedwongen tot het beperken van uitgaven en het zoeken naar nieuwe inkomsten. Aangezien de verkoop van overheidsactiva het relatief "pijnloos" genereren van inkomsten mogelijk maakt, zeker in vergelijking met het doorvoeren van belastingverhogingen, mag het niet verbazen dat nationale regeringen er zo frequent toe zijn overgaan. Formeel hebben de regeringen conform artikel 295 (ex 222) EG soeverein beslist om te privatiseren. Bij nader toezien echter liet het EG-Verdrag - zoals, laten we duidelijk zijn, ze dat zelf te Maastricht hebben geamendeerd - hen nauwelijks een andere keuze.

28. *Globale richtsnoeren.* Krachtens artikel 98 (ex 102A) EG dienen de lidstaten hun economisch beleid zo te voeren dat het bijdraagt tot de verwezenlijking van de doelstellingen en de economische en monetaire beginselen van de Gemeenschap, zoals opgesomd in de artikelen 2 en 4 (ex 3A) EG. Het volstaat daarbij echter niet dat ze elk apart hun best doen om hun economisch beleid op de Gemeenschap af te stemmen: ze moeten hun beleid integendeel als een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang beschouwen en het dienovereenkomstig coördineren in het kader van de Raad. Artikel 99 (ex 103) EG voorziet daartoe in multilateraal toezicht, tegenwoordig aan de hand van convergentieprogramma's, en in de uitvaardiging door de Raad van "aanbevelingen met globale richtsnoeren voor het economisch beleid van de Lid-Staten en van de Gemeenschap". Inzake privatisering vallen deze aanbevelingen soms vrij expliciet uit. Ze hebben zowel "privatisering" als een "terugdringing van de rol van de overheid" bepleit.

29. *Bevordering van privé-financiering van infrastructuur.* Het idee om de efficiëntie van de interne markt te bevorderen door de aanleg van transeuropese vervoers-, telecommunicatie- en energienetwerken dateert reeds van vóór de negentiger jaren, maar kreeg slechts concreet gestalte met het Unieverdrag. "Het aanmoedigen van het invoeren en ontwikkelen van transeuropese netwerken" maakt sinds de inwerkingtreding van dat verdrag integrerend deel uit van het Gemeenschapsoptreden, een optreden waaraan de artikelen 154-156 (ex 129B-129D) EG een specifieke verdragsbasis verlenen. Ofschoon de Gemeenschap voor de TEN's steeds meer middelen heeft vrijgemaakt, belopen deze slechts een fractie van de kostprijs. Voor de rest moet een beroep worden gedaan op privé-financiering. Reeds in het *Witboek over groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid* van 1993 ging de Commissie ervan uit dat de (nationale en communautaire) overheden slechts

een "marginale, als katalysator bedoelde" bijdrage tot de voorgestelde informatienetwerken zouden leveren. Ondertussen zijn een resem initiatieven genomen om particuliere investeerders bij de projecten te betrekken. Dat de Gemeenschap een gericht beleid voert om de private financiering van infrastructuur te bevorderen boeit, ook in het licht van artikel 295 (ex 222) EG. Het ligt immers voor de hand dat privé-financiering veelal ook privé-eigendom zal betekenen. Aldus kan het inzake TEN's gevoerde beleid er, in samenspel met het eveneens communautair geïnspireerde proces van demonopolisering dat volop aan de gang is, op termijn toe leiden dat - geheel anders dan nu - veel van de belangrijkste infrastructuurwerken in Europa in particulier bezit zullen zijn (en, maar dat is minder vernieuwend, door particulieren zullen worden uitgebaat).

30. *Beoordeling van staatssteun aan overheidsondernemingen in moeilijkheden.* Uit sociale, regionale of andere (imago-)overwegingen, blijken overheden nogal gemakkelijk geneigd tot steun aan overheidsbedrijven in financiële ademnood. De Commissie houdt streng toezicht op dergelijke steun, met name aan de hand van specifieke regelgeving voor staatssteun aan openbare holdings en bedrijven (criterium van de "particuliere investeerder") en van kaderregelingen, o.m. voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, die niet onderscheiden tussen het privé- of overheidskarakter van ondernemingen. Het valt moeilijk vol te houden dat de Commissie bij haar beoordeling van de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van staatssteun aan de openbare sector, volledig neutraal staat tegenover het systeem van eigendomsordening in de lidstaten. Uit haar beschikkingspraktijk blijkt integendeel steeds duidelijker dat de instelling minstens getuigt van een "préjugé favorable" ten gunste van privatisering van overheidsbedrijven. Privatisering wordt veelal impliciet of expliciet als voorwaarde gesteld voor de goedkeuring van staatssteun aan openbare ondernemingen. Dit gebeurt op verschillende wijzen. Vooreerst zijn er gevallen waarin de Commissie staatssteun aan een overheidsonderneming slechts toestaat op voorwaarde dat verlieslatende onderdelen van de onderneming verkocht of gesloten worden. Soms echter gaat de instelling verder en oordeelt ze dat steun maar kan worden aanvaard indien ook rendabele delen van overheidsbedrijven aan de privé-sector worden verkocht of zelfs indien de gehele onderneming wordt geprivatiseerd.

Het komt me voor dat de Commissie afbreuk doet aan het - officieel nochtans onverminderd aangehangen - beginsel van neutraliteit tegenover privatisering, door bij de goedkeuring van staatssteun aan overheidsondernemingen in moeilijkheden (i) als voorwaarde te stellen dat verlieslatende of rendabele bedrijfsonderdelen geprivatiseerd worden, (ii) haar waardering uit te spreken voor "spontane" nationale engagementen tot privatisering van gesteunde ondernemingen, (iii) dergelijke nationale engagementen formeel te bekrachtigen als voorwaarde voor steunverlening, en de procedure van artikel 88 (ex 93), lid 2, EG in te stellen bij niet-naleving van deze voorwaarde. Het

weze ook benadrukt dat reddings- of herstructureringssteun volgens de Commissie in principe een eenmalig karakter moet hebben. Overheidsbedrijven die na steun opnieuw in moeilijkheden geraken, zullen het in beginsel zonder staatssteun moeten roeien. Als alternatief voor sluiting liggen een beroep op privé-kapitaal en een (gedeeltelijke) privatisering dan voor de hand.

31. *Demonopolisering.* Met grote vastberadenheid heeft de Gemeenschap de lidstaten gedwongen tot afbraak van (overheids-)monopolies. Hierbij vallen een aantal constanten te onderkennen, zoals het op ruime schaal toelaten van nieuwkomers tot voorheen gemonopoliseerde markten, het doorvoeren van een (minstens boekhoudkundige) scheiding tussen produktie en distributie of nog tussen het beheer van infrastructuur en het leveren van diensten, het in ruime mate vrijmaken van tarieven, het bevorderen van de koppeling van netwerken en, recenter, de zorg om een universele dienstverlening. Van alle hier besproken communautaire stimulansen voor privatisering geldt liberalisatie wellicht als de meest efficiënte, en dit om een dubbele reden. Vooreerst leidt de opheffing van een overheidsmonopolie er automatisch toe dat een voorheen uitsluitend door de overheid uitgeoefende taak voortaan in mindere of meerdere mate ook door privé-bedrijven zal worden uitgeoefend. Maar evenzeer blijken de overheden van de lidstaten ertoe geneigd om reeds na aankondiging maar vóór voltooiing van een liberalisatieproces over te gaan tot de al dan niet volledige privatisering van hun overheidsbedrijven. Bedoeling is daarbij, de overheidssector preventief te wapenen in het perspectief van een hevige concurrentieslag.

32. *Technische normering.* Het Gemeenschapsrecht kan nog op andere, minder rechtstreekse maar daarom niet minder werkzame, manieren aanleiding geven tot privatisering van overheidsondernemingen of -taken in de lidstaten. Zo heeft de Britse overheid tot privatisering van de watervoorziening besloten toen duidelijk werd dat aanpassing van het verouderde distributienetwerk aan nieuw uitgewerkte Europese normgeving substantiële investeringen zou vergen. Privatisering verschijnt hier als - naar men opnieuw mag aannemen, ongewild - neveneffect van normerend (communautair) overheidsoptreden, bijvoorbeeld ter bescherming van het milieu of de consument.

3.3. Pleidooi voor een geïntegreerd beleid

33. De vaststelling dat het in artikel 295 EG vervatte neutraliteitsbeginsel immer meer als een fictie verschijnt, zelf a.h.w. geneutraliseerd door andere elementen van communautair recht en beleid, mag echter niet als eindpunt van de redenering gelden. Integendeel, op deze vaststelling moet zich een pleidooi enten voor een geïntegreerde communautaire aanpak van het privatiseringsfenomeen. Nu de Gemeenschap wél standpunten over privatisering blijkt in te nemen, moet ze er ook voor zorgen dat deze standpunten tot een beleid gecoördineerd worden. Dit is vooral noodzakelijk

omdat bij privatisering zoveel partijen betrokken zijn wier rechten en belangen vrijwaring verdienen. Men denke aan (de volgorde is willekeurig, de lijst niet exhaustief) :

- het recht van kandidaat-overnemers van publieke taken of activa op gelijke behandeling;
- het recht op een *level playing field* voor concurrerende marktdeelnemers; het gaat daarbij niet enkel om concurrentie tussen overheids- en privé-bedrijven, maar ook tussen sectoren die door de technologische evolutie in elkaars vaarwater komen (b.v. kabel, telecommunicatie en media);
- het recht van elke consument op goede dienstverlening tegen een redelijke prijs, hetgeen vereist dat er voldoende concurrentie heerst maar ook dat de overheid op de marktdeelnemers voldoende toezicht kan uitoefenen en een universele dienstverlening kan garanderen;
- het recht van minderheidsaandeelhouders van te privatiseren overheidsondernemingen op een transparante verkoopprocedure en een voldoende hoge verkoopopbrengst;
- het recht op informatie van alle burgers, die in zekere zin ook "aandeelhouders" zijn, democratisch vertegenwoordigd in het Parlement;
- het belang van financiële markten bij transparantie;
- het recht van ambtenaren en werknemers op de uitwerking van een evenwichtig sociaal statuut;
- het belang van Staten of regio's bij één of andere vorm van verankering, bij onderzoek en ontwikkeling, bij regionale ontplooiing.

3.4. Besluit - samenvatting

34. Eens te meer blijken recht en beleid nauw met elkaar verweven. De vraag naar de wenselijkheid van communautaire neutraliteit ten opzichte van privatiseringen is, zoals de vraag naar de wenselijkheid van privatiseringen zelf, een beleidsvraag. Liever dan op deze beleidsvraag een - noodzakelijkerwijze controversieel - antwoord te formuleren, wens ik aan te tonen dat het communautair recht momenteel *niet* neutraal staat, en wellicht ook niet kan staan, tegenover het privatiseringsfenomeen. Verschillende onderdelen van het Gemeenschapsrecht moedigen de afstoting van overheidsactiva of -taken aan. Maar naarmate de Gemeenschap haar neutraliteit tegenover privatiseringen (of nationaliserings) opgeeft, rust op haar ook de taak om terzake een geïntegreerd beleid te ontwikkelen, dat op evenwichtige wijze aandacht schenkt aan alle betrokken belangen. Daarbij valt niet uit te sluiten dat de tot nu toe gehanteerde interpretatie van artikel 295 EG, of het verdragsartikel zelf, op termijn moet worden herzien. Rekening houdend met de verscheidenheid van de bij privatisering te vrijwaren belangen en rechten lijkt het alvast voorbarig om, zoals de Raad dat doet, te poneren dat "verdere maatregelen vereist zijn voor *terugdringing* van de rol van de

overheid".¹⁰

4. Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken ?

4.1. Inleiding

35. Het kan enige verwondering wekken dat een studie over privatisering eindigt met een relativering van het belang van privatisering. Toch is dat wat dit laatste deel beoogt. Het idee wordt verdedigd dat aan het debat over privatisering (en nationalisering) in wezen een verouderde gedachte ten grondslag ligt : de gedachte dat doorslaggevend zou zijn wie, de overheid of de privé-sector, bepaalde activa of andere onderdelen van ons economisch bestel in eigendom heeft. Er wordt dan ook voor gepleit om af te stappen van zulke "institutionele" denkwijze en integendeel te opteren voor een "functionele" benadering. Daarin staat niet langer de eigendomsstructuur centraal (publieke of private eigendom) maar de garantie op levering van in een samenleving essentieel geachte diensten. Zulke benadering biedt als voordeel dat het debat over privatisering kan worden ontmijnd. Hierboven is betoogd dat zulke ontmijning dringend vereist is. Inderdaad, *omdat* er in België geen politieke consensus rond privatisering bestond / bestaat, blijft een transparant juridisch raamwerk uit. *Omdat* ook op Europees niveau het onderwerp onbespreekbaar blijft en er wordt vastgehouden aan een "neutraliteit" die tot fictie is ontwaard, ontbreken coherent communautair recht en beleid omtrent privatisering.

36. Het streven naar een functionele i.p.v. institutionele aanpak is niet nieuw, want het ligt ten grondslag aan het Gemeenschapsrecht (en zou daar conform artt. 86 en 295 EG nog steeds moeten gelden). Vraag is echter hoe er *juridisch* vorm aan te geven. Hoe via het recht een werkzame consensus rond privatisering bewerkstelligen, die ruimte laat voor privé-initiatief zonder dat maatschappelijke uitsluiting dreigt, die zowel in Europees als in nationaal recht kan gelden en die voldoende concreet is om door regelgevers en rechtbanken te worden toegepast ? Op dit punt wordt gepleit voor een verruimde rol voor het concept "universele dienstverlening".

4.2. Het concept universele dienstverlening

37. Groot voordeel van dit concept is dat het reeds positiefrechtelijk gedefinieerd is, en derhalve het stadium van het louter academische ontgroeid is. Het Belgische telecomrecht bijvoorbeeld, omschrijft "universele

¹⁰ Aanbeveling 95/326/EG van de Raad van 10 juli 1995 betreffende globale richtsnoeren voor het economisch beleid van de Lid-Staten en van de Gemeenschap, *Pb*, L 191/24, 12 augustus 1995; eigen cursivering. Privatiseringen leiden allicht tot een andere en wellicht ook tot een minder omvangrijke overheid, maar niet noodzakelijk tot minder overheid of een "terugtrekkende" overheid, zo komt me voor.

dienstverlening" als "het verlenen van telecommunicatiediensten waardoor de toegang mogelijk wordt gemaakt tot een welbepaald minimumpakket van diensten van een bepaalde kwaliteit aan alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie en voor een betaalbare prijs".¹¹ Deze definitie kan verkeerdelijk de indruk wekken dat we met een specifiek telecombegrip te maken hebben. Te verkiezen valt daarom de gemeenschapsrechtelijke definitie van "universele dienstverlening" als "een welbepaald (een gedefinieerd) minimumpakket van diensten van een bepaalde (een gegeven) kwaliteit dat voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is voor een in het licht van de specifieke nationale omstandigheden betaalbare prijs".¹²

38. Deze laatste definitie bevat minstens vier elementen :

(i) "minimumpakket van diensten" : omvang van de universele dienst
 Vereist is een selectie van diensten die dermate essentieel zijn voor een behoorlijk sociaal functioneren van de burger dat ze universeel ter beschikking moeten staan. Een moeilijke selectie, gegeven de veelheid aan vormen, variëteiten en kwantiteiten waarin producten en diensten kunnen voorkomen. Onderscheiden tussen het essentiële en het niet-essentiële blijkt een uitermate subjectieve (politieke) en evolutieve bezigheid.

(ii) "voor alle gebruikers, ongeacht hun geografische locatie beschikbaar is" : verbod van uitsluiting, correctie op het vrije-marktmechanisme
 Niet alleen uitsluiting van afgelegen regio's wordt bestreden, maar ook maatschappelijke uitsluiting, die samenhangt met de beperkte financiële draagkracht van bepaalde gebruikers(-groepen).

(iii) "bepaalde kwaliteit" : kwalitatief element
 In plaats van diensten van "een bepaalde kwaliteit" heeft de Commissie het

¹¹ Art. 68, 16°, wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (*B.S.*, 27 maart 1991; *err. B.S.*, 20 juli 1991; *err. B.S.*, 13 mei 1995), zoals ingevoegd door art. 87, sub A), wet 20 december 1995 houdende fiscale, financiële en diverse bepalingen (*B.S.*, 23 december 1995).

¹² Zie (i) art. 2, lid 4, richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (*Pb.*, L 192/1, 24 juli 1990), zoals vervangen door art. 1, lid 2, richtlijn 97/51/EG van het Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 (*Pb.*, L 295/23, 29 oktober 1997), (ii) art. 2, lid 1, sub g, van richtlijn 97/33/EG van het Parlement en de Raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (*Pb.*, L 199/32, 26 juli 1997) en (iii) art. 2, lid 2, sub f, van richtlijn 98/10/EG van het Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (*Pb.*, L 101/24, 1 april 1998). De termen tussen haakjes komen uit laatstgenoemde richtlijn.

elders over prestaties of diensten "van goede kwaliteit"¹³ of "van hoge kwaliteit".¹⁴ Die omschrijving lijkt inderdaad beter (ook minderwaardige diensten hebben "een bepaalde kwaliteit"). "Kwaliteit" is overigens een ruim begrip, dat bijvoorbeeld ook veiligheidseisen kan impliceren.

(iv) "betaalbare prijs".

39. Even belangrijk als hetgeen in de definitie staat, is hetgeen er *niet* in staat :

(i) De definitie vereist weliswaar dat een minimumpakket van diensten "beschikbaar is" maar doet geen uitspraak over de manier waarop dat resultaat moet worden bereikt of over de hoedanigheid van de dienstverlener. Uit de definitie valt dus niet af te leiden dat er een (of één) universele dienstverlener zou moeten worden aangesteld - en *a fortiori* niet dat dit een monopolist of overheidsbedrijf zou moeten zijn. Er valt evenmin uit af te leiden dat er aan bestaande dienstverstrekkers enige acceptatie- of andere plicht zou moeten worden opgelegd (niet-geaccepteerden kunnen immers ook via een fonds worden bediend). Zolang de normale, ongestoorde marktwerking garandeert dat er voor alle gebruikers een minimumpakket aan goede diensten ter beschikking staat voor een betaalbare prijs, is volledig aan de voorwaarden van de definitie voldaan. Pas als dat niet of niet langer het geval blijkt, dringt een ingreep zich op.

(ii) Evenmin vereist de definitie dat het gevraagde minimumpakket van diensten door nationale onderdanen ter beschikking moet worden gesteld. Het is dus denkbaar dat een lidstaat de universele telecom- of postdienst door een buitenlandse onderneming zou laten verzorgen.

(iii) De definitie heeft het over "gebruikers" en dus niet enkel over natuurlijke personen.

(iv) De definitie vereist weliswaar een "betaalbare prijs" maar niet een prijs die voor iedereen overal dezelfde is. Een beperkte mate van prijsdifferentiatie blijft dus mogelijk, zolang de maximumprijs voor iedereen betaalbaar blijft.

4.3. Historiek

40. Het begrip "universele dienstverlening" is niet nieuw maar heeft een merkwaardige evolutie doorgemaakt. Het dook voor het eerst op in de

¹³ Zie het kader op de eerste bladzijde, en punt 28, van de Commissiemededeeling van 11 september 1996 over "De diensten van algemeen belang in Europa" (doc. 96/C 281/03, *Pb.*, C 281/3, 26 september 1996).

¹⁴ Zie de twaalfde paragraaf van het "woord vooraf" bij de Commissiemededeeling "over de toepassing van de mededingingsregels op de postsector en over de beoordeling van bepaalde overheidsmaatregelen met betrekking tot postdiensten" (doc. 98/C 39/02; *Pb.*, C 39/2, 6 februari 1998).

Amerikaanse "Communications Act" van 1934, als argument om een telefoonmonopolie te vestigen in de Verenigde Staten. Toen de instellingen van de Gemeenschap het vanaf 1987 herontdekten, was het hen echter niet te doen om de *vestiging* van een monopolie in hoofde van een *privé*-firma, maar integendeel om de *ontmanteling* en privatisering van *overheids*-monopolies. Om te vermijden dat het primaat van de vrije markt daarbij zou leiden tot uitsluiting van bepaalde groepen consumenten wordt bepaald dat sommige diensten gratis of tegen een redelijke vergoeding universeel ter beschikking moeten staan. Ten dele ging het om een "toegift", bedoeld om principiële tegenstanders van demonopolisering en privatisering over de streep te halen, om liberalisering verkoopbaar en een politieke consensus haalbaar te maken. Nu lijkt het tijd om aan het concept een beduidender rol toe te bedelen.

4.4. "Universele dienstverlening" in plaats van "openbare dienst" en "dienst van algemeen economisch belang" ?

41. De herontdekking van "universele dienstverlening" zadelt ons op met nog een extra begrip ter aanduiding van de "algemeen belang"-dimensie van diensten of instellingen, en dit terwijl de bestaande lijst uitdrukkingen al zo uitgebreid en confuus is. In europeesrechtelijke juridische teksten vindt men volgende begrippen terug, elk met eigen accenten maar elkaar ook gedeeltelijk overlappend : "diensten", "eisen", "functies", "redenen", "taken", "dwingende taken", "prestaties" en "verplichtingen" "van algemeen belang" of "van algemeen economisch belang", "openbare dienst" ("- diensten"; "- dienstverplichtingen") en nu dus ook "universele dienst" ("- diensten"; "- dienstverplichtingen"). Het Belgische recht is zo mogelijk nog verwarder.

42. De veelheid aan begrippen leidt tot een spraak- en begripsverwarring die niet langer houdbaar is. Respect voor nationale eigenheid en subsidiariteit mag niet langer dienen als excuus voor het uitblijven van heldere definities, die een noodzakelijke voorwaarde uitmaken voor heldere normering. Samengevat - en met weglating van de argumenten voor elk onderdeel van de stelling - poneert het proefschrift daarom volgende stelling. Omdat (i) de begrippen "openbare dienst" en "diensten van algemeen economisch belang" niet eenduidig te definiëren vallen, terwijl dat voor "universele diensten" wel het geval is, (ii) het concept universele dienstverlening een inhoudelijke meerwaarde vertoont in vergelijking met, vooral, het begrip "openbare dienst"¹⁵ en (iii) de begrippen "diensten van algemeen economisch belang" en "universele dienstverlening" steeds meer naar elkaar toegroeien, durf ik ervoor pleiten om in alle communautaire regelgeving, primair en secundair, en in alle sectoren, het begrip "universele dienstverlening" als uitgangspunt te hanteren. Op termijn kan dit behalve een beperkte amendering van het Verdrag (artikelen 73 en 86,

¹⁵ Geen organieke connotatie; europees- i.p.v. nationaalrechtelijke definitie (het begrip "openbare dienst" is niet in alle lidstaten gekend); onderwerping niet slechts aan de "wetten van de openbare dienst" maar tevens aan kwaliteitsnormen.

ex artt. 77 en 90) o.m. ook een gelijkschakeling impliceren van de terminologie in regelgeving in de sectoren energie en transport - waar universele dienstverlening momenteel "openbare dienstverlening" wordt genoemd - met de terminologie die reeds in de sectoren telecom en post wordt gehanteerd. Indien ze gemeenschapsrecht implementeren, en enkel dan, zouden Lid-Staten de communautaire eenheid in terminologie moeten volgen.

4.5. Meer dan een "toegift" bij de afbraak van overheidsmonopolies

43. Universele dienstverlening wordt vrij algemeen geassocieerd met de afbraak van overheidsmonopolies. Zoals hoger aangegeven, is dat historisch zo gegroeid. De Europese instellingen die het concept op het einde van de jaren tachtig herontdekten, deden dat tijdens debatten over liberalisering en demonopolisering. Tot dusver staan bepalingen over universele dienstverlening dan ook enkel in richtlijnen - en nationale wetten die de richtlijnen implementeren - die tegelijk de afbouw van overheidsmonopolies organiseren. Beleidsmatig ligt het eveneens voor de hand om universele dienstverlening en liberalisering te koppelen. Liberalisering wordt, terecht of niet, geassocieerd met winstmaximatie, segmentering en maatschappelijke uitsluiting. Vooral dit laatste roept verzet op. Doordat liberalisering leidt tot segmentering en "cherry-picking", aldus de redenering, dreigt een duale samenleving waar enkel die consumenten nog worden bediend die voldoende "rendement" opleveren (doordat ze goedkoop te bedienen vallen *of* doordat ze meer kunnen betalen).

44. Er is echter geen enkele reden om aan te nemen dat de invoering van plichten tot universele dienstverlening wel een efficiënte remedie oplevert tegen uitsluiting in sectoren waar geliberaliseerd wordt, maar niet even efficiënt uitsluiting zou kunnen bestrijden in sectoren die reeds geliberaliseerd zijn. Vandaar een pleidooi voor een veralgemeende toepassing van het concept, in veel meer sectoren dan tot nu toe. Zulke veralgemeende toepassing biedt minstens drie voordelen. Ten eerste ontstaat één begrippenkader voor fenomenen die nu als volledig losstaand van elkaar worden benaderd. Dat levert coherenter recht en beleid op. Ten tweede, en hiermee samenhangend, kunnen bestaande positiefrechtelijke criteria ter beoordeling van nationaal recht over universele dienstverlening - o.m. in de sectoren telecom en post, waar Europese richtlijnen gelden - worden getransponeerd naar veel meer domeinen. Dat levert meer objectief onderbouwd beleid en recht op (met heel concrete criteria en normen om te oordelen over, bijvoorbeeld, de wenselijkheid van een verplichte universele rechtsbijstandsverzekering en de eventuele modaliteiten van invoering daarvan). Ten derde ontdoet een verruiming in de aangegeven zin het begrip universele dienstverlening van elke negatieve connotatie als "troostprijs" voor een teruggedrongen overheid. Wordt aanvaard dat het concept kan dienen om zowel overheidsmonopolies als (te) vrije markten te corrigeren, dan is de stap gezet van een organieke naar een functionele benadering.

45. Uit de, met name in de telecommunicatiesector, sinds enige jaren met universele dienstverlening opgedane ervaringen, vallen minstens volgende "tien geboden" te distilleren die ook in andere sectoren hun nut kunnen bewijzen :

(i) Een te ruim gedefinieerd concept van universele dienstverlening werkt marktafsluitend en overregulerend. Enkel waar een reëel probleem van maatschappelijke uitsluiting bestaat of dreigt, dient (zelf-)regulerend te worden ingegrepen.

(ii) Universele dienstverlening impliceert niet noodzakelijk één universele dienstverlener.

(iii) Blijkt het nodig om bij wet of besluit één of meerdere universele dienstverleners aan te stellen, dan dienen alle kandidaten gelijk te worden behandeld. Inzake de identiteit van de universele dienstverlener kunnen geen gegevens of prerogatieven gelden.

(iv) Universele dienstverlening dient gereguleerd op hetzelfde beleidsniveau als de universeel te leveren dienst.

(v) Verborgen agendapunten moeten worden geweerd. Bepalingen inzake universele dienstverlening moeten een exclusief sociaal oogmerk hebben.

(vi) Het heeft geen zin, en kan zelfs schadelijk zijn, om bij wet de verplichting op te leggen dat alle marktdeelnemers op dezelfde wijze aan universele dienstverlening moeten doen.

(vii) "Specifieke financieringsmechanismen" mogen geen automatisme worden. Ze dienen op een niet-discriminatoire, transparante en onafhankelijke wijze te worden beheerd.

(viii) Of de universele dienstverlener zijn wettelijke plichten nakomt, moet door een van die dienstverlener onafhankelijke instantie te worden gecontroleerd.

(ix) Absolute transparantie is vereist.

(x) Het evolutieve karakter van de universele dienst vereist een constante opvolging.

4.6. Besluit - samenvatting

46. Hierboven zijn hoofdzakelijk twee stellingen verdedigd. Beide bepleiten een (veel) grotere rol voor het concept "universele dienstverlening" in het communautaire en nationale recht over diensten met een algemeen belangdimensie. Wie instemt met de stellingen denkt op een nieuwe manier over dat recht, ook al blijkt het begrip "universele dienstverlening" zelf minder nieuw dan door sommigen gedacht.

47. Het minst controversieel lijkt me de tweede stelling, volgens welke een analyse op grond van het universele dienstverleningsconcept in veel meer economische sectoren haar nut zou kunnen bewijzen dan tot nu toe aangenomen. Het wordt tijd om genoemd concept ook te gaan hanteren in situaties waar niet de overheid maar de privésector heerst, en waarin niet van een monopolie maar juist van (te) vrije concurrentie sprake is. Aldus zullen op het eerste zicht disparate actuele thema's als minimumlevering van bankdiensten, gratis openbaar vervoer, vrije nieuwsgaring en segmentering in de verzekeringssector, in wezen allemaal te analyseren blijken vanuit het concept universele dienstverlening. Telkens gaat het immers om diensten of producten waarvan beargumenteerd wordt dat ze voor een behoorlijk functioneren van burgers in de huidige samenleving zo essentieel zijn dat iedereen er gratis of mits een redelijke vergoeding over moet kunnen beschikken. Vooralsnog rijst hiertegen geen verzet. Integendeel, zowel communautaire als nationale overheden blijken - zij het voorlopig slechts in beleidsvoorbereidende documenten en onbewust, eerder "toevallig" dan systematisch - de stap te zetten naar een uitbreiding van universele dienstverplichtingen tot andere, traditioneel door private marktdeelnemers beheerste sectoren.

48. Meer tegenstand zal allicht de eerste stelling ondervinden, volgens welke de drievuldigheid "openbare dienst-dienst van algemeen economisch belang-universele dienst" die momenteel het gemeenschaps- en/of het daarvan afgeleide nationale recht beheerst, best wordt vervangen door een benadering op grond van het concept universele dienst alleen. Tot opgave van het openbaar dienstbegrip toont men zich op Europees niveau wellicht nog bereid. In vergelijking met sommige nationale rechtsstelsels speelt dat begrip in het gemeenschapsrecht een minder voorname rol. Bovendien noemt het gemeenschapsrecht soms "openbare dienst" wat in wezen universele dienst is, en tenslotte maken vooral organieke en national(istisch)e connotaties het concept "openbare dienst" aantoonbaar minder geschikt voor europeesrechtelijk gebruik. Veel gevoeliger licht ongetwijfeld de bepleite gelijkstelling van diensten van algemeen economisch belang met universele diensten, hoe ruim deze laatste ook worden gedefinieerd. Aangezien slechts een deel van de communautaire rechtspraak en rechtsleer aanknopingspunten biedt voor zulke gelijkstelling, valt te verwachten en te begrijpen dat sommigen de op dit punt geformuleerde voorstellen als te radicaal zullen

verwerpen. Men hoopt echter dat zij de ernst van de momenteel heersende begripsverwarring en het gebrek aan coherentie in de artikel 86- (ex art. 90-) rechtspraak van het Hof bij hun beoordeling in rekening zullen willen brengen, indien niet als rechtvaardigingsgrond dan toch als verzachtende omstandigheid.