

DIGITALES ARCHIV

ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
ZBW – Leibniz Information Centre for Economics

Demertzis, Vaia

Book

Politiek-institutionele uitwerkingswijzen van de openbare diensten

Provided in Cooperation with:

International Centre of Research and Information on the Public, Social and Cooperative Economy (CIRIEC), Liège

Reference: Demertzis, Vaia (2016). Politiek-institutionele uitwerkingswijzen van de openbare diensten. Liège (Belgium) : CIRIEC International, Université de Liège.

This Version is available at:

<http://hdl.handle.net/11159/553>

Kontakt/Contact

ZBW – Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft/Leibniz Information Centre for Economics
Düsternbrooker Weg 120
24105 Kiel (Germany)
E-Mail: [rights\[at\]zbw.eu](mailto:rights[at]zbw.eu)
<https://www.zbw.eu/>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Dieses Dokument darf zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen. Sofern für das Dokument eine Open-Content-Lizenz verwendet wurde, so gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

<https://savearchive.zbw.eu/termsfuse>

Terms of use:

This document may be saved and copied for your personal and scholarly purposes. You are not to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public. If the document is made available under a Creative Commons Licence you may exercise further usage rights as specified in the licence.



Working Paper

**Politiek-institutionele uitwerkingsswijzen
van de openbare diensten**

Vaia DEMERTZIS

CIRIEC N° 2016/09

CIRIEC activities, publications and researches
are realised with the support of

Les activités, publications et recherches du CIRIEC
sont réalisées avec le soutien de



Politiek-institutionele uitwerkingswijzen van de openbare diensten

Vaia Demertzis*

Dit verslag is één van de vier delen (ook beschikbaar in het Frans) van een volledige studie “*Uitdagingen en belang van de openbare diensten in België*”, die in 2016 door CIRIEC-Belgium, CRISP (Centrum voor socio-politiek onderzoek en informatie) en FAR (Form’Action André Renard) is uitgevoerd in opdracht van de Algemene Centrale der Openbare Diensten (ACOD) / Centrale générale des Services publics (CGSP). Een synthese en een perspectiefschets van dit onderzoek zal in de collectie van de Working Papers van CIRIEC worden gepubliceerd.

mei 2016

Working paper CIRIEC N° 2016/09

* CRISP (Centrum voor socio-politiek onderzoek en informatie), Brussel, België (v.demertzis@crisp.be).

Inhoudsopgave

1.	De conceptuele oorsprong van de “openbare diensten”	6
2.	De diverse concepten van de openbare diensten	10
3.	De aard van de betrokken activiteiten	14
4.	De werking van de activiteiten	19
4.1	<i>Rechtsgrondslag</i>	21
	<i>a) Grondwettelijke grondslagen</i>	22
	<i>b) Wetgevende grondslagen</i>	23
	<i>c) Handelingsvrijheid van de overheden</i>	23
4.2	<i>Verantwoordelijkheid voor de organisatie</i>	24

Abstract

This paper provides a historical and comparative overview of the conceptual origin of “public services” and its evolution in Europe. It recalls the French origin of a public service doctrine popularized under the Third Republic (section 1), which then spread to the European States subject to French law. Far from making consensus in Europe, this definition of public services can be put into perspective with the different national conceptions of public services in Europe (section 2). Such a comparison can notably be based on two types of criteria: the nature of the activity covered by the public service (section 3) and the form of organization of the service. Within this last criterion, responsibility for legal and organizational matters is dealt with in section 4.

Keywords: Public services in Europe, national conceptions of public services, constitutions, French “service public” doctrine, legal bases.

Dit CIRIEC Working paper biedt een historisch en vergelijkend overzicht van de conceptuele oorsprong van de “openbare diensten” en de ontwikkeling daarvan in Europa. Het brengt de Franse grondslagen in herinnering van een leer van de openbare dienst die gepopulariseerd werd onder de Derde Republiek (deel 1) en vervolgens verspreid werd in de staten die onderworpen zijn aan het Franse recht. Deze definitie van openbare diensten is echter verre van onomstreden in Europa en moet in perspectief worden geplaatst met de verschillende nationale concepten van de openbare diensten in Europa (deel 2). Deze vergelijking is gebaseerd op twee soorten criteria: de aard van de activiteit die wordt gedekt door de openbare dienst (deel 3) en de organisatievorm van deze laatste. Binnen dit laatste criterium wordt de verantwoordelijkheid op juridisch en organisatorisch vlak behandeld in deel 4, terwijl de eigenlijke organisatievormen die de openbare diensten van elkaar onderscheiden, worden besproken in CIRIEC Working paper 2016/13.

1. De conceptuele oorsprong van de “openbare diensten”

Het concept van “openbare dienst” ontstaat in Frankrijk in de late 19^e eeuw en wordt van meet af aan gekenmerkt door zijn multidimensionale aspect¹. Het is afkomstig uit de juridische debatten over de inhoud van het Franse publiekrecht (juridische dimensie) en werd, als uitvloeisel daarvan, gebruikt om een nieuwe theorie over de rol van de staat te ontwikkelen (ideologische dimensie) en heeft, in zijn praktische toepassing, een concrete vorm gegeven aan een specifiek statuut (institutionele dimensie).

Oorspronkelijk was de “openbare dienst” een begrip waarop een aantal Franse juristen, onder meer Léon Duguit (1859-1928), Maurice Hauriou (1856-1929) en Gaston Jeze (1869-1953), zich baseerden om het publiekrecht in te stellen. Het doel was om “een criterium te vinden om de werkingssfeer van de regels van het bestuursrecht en de bevoegdheid van de administratieve rechter af te bakenen, rekening houdend met de nieuwe vormen van openbare interventie”². De vroegere criteria van openbaar belang en openbare macht maakten geen nauwkeurig onderscheid van de bevoegdheidsregels mogelijk gezien de sociaaleconomische en politieke omwentelingen die zich in die tijd voltrokken (industriële revolutie, verpaupering, ontwikkeling van de arbeidersklasse, Franse Revolutie en oprichting van de republiek, ...).

¹ Delphine Espagno verklaart terecht dat de oorspronkelijke bronnen van het begrip van openbare dienst teruggaan tot lang vóór deze welvarende periode van de leer van de openbare dienst. Ze verwijst met name naar de bijdragen van het onderzoek van de collectieve dimensie, de conceptualisering van de “collectieve goederen” evenals de stedelijke solidariteit, zonder de patrimoniale dimensie te vergeten (zie D. Espagno, « Les sources originelles de la notion de service public », *Sciences de la société*, n°42, oktober 1997).

² Jacques Chevallier, *Le service public*, Presses Universitaires de France, *Que sais-je ?*, Paris, 2012 (9^{ème} édition, édition numérique).

Met het criterium van de “openbare dienst”, dat werd ontwikkeld door deze doctrinaire stroming van het publiekrecht, is het geheel van de door de administratie beheerde activiteiten gebaseerd op het voorzien in de behoeften van de burgers. Terwijl de criteria van openbaar belang en openbare macht verwezen naar de macht van een elite, verplicht het criterium van openbare dienst om te voorzien in de behoeften en verwachtingen van het publiek dat zijn eigen (individuele en collectieve) belangen heeft. De openbare diensten zijn dus verplicht om op een regelmatige en continue wijze te functioneren (continuïteitsbeginsel), onder gelijke voorwaarden voor iedereen (gelijkheidsbeginsel), en hun werkingsregels moeten worden afgestemd op de behoeften (veranderbaarheidsbeginsel). Deze drie beginselen worden vaak aangevuld met het “neutraliteitsbeginsel” en, meer zelden, met het “kosteloosheidsbeginsel”. De draagwijdte van deze beginselen moet echter genuanceerd worden: zo heeft de gebruiker nooit, op grond van het continuïteitsbeginsel, recht gehad op instandhouding van de openbare diensten³. Wat een louter intern debat op juridisch gebied zou kunnen lijken, blijkt in feite een bredere uitdaging te zijn. Enerzijds lijkt het bestuursrecht, dat tot dan de superioriteit van de administratie boven de burgers bekrachtigde, niet langer het verlengstuk van de privileges van de administratie, maar een middel ter bescherming van de rechten van de burgers. Aangezien de openbare dienst rechten van de gebruikers erkent door te bevestigen dat in de basisbehoeften van de mensen moet worden voorzien, creëert hij een nieuwe voorstelling van de sociale band. Anderzijds trachten de juristen in het openbare domein een criterium vast te leggen voor de onderwerping van de staat aan het recht. Volgens J. Chevallier “vormt de openbare dienst dus zowel de grondslag als de grens van de macht van de heersers: de macht van de heersers wordt gerechtvaardigd door de noodzaak om in de collectieve behoeften van het publiek te voorzien, maar hij kan niet verder reiken dan wat het sociale bewustzijn toestaat en eist”⁴. Met jurist Léon Duguit gaat de juridische betekenis gepaard met een ideologische betekenis: het criterium van de “openbare dienst” stelt een ander concept van de relatie tussen de staat en het recht voor en blijkt bijgevolg het criterium voor een nieuwe theorie van de staat.

De juridische debatten hebben dus een kweekbodem geleverd voor ideologische beschouwingen over de veranderende rol van de Franse staat in de late 19^e eeuw. Ze maken deel uit van het overheersende wetenschappelijk domein in de jaren 1880 dat wordt gekenmerkt door het positivisme – gebaseerd op biologische ontdekkingen met betrekking tot de levende organismen - en het organicisme - begrip van de werkelijkheid door het prisma van het organische geheel. De ontdekking door de biologische wetenschappen van de natuurlijke wet van onderlinge afhankelijkheid en de toepassing ervan op sociaal gebied door filosoof Auguste Comte (1798-1857) maakte de weg vrij voor een nieuwe

³ Ibid.

⁴ Ibid.

voorstelling van de sociale band, die de grondlegger van de sociologie, Emile Durkheim (1858-1917) tracht te formaliseren. In die context vinden de juridische discussies rond het begrip van “openbare dienst” weerklank in enkele Franse intellectuele stromingen, in het bijzonder bij de theoretici van de solidaristische leer, die een derde weg tussen de tegengestelde standpunten van het individualistische liberalisme en het collectivistische socialisme voorstelt. Het solidarisme wordt op politiek vlak uitgedrukt door de Radicale Partij onder het regime van de Derde Franse Republiek (1870-1940).

Op basis van het werk van de filosofen Pierre Leroux (1839) en André Fouillée (1885), van economist Charles Gide (1893), van socioloog E. Durkheim en van de juristen M. Hauriou en L. Duguit gaat de solidaristische leer, zoals gesystematiseerd door Léon Bourgeois⁵ in zijn werk “Solidarité” (1896), uit van het “natuurlijke feit” van onderlinge afhankelijkheid en solidariteit om een theorie van rechten en sociale plichten te ontwikkelen. Krachtens deze wet van sociale onderlinge afhankelijkheid profiteert elk individu, vanaf zijn geboorte, van het culturele erfgoed dat opgebouwd is door de vorige generaties: hij is dus schuldplichtig aan de voorbije, huidige en toekomstige generaties. Alleen al door het feit van deel uit te maken van de samenleving heeft eenieder, omdat hij sociale verworvenheden erft, een “schuld”. Deze sociale schuld weegt echter niet even zwaar op alle leden van de samenleving: niet iedereen geniet dezelfde voordelen van deze vereniging, allen zijn niet in dezelfde mate schuldplichtig en eenieder moet betalen volgens zijn capaciteiten (met inbegrip van de armen)⁶. Hoewel de schulden en vorderingen wederzijds zijn, zijn ze ook collectief. Dit vereist dus een responsabilisering van alle leden van de samenleving en een verdeling van de risico's en voordelen met het oog op een herstelrecht. Het solidarisme pleit dus voor de invoering van gemeenschappelijke instellingen die openstaan voor iedereen en ten laste zijn van iedereen – zoals openbare scholen en openbare diensten – en legitimeert zodoende een positieve maar niet interventionistische rol van de staat. De openbare dienst lijkt derhalve een essentiële factor van sociale samenhang en een herverdelingsagent, die moet bijdragen tot het verminderen van de omvang van sociale ongelijkheden. Zo rechtvaardigt de solidaristische leer de progressieve belasting en baseert de openbare diensten op de definitie van een “verenigingsstaat”, die daarin sterk verschilt van de klassieke liberale staat. De solidaristen betwisten immers elke superioriteit van de staat, deze laatste is geen emanatie van volkssoevereiniteit, maar een functioneel orgaan waarvan de legitimiteit van zijn interventie, zowel zijn grondslag als zijn grens, vervat ligt in het concept van solidariteit:

⁵ Als lid van de Franse Radicaal-Socialistische Partij, eerste president van de Radicaal Raad in 1895 en houder van enkele ministeriële mandaten heeft L. Bourgeois zich ingezet om zijn solidaristische voorschriften tussen 1895 en 1917 uit te voeren. In 1919 werd hij tot eerste president van de Volkenbond benoemd en in dit kader kreeg hij in 1920 de Nobelprijs voor de Vrede.

⁶ Jacques Donzelot, *L'invention du social*, Seuil, Points, Paris, 1994.

solidariteit geeft de staat een positieve rol (met het doel van behoud van de sociale samenhang), maar een beperkte rol (door het beginsel van de staat die zich verbonden heeft tot handhaving van de vooruitgang van de samenleving), die tot een nieuwe legitieme voorstelling van de staat leidt.

Het Franse concept van de openbare diensten berust ten slotte op een dubbel dogma, dat van de onfeilbaarheid van het openbaar bestuur en van de bevestiging van de superioriteit ervan ten opzichte van privébeheer om in de behoeften van de burgers te voorzien⁷. Van een (juridisch en daarna ideologisch) beginsel dat het openbaar bestuur leidt, wordt de “openbare dienst” geleidelijk geïnstitutionaliseerd in Frankrijk. Het concept dekt uiteindelijk zowel de diensten aan de burgers als de instellingen die deze diensten moeten verlenen.

Het zou verkeerd zijn om zich op het Franse concept van de openbare diensten te baseren om deze laatste te definiëren: er zijn andere concepten van de openbare dienst. Tussen de visie van de economen, de juristen en de eenvoudige populaire perceptie heeft de “openbare dienst” erg verschillende betekenissen⁸:

- Voor de gebruikers is het begrip van openbare dienst vrij uitgebreid, met name in landen met een sterke traditie van openbare dienst, zoals Frankrijk en België. De openbare dienst lijkt hier uit alle basisdiensten te bestaan die noodzakelijk zijn voor het leven van de burgers. Dit is dus zowel een brede als vage visie op de openbare diensten.
- Voor de neoklassieke economen heeft het begrip een restrictievere betekenis en ze gebruiken andere termen, in het bijzonder die van “openbaar goed” of “collectief goed” (ook wel “commons” genoemd in de Angelsaksische literatuur), die in de economische theorie naar een ondeelbaar en niet-discriminerend goed verwijzen (zie het werk van de Amerikaanse econoom en politicoloog Elinor Ostrom, Nobelprijswinnaar economie in 2009, over economisch bestuur, en meer bepaald over collectieve goederen)⁹. Het begrip komt dus eerder in de buurt van een niet-marktgebonden dienst¹⁰, dat wil zeggen een dienst die wordt gefinancierd door verplichte bijdragen, dus door de gemeenschap. Het is de inhoud die de openbare dienst bepaalt.
- Voor de juristen bestaat de openbare dienst eerder uit een dienst georganiseerd door een openbare macht en die geheel of gedeeltelijk onderworpen is aan een publiekrechtelijk stelsel. Anders dan vanuit het

⁷ J. Chevallier, op. cit.

⁸ Jean-François Auby, *Les services publics en Europe*, Presses universitaires de France, *Que sais-je ?*, Paris, 2015 (édition numérique).

⁹ E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs*, De Boeck Supérieur, *Planète en jeu*, 2010. Eerste editie gepubliceerd in 1990 in het Engels onder de titel *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*.

¹⁰ Te onderscheiden van de Belgische “niet-marktgebonden sector”.

gezichtspunt van de economen kan de dienst al dan niet marktgebonden zijn. Het rechtsregime (en dus gedeeltelijk de verantwoordelijke voor de organisatie) definieert de openbare dienst.

Daarom is het noodzakelijk te verduidelijken wat er, buiten de ideologische en disciplinaire interpretaties, met “openbare dienst” wordt bedoeld. De Europese Commissie zelf is, gezien deze realiteit, zeer terughoudend wat het gebruik van deze term betreft die, in haar opinie, een connotatie van openbaar bestuur en monopolie, en, eerlijk gezegd, een overwegend Franse connotatie heeft.

2. De diverse concepten van de openbare diensten

Vanaf de Franse oorsprong maakt de ideologische dimensie dus een belangrijk deel uit van de definitie van de “openbare diensten”. Het debat richt zich al gauw op het eigendomsregime: leidt de openbare dienst tot een collectieve eigendom van de middelen die nodig zijn voor de werking ervan? Het antwoord op deze vraag plaatst de aanhangers van een collectivistische visie tegenover de voorstanders van de liberale theorie, maar deze ideologische tegenstelling verklaart niet alles. Het is bijvoorbeeld nuttig eraan te herinneren dat de openbare eigendom van productiemiddelen tijdens de grote nationalisatiegolven in Frankrijk (1936, na de oorlog, 1982-1983) slechts zeer gedeeltelijk berustte op het concept van openbare dienst. Andere overwegingen, zoals de strategische functies van bepaalde sectoren of sancties wegens laakbaar gedrag tijdens de bezetting, rechtvaardigden de tussenkomst van de staat¹¹. Het is dus niet de openbare eigendom die de openbare dienst definieert. Maar deze langdurig gehanteerde verwarring blijft sterk in de publieke opinie.

Het is even belangrijk om een duidelijk onderscheid te maken tussen “openbare dienst” en “openbare sector”. Na de Tweede Wereldoorlog in Frankrijk verschijnen er steeds meer overheidsbedrijven, nationale bedrijven met overheidskapitaal of gemengd kapitaal met een louter industrieel en commercieel oogmerk en verstoken van enig collectief belang, die ver verwijderd zijn van de “Franse openbare dienst”. Een studie van de verdeling van de economische, monetaire en budgettaire zaken van het Europees Parlement van 19 juni 2000 legt duidelijk de basis voor het onderscheid¹². De “openbare sector” omvat de bedrijven waarvan het kapitaal overwegend of volledig toebehoort aan de staat. Zij kunnen als doel de productie van goederen hebben die als “openbaar” worden beschouwd, maar kunnen ook actief zijn in een concurrentiekader of in een economische sector waarin reeds privébedrijven

¹¹ J.-F. Auby, op. cit.

¹² Parlement européen, Direction générale des études, Division des affaires économiques, monétaires et budgétaires, Bernard Pierre Lebeau, *L'impact de la libéralisation et de la dérégulation*, PE 294.123, 19 juni 2000.

actief zijn (banken, verzekeringen, lucht- en spoorwegvervoer, telecommunicatie, post, radio en televisie, ...).

De “openbare dienst” is dan weer een veel onnauwkeuriger concept en de definitie en de bepaling van de werkingssfeer ervan vormen een dubbele uitdaging in het politieke debat. Het concept beperkt zich niet tot het criterium van beheer door een overheidsinstantie. Het collectief beheer van een dienst kan worden verzekerd zonder overheidstussenkomst in strikte zin, of zelfs met één enkele private tussenkomst. “Openbare diensten” verwijzen naar een zeer brede waaier aan activiteiten die van zeer verschillende aard kunnen zijn: scholen, organisatie van het openbaar vervoer, zoals treinen en bussen, water- en elektriciteitsvoorziening, verkeersborden, organisatie van speelpleinen, planning en uitvoering van een vaccinatiecampagne, ... In België worden een aantal scholen en ziekenhuizen rechtstreeks door openbare besturen (de Gemeenschap, de provincie en de gemeente) georganiseerd. Maar een groot deel van de scholen en ziekenhuizen zijn niet eigendom van de staat. Ze maken het mogelijk een opdracht van algemeen belang uit te voeren, maar zijn afkomstig van privé-initiatieven (ziekenfonds, vereniging, religieuze congregatie, ...). Er is geen activiteit op permanente basis die onder de collectieve verantwoordelijkheid valt, behalve voor de soevereine functies van de staat (extern optreden, defensie, justitie, politie) met soms uitzonderingen. Zo roept het geval van de Belgische gedetineerden die overgebracht zijn naar Nederlandse gevangenissen vragen op in België met betrekking tot de effectiviteit van de controle over deze opdrachten die gedelegeerd zijn door de Belgische Staat (zie deel 4).

Voor het overige zijn er alleen activiteiten die de overheid organiseert in bijzondere omstandigheden en om in collectieve behoeften te voorzien die veranderen in de tijd en in de ruimte.

Het debat over de openbare diensten beperkt zich noch tot de tegenstelling tussen openbaar en privé, noch tot die tussen concurrentie en monopolie. De ideologische schema's gebaseerd op deze dubbele tweedeling houden niet rekening met de zeer uiteenlopende nationale configuraties die met name gedomineerd worden door de tradities van elke lidstaat¹³.

In Frankrijk, en in de landen met dezelfde juridische visie die wordt gekenmerkt door het Romeinse recht (België, Spanje, Griekenland, Italië, Luxemburg, Portugal), is er dus een echte juridische traditie en een sterke conceptualisering van de openbare dienst (zie deel 1). In het Verenigd Koninkrijk gebruiken de Angelsaksen de term “public utilities” in plaats van openbare diensten. De term verwijst naar water-, gas-, elektriciteit- en warmtetransport- en -voorziening, telecommunicatie, post, kabel (tv), vervoer per spoor, bus, tram en metro. Sinds de Thatcherjaren, en met name de privatisering van de Britse spoorwegen, beperkt het ideologische debat zich echter niet tot het bepalen wie, uit de privé-

¹³ De comparatieve gegevens van de volgende paragraaf zijn uit Bernard Thiry, *Les services d'intérêt économique général dans l'Union européenne : divergences et similitudes*, CIRIEC Working paper 96/05, 1996.

of openbare sector, de dienst verzekert. Ook het openbare karakter zelf van bepaalde diensten wordt in vraag gesteld, in het bijzonder bij het busvervoer. De term “openbare dienst” verwijst ofwel naar de ethiek van de openbare dienst, ofwel naar een brede waaier van zowel markt- als niet-marktgebonden activiteiten van de openbare sector. In Duitsland omvatten de activiteiten niet alleen de klassieke Angelsaksische “public utilities”, maar ook zeer uiteenlopende gemeentelijke diensten (zwembaden, kuuroorden, theater en opera¹⁴ ...), of zelfs financiële activiteiten, zoals die van de spaarbanken die aanwezig zijn in elke grote stad en vervolgens gefedereerd zijn in de deelstaten. In de Scandinavische landen en in Nederland is het begrip van openbare diensten weinig of helemaal niet geconceptualiseerd en geformaliseerd. Het komt eerder voort uit de gewoonte, eventueel uit de rechtspraak of de praktijk, of uit het concrete optreden van de nationale en lokale overheden.

Om het concept beter te begrijpen, moeten wij dus een vergelijkende analyse uitvoeren. Uit internationale vergelijkingen blijkt hoe de welvaartstaten niet alleen verschillen in hun werkwijzen (sociale bescherming, openbare diensten) maar ook in hun denkwijzen¹⁵. Het klassieke onderscheid tussen de modellen geïnspireerd op Bismarck en Beveridge biedt een eerste benadering. Het boek van Esping-Andersen¹⁶, dat vandaag als referentie dient in de typologie van de welvaartstaten¹⁷, maakt het mogelijk de drie belangrijkste denkwijzen over de sociale bescherming van vandaag in de westerse landen te definiëren: de liberale, conservatief-corporatistische en sociaaldemocratische concepten. Deze onderscheiden zich in:

- de doelstellingen op het gebied van sociaal welzijn van de individuen en transformatie van de sociale stratificatie (of dat nu op basis van klasse of geslacht is);
- de plaats die wordt gegeven aan de staat naast de andere factoren van sociale bescherming (familie, markt, verenigingen);
- en uiteindelijk de politieke ideologieën die het systeem dragen.

¹⁴ In Duitsland worden de bescherming en duurzaamheid van culturele tradities als een openbare dienst beschouwd.

¹⁵ Bruno Palier, *Gouverner la sécurité sociale*, Presses universitaires de France, *Quadrige*, Paris, 2005.

¹⁶ Gosta Esping-Andersen, *Les trois mondes de l'Etat providence : Essai sur le capitalisme moderne*, Presses universitaires de France, *Le lien social*, Paris, 2007.

¹⁷ Verschillende benamingen verwijzen naar de maatschappelijke bevoegdheden die de staten in de loop van hun ontwikkeling hebben ontwikkeld: de welzijnsstaat, de verzorgingsstaat (met een morele connotatie). Om geen nationaal of moreel perspectief in te nemen, gebruiken wij de term “welvaartsstaat”.

Voortbouwend op het werk van Richard Titmuss¹⁸, stelt G. Esping-Andersen een typologie op die drie regimes van welvaartsstaten onderscheidt op basis van drie criteria:

- het niveau van ontmarkting;
- de klassenstructuur die voortvloeit uit het sociaal beleid;
- en de verhouding publiek-privé in de verstrekking van sociale goederen.

Het is de combinatie van deze drie indicatoren die de drie soorten systemen definieert, die elk een categorie van landen in Europa groeperen: de Angelsaksische landen zijn geïntegreerd in het liberale regime, de Scandinavische landen in het sociaaldemocratische regime en de landen van continentaal Europa in het conservatief-corporatistische regime. Wij lichten voor elke denkwijze de sociale bescherming, de belangrijkste doelstelling, het criterium/de criteria voor de toewijzing van sociale rechten, de rol van de staat in de verstrekking van sociale goederen en de graad van ontmarkting toe.

Het **“liberale” concept** heeft als doel om armoede te bestrijden door alleen een dekking voor de armen in te voeren door middel van gerichte transfers. De rechten op sociale bescherming zijn gebaseerd op de behoefte en bepalend voor een gericht sociaal beleid. Deze tussenkomsten bestaan voornamelijk uit gedifferentieerde uitkeringen (in aanvulling op het inkomen van een persoon vanaf een bepaald plafond) die gefinancierd worden door de belastingen en beheerd worden door de staat. Ze mogen de begunstigden niet ontmoedigen om te werken en moeten dus een snelle terugkeer op de markt bevorderen. Dit concept bevoorrecht de markt in plaats van de staat in de mechanismen voor de toewijzing van middelen. In die zin moet de staat vooral residueel zijn en slechts tussenbeide komen als laatste redmiddel, na de facultatieve en privémechanismen van de sociale bescherming, met inbegrip van de steun van familie. Dit concept impliceert dus een grote afhankelijkheid van de burgers ten opzichte van de markt om zowel hun inkomen als hun sociale bescherming te garanderen.

Het **“conservatieve-corporatistische” concept** beoogt het inkomen van de werknemers te handhaven in geval van een onderbreking van het werk en dus het beroeps- en categoriale statuut te behouden door middel van sociale verzekeringen. De universaliteit van de sociale dekking is afhankelijk van het vermogen van de maatschappij om al dan niet volledige werkgelegenheid te waarborgen. De sociale rechten berusten er op het statuut van werknemer en zijn bepalend voor een categoriaal sociaal beleid. Ze geven toegang tot evenredige uitkeringen (aan het inkomen dat zij vervangen) die gefinancierd worden door sociale bijdragen en beheerd worden door de sociale partners, hoewel de staat een controlerende en regulerende functie behoudt. Dit concept handhaaft een onrechtstreekse

¹⁸ R. Titmuss onderscheidt drie modellen van welvaartsstaten: het residuele model, het industrieel-meritocratische model en het redistributieve institutionele model.

afhankelijkheid van de markt voor zover het niveau van de verstrekte sociale uitkeringen gerelateerd is aan de arbeidssituatie en aan de gezinssituatie, omdat de niet-actieven afhankelijk zijn van het “gezinssalaris”, dat wil zeggen de sociale rechten die verbonden zijn aan het salaris van de werknemer en zijn rechthebbenden.

Het “**sociaaldemocratische**” concept heeft als doel om de gelijkheid van de burgers en de universaliteit van hun dekking te waarborgen door middel van universele sociale transfers. De sociale rechten zijn er gebaseerd op burgerschap en bepalend voor een universeel sociaal beleid. Deze tussenkomsten bestaan uit forfaitaire uitkeringen (onafhankelijk van het salarisniveau) en kosteloze sociale diensten, die gefinancierd worden door de belastingen en voornamelijk beheerd worden door de lokale overheden. De staat vervult zowel de functie van werkgever door een actief beleid voor aanwervingen bij de overheid te voeren (met name voor vrouwen) als die van leverancier van kosteloze sociale diensten en organisator van de herverdeling. Bij dit concept is er dus een hoge graad van ontmarkting, dat wil zeggen dat het een onafhankelijkheid van de individuen ten opzichte van de markt garandeert.

Afgezien van vertalingsproblemen, semantische discussies, nationale gevoeligheden en institutionele en politieke tradities bestaan er openbare diensten in alle Europese landen. Ze hebben echter niet noodzakelijkerwijs dezelfde betekenis of dezelfde werkingssfeer. Eén enkele definitie van de openbare diensten is dus niet denkbaar. Door een gemeenschappelijke basis en de nationale verschillen (qua inhoud en vorm) te bepalen, kan men echter zijn eigen nationale ervaring in een bredere context plaatsen en een beter inzicht krijgen in de ruimtelijke en tijdelijke veranderlijkheid van de werkingssfeer van de openbare diensten. De volgende twee delen laten toe de uiteenlopende aard van de betrokken activiteit (deel 3) en de organisatievorm die ze aanneemt (deel 4), nader te bepalen.

3. De aard van de betrokken activiteiten

De inhoud van de openbare diensten is niet eens en voor altijd vastgelegd. Hij verschilt naargelang de plaats en het moment, want hij wordt bepaald door het begrip van collectieve behoefte en die collectieve behoefte verandert. De technische vooruitgang leidt tot nieuwe technologieën en bijgevolg tot nieuwe collectieve behoeften. Zo worden telefooncellen steeds minder gebruikt als gevolg van de ontwikkeling van de mobiele telefoons, maar is er sprake van om internettoegang toe te voegen aan de openbare diensten (hoewel dit wordt betwist), terwijl het internet dertig jaar geleden nog niet bestond. De zorg voor milieubescherming neemt ook een steeds belangrijkere plaats in bij de definitie en de uitoefening van de openbare diensten. Tot slot zijn de plaats en de

groeïende rol van de gebruikers in de ontwikkeling van de openbare diensten van doorslaggevend belang. De convergentie van de behoeften van de burgers en van de economie geeft bepaalde activiteiten hun karakter van “openbare dienst”.

In alle Europese landen worden activiteiten uitgeoefend die geheel of gedeeltelijk ontsnappen aan de markt- of winstlogica, omwille van hun waarden en doelstellingen en de belangen die zij in het spel brengen. Het geheel van de activiteiten die openbare diensten worden genoemd, is dus heterogeen. Verschillende typologieën hebben getracht om rekening te houden met die diversiteit van de inhoud van de openbare diensten. Twee daarvan staan centraal in het debat over de aard van de inhoud van de openbare diensten, de eerste is van juridische aard (en naar Franse traditie), de tweede is van economische aard¹⁹.

De eerste typologie is gebaseerd op de financieringswijze. Het Franse recht maakt immers een onderscheid tussen de openbare diensten van administratieve aard, die gefinancierd worden door de belastingen, en de openbare diensten van industriële en commerciële aard, die gefinancierd worden door de gebruiker, omdat er een prijs voor wordt vastgesteld. Deze typologie gaat gepaard met een perceptie (van de gebruikers en overgenomen door het Franse recht) van intensiteit van de openbare diensten, die meer uitgesproken is bij openbare diensten van administratieve aard.

De tweede typologie onderscheidt vier activiteitscategorieën volgens de toenemende geschiktheid om beheerd te worden door privébedrijven: opdrachten van de administratie (openbaar bestuur, openbare orde, defensie, ...), natuurlijke monopolies (grote netwerken, grote vervoersinfrastructuren, ...), opdrachten met een belangrijk openbaar belang (sociale diensten, vrijetijdsbesteding, ...), sectoren die blootstaan aan concurrentie (industriële en commerciële openbare diensten, huisvesting, stadsdiensten, ...).

Wij stellen hieronder een niet-exhaustieve categorisering voor van de activiteiten die als openbare diensten beschouwd kunnen worden, in de wetenschap dat elke categorie zelf het voorwerp is van ideologische discussies over de definitie van de inhoud ervan. Deze categorisering is dus bedoeld als een overzicht van de belangen die spelen bij de definitie van de openbare diensten en zeker niet als een inventaris.

Het eerste criterium dat vaak wordt aangehaald om te bepalen of een activiteit onder de openbare diensten valt, is de al dan niet marktgebonden aard van de activiteit. Zo ontsnappen niet-marktgebonden diensten aan de marktlogica, omdat het onmogelijk is om er een kosten-batenberekening op toe te passen. Zij kunnen niet aanleiding geven tot een geïndividualiseerde facturering voor de gebruikers. Ze kunnen dus enkel collectief ten laste worden genomen; voor de financiering ervan is noodzakelijkerwijs een verplichte heffing (belastingen of sociale bijdragen) vereist. Marktgebonden diensten, daarentegen, zijn diensten

¹⁹ J.-F. Auby, *Les services publics en Europe*, op. cit.

die middels een geïndividualiseerde facturering aan de gebruiker verleend kunnen worden²⁰.

De bepaling van de al dan niet marktgebonden status van de activiteit vloeit voort uit een verplichting of een politieke keuze²¹. Sommige activiteiten, typisch die welke de economen collectieve goederen noemen (en die zij meestal beperken tot niet-marktgebonden diensten), kunnen niet aanleiding geven tot een geïndividualiseerde prestatie, hun niet-marktgebonden karakter is dus verplicht. Dit zijn de goederen die alleen geproduceerd en geconsumeerd kunnen worden volgens niet-marktgebonden procedures. Collectieve goederen of “commons” worden dus gekenmerkt door ondeelbaarheid (of niet-uitsluitbaarheid) en uitbreidbaarheid (of niet-rivaliteit)²², bijvoorbeeld water en lucht, en de verontreiniging die ze aantast. Dit zijn echter geen absolute beginselen: naargelang de beschouwde goederen en/of diensten kan er uitsluiting of rivaliteit zijn. Er kan zich ook een “verstekelingsfenomeen” voordoen: bepaalde personen of groepen van personen kunnen ten onrechte profiteren van collectieve goederen of worden uitgesloten van het betalingssysteem. Het debat richt zich dan op de werkingssfeer van de solidariteit: hoe ver reikt de solidariteit en wie betaalt voor de dienst²³? Enerzijds kan men noch de productie noch de consumptie fractioneren. Men kan meer bepaald de consumenten van collectieve goederen niet identificeren, en hen dus ook niet laten betalen. Zo kan niemand van de consumptie van een collectief goed worden uitgesloten en kan niemand beweren het zich toe te eigenen. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de landsverdediging die alle burgers ten goede komt en niet kan worden voorbehouden voor enkelen. Anderzijds vermindert de consumptie van de enen niet de consumptie van de anderen. De overheid kan echter ook beslissen om de kosten van bepaalde diensten al dan niet ten laste te nemen om redenen van maatschappelijk nut of beperkingen die eigen zijn aan de werking van een bepaalde activiteit (zoals strategische belangen of economische ontwikkelingsbeperkingen).

Gemengde situaties komen vaak voor: aan sommige diensten die normaal gesproken marktgebonden zijn, kunnen organisatie- en werkingsvoorwaarden worden opgelegd afkomstig van het niet-marktgebonden systeem vanwege hun collectieve functies (zie hieronder: organisatievormen). De grens tussen marktgebonden en niet-marktgebonden activiteiten is vaag en verschilt ook in tijd en ruimte. Sectoren zoals radio & televisie, onderwijs, cultuur, gezondheidszorg ondergaan momenteel een trend van “vermarkting”. Dat is het geval voor de televisie: door van de uitzending via hertzgolven over te schakelen op de uitzending via kabel of satelliet, is het nu mogelijk om de kijker te

²⁰ Ibid. et Parlement européen, *L’impact de la privatisation et de la dérégulation*, op. cit.

²¹ J.-F. Auby, op. cit.

²² Parlement européen, op. cit.

²³ Dit nieuwe en uitgebreide economisch onderzoeksveld valt ver buiten het bestek van deze studie, wij verwijzen hiervoor naar het werk van E. Ostrom.

lokaliseren en om de kwaliteit en de kwantiteit van de uitzendingen die hij bekijkt, te identificeren. Men kan dan een prestatie factureren en eventuele niet-betaling bestraffen. Het collectief goed (traditionele tv) is een marktgebonden goed geworden: de forfaitaire vergoeding maakt plaats voor een abonnement met verschillende formules of een facturering per eenheid of op verzoek. Andere producten of prestaties zijn onderhevig aan identificatie en toe-eigening, zodat ze beheerd kunnen worden door een marktprocedure. Gezondheidszorg, onderwijs en cultuur zijn goede voorbeelden daarvan. Deze prestaties aan de markt onttrekken, is dus eerder een politieke keuze dan een economische noodzaak.

Men vindt in de EU-landen negen categorieën van collectieve functies die de “status” hebben en de gemeenschappelijke basis vormen van de “openbare dienst” zonder daarom in dezelfde mate terug te komen in de nationale tradities:

- De soevereine functies die traditioneel door de staten worden verzekerd. Dit zijn defensie, justitie, politie (openbare orde in de ruime zin) en extern optreden, of de activiteiten die traditioneel onder het monopolie van de staat vallen. Zelfs de meest liberalen zijn niet van plan om deze taken aan toe te vertrouwen aan de mechanismen van de markt, hoewel sommige onderdelen van deze opdrachten uitgevoerd kunnen worden door privéondernemingen, met name op het gebied van de veiligheid en het beheer van de gevangenen.
- Het onderwijs is van oudsher een geschilpunt tussen de politieke en religieuze macht. De discussies hebben vooral betrekking op het naast elkaar bestaan van openbaar en privéonderwijs (of gesubsidieerd onderwijs) en de opleidingscategorieën waarin het openbaar onderwijs moet voorzien (basis- en/of voortgezette opleiding, lager, middelbaar of hoger onderwijs; sociale promotie, ...).
- De maatschappelijke dienstverlening die, naargelang de landen en tijden, een zeer variabele omvang kan aannemen, temeer daar ze wordt gecombineerd met privéverantwoordelijkheden (liefdadigheidsactie, sociale pooling) en de actie van de religieuze machten die nog steeds een belangrijke rol spelen vanwege het gewicht en de kerkelijke tradities. De maatschappelijke dienstverlening kan bestaan uit:
 - bijstand aan de armen (de traditionele maatschappelijke bijstand);
 - een specifieke tussenkomst voor bepaalde categorieën van de bevolking met specifieke beperkingen (ouderen, kinderen, gezinnen, gehandicapten);
 - de invoering van een socialezekerheidsstelsel dat verschillende risico's dekt (ziekte, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheid);
 - de invoering van een gewaarborgd inkomen met een min of meer brede grondslag.

- De gezondheidszorg is bijna altijd een openbare dienst, maar meestal slechts gedeeltelijk. Het bestaan van risico's in verband met epidemieën, die regelmatig worden herontdekt, versterkt de behoefte aan sanitaire veiligheid en rechtvaardigt een verhoogde overheidstussenkomst.
- De stedelijke diensten zijn die welke de overheid aan de inwoners moet leveren vanwege de technische onmogelijkheid van individuele voorziening en de beperkingen van het collectieve leven. Dit zijn buurtdiensten die stedelijk worden genoemd, omdat ze eerst in stedelijke gebieden werden ontwikkeld, maar die niet voorbehouden zijn voor de inwoners van stedelijke gebieden. Het gaat om watervoorziening, riolering, afvalinzameling en -verwerking, openbare reiniging, het wegennet, begrafenisdiensten, begraafplaatsen, ... Het domein van de stedelijke diensten is uiteraard geneigd zich uit te breiden vanwege de beperkingen die voortvloeien uit het beheer ervan en de effecten ervan op de collectieve ruimte.
- De communicatienetwerken (met inbegrip van het vervoer, de communicatie van gegevens en de postdienst) is een sector die belangrijk is voor de economische ontwikkeling van de staten, maar die niet volledig onderworpen is aan het statuut van openbare dienst en de neiging heeft om eraan te ontsnappen vanwege de context van de mondialisering en de technologische ontwikkeling.
- In tegenstelling tot andere sectoren heeft de energiesector zich individueel ontwikkeld alvorens een openbare dienst te worden. De industriële revolutie en de komst van het economisch beleid van de staten hebben ertoe geleid dat sommige delen van de energieactiviteit die als strategisch werden beschouwd – in de economische en monetaire betekenis – geleidelijk werden onderworpen aan een collectief of gereguleerd statuut, of zelfs gereguleerd door de staat, met name met het oog op de bevoorradingszekerheid.
- Hoewel huisvesting een basisbehoefte van het individu is, is het een marktactiviteit in liberale economieën. Een openbaar huisvestingsbeleid – in de vorm van regelgeving en uitkeringen – kan verschillende doeleinden hebben, sociale of stedenbouwkundige. In Oostenrijk, België en Nederland heeft de sociale openbare huisvesting een belangrijke openbare functie.
- Sport en Cultuur, in hun relatie tot de persoonlijke ontwikkeling van de burgers en hun impact op de sociale samenhang, worden eerder als marktgebonden activiteiten beschouwd (ze kunnen aanleiding geven tot een geïndividualiseerde tarifiering) maar worden zelden in evenwicht gehouden door exploitatie-inkomsten, waardoor vaak een collectieve inspanning noodzakelijk is.

4. De werking van de activiteiten

In België werd de organisatie van de openbare diensten lang gekenmerkt door het onderscheid tussen een organieke openbare dienst en een functionele of materiële openbare dienst, dat in België werd geïntroduceerd door André Buttgenbach: “De openbare instelling is elke instelling die door de overheid wordt opgericht, onder haar hoge leiding wordt geplaatst, waarvoor zij soeverein de statuten vastlegt en wijzigt, en beschikt over de afschaffing ervan. De openbare instelling komt, in die zin, overeen met wat wij de “organieke openbare dienst” hebben genoemd. Ze verschilt van het privébeheer van openbare diensten – of van de “materiële openbare dienst” – voor zover in het eerste geval niet alleen de activiteit die door de instelling wordt uitgeoefend, maar de instelling zelf een openbaar karakter heeft, terwijl in het tweede geval alleen de uitgeoefende activiteit een openbaar karakter heeft en als zodanig soeverein gereguleerd wordt door de overheid, terwijl de instelling die deze activiteit uitoefent, een privaat karakter behoudt, een particuliere instelling blijft”²⁴.

Deze benadering werd onmiddellijk bekritiseerd door Paul Orianne, professor publiekrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Université catholique de Louvain-la-Neuve, om twee verschillende redenen. Hij betwist ten eerste het gebruik van de term “instelling” in plaats van de term “onderneming”. De definitie van de openbare dienst wordt hierdoor immers te ruim, omdat ze dan ook administratieve activiteiten zou omvatten. Volgens hem “moet de openbare dienst [...] in tegenstelling tot andere verwijzen naar een bepaald aspect van de administratieve activiteit, met name het ondernemingsaspect”²⁵. P. Orianne betwist vooral het onderscheid tussen de organieke en functionele openbare dienst, dat hij als een “factor van verdeeldheid en tegenstrijdigheid” beschouwt. Hij is van mening dat het belang van de theorie van de openbare dienst erin bestaat om “alle overheidsondernemingen [...] eenzelfde analyse te bieden en dezelfde wetten erop toe te passen, zonder rekening te houden met de ondersteunende structuren. Hij besluit met te stellen dat “het basiscriterium voor het bestaan van een echte openbare dienst moet worden gezocht in de afhankelijkheid ervan ten aanzien van de bestuurders, vanaf het begin tot het einde, waarbij alleen deze afhankelijkheid de gebruikers de garanties kan geven die ze mogen verwachten van diensten die voor hen worden georganiseerd”²⁶. Door zo in te gaan tegen A. Buttgenbach, bevordert P. Orianne vooral een functioneel concept van de openbare dienst, dat meer de nadruk legt op de

²⁴ André Buttgenbach, « Réflexions sur le statut des organismes parastataux et des entreprises publiques en Belgique », *Seconds mélanges d'économie politique et sociale offerts à Edgard Milhaud*, Liège, CIRIEC, 1960, blz. 185-186.

²⁵ Paul Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Larcier, Bruxelles, 1961, blz. 76.

²⁶ Ibid., blz. 77-78.

activiteit van de openbare dienst dan op het beheer ervan. Het is die betekenis die tot vandaag zal gedijen, met name via het Europese recht.

Maurice André Flamme, professor bestuursrecht aan de Université libre de Bruxelles, is de laatste die het concept van openbare dienst op een systematische wijze heeft bestudeerd. Hij vult de definitie van de organieke openbare dienst aan met een lijst van criteria, afkomstig uit de administratieve rechtsspraak, om ze te herkennen:

- “een openbaar initiatief vanaf de oorsprong;
- controle van de bestuurders op de organisatie en de werking ervan;
- opdracht van algemeen belang;
- publiekrechtelijke prerogatieven, zoals onteigening- en belastingbevoegdheid, of zelfs een monopoliepositie”²⁷.

Zijn concept van de functionele openbare dienst is bijgevolg ondergeschikt aan dat van de organieke openbare dienst. Hij omschrijft het als “de activiteit waarvan regelmatige vervulling in de ogen van de wetgever noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het algemeen welzijn, ongeacht de instelling of organisatie die deze activiteit op zich neemt”. Hij voegt eraan toe dat het noodzakelijk is dat de particuliere instelling “prerogatieven van openbare macht toegekend krijgt en dat de organisatie en de werking ervan onder de strikte controle van de bestuurders moeten staan, maar zijn opdracht van algemeen belang moet ook door deze laatsten aan haar toevertrouwd zijn”. Het werk van de heer A. Flamme revaloriseert eigenlijk de organieke openbare dienst en het criterium van openbare macht.

Sinds de jaren 1990 zijn er echter nieuwe benaderingen van het concept van openbare dienst naar voren gekomen, parallel aan de transformerende impact van het Europese integratieproces. Deze benaderingen beogen, binnen een instelling, een onderscheid te maken tussen de activiteiten of opdrachten van openbare dienst die ze uitoefent en haar andere activiteiten. Het doel hiervan is met name om alleen de eerstgenoemde te onderwerpen aan een bestuursrechtelijk rechtsregime en bijgevolg de andere activiteiten te laten regelen door het gemene recht. Deze benadering werd bekrachtigd door de goedkeuring van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven²⁸. Deze laatste stelt rechtspersonen van publiek recht in de vorm van “autonome overheidsbedrijven”²⁹, en onderscheidt hun opdrachten van openbare dienst, die in beginsel opgenomen zijn in een beheerscontract, van hun andere activiteiten die niet deze hoedanigheid zouden hebben.

²⁷ Maurice-André Flamme, *Droit administratif*, t. II, Bruylant, Bruxelles, 1989, blz. 1125.

²⁸ Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven die op 27 maart 1991 in het Belgisch Staatsblad is gepubliceerd.

²⁹ Didier Nuchelmans & Giuseppe Pagano, *Les entreprises publiques autonomes*, Courrier Hebdomadaire du CRISP, n° 1321-1322, 1991.

Dit is een reducerende visie op de vele vormen die de openbare diensten aannemen in België en, meer in het algemeen, in de lidstaten van de Europese Unie.

Het voorzien in collectieve behoeften impliceert een deelname, op een bepaald niveau, van het openbaar gezag. Deze laatste kan fungeren als normatieve macht (om de spelregels te definiëren), als organiserend gezag (verantwoordelijk voor en/of controleur van de dienst), als eigenaar van de middelen die noodzakelijk zijn voor het verlenen van de openbare dienst (rol van de overheidsfinanciering), als operator (exploitant of leverancier van de dienst) of als regulator van een concurrentiesysteem (in de controle). Het openbaar gezag komt echter overeen met verschillende territoriale situaties.

Alvorens over te gaan tot de analyse van de Belgische wetgeving inzake openbaar belang en overheidsbedrijven, is het belangrijk te benadrukken dat het onderscheid of de classificatie van de typologie van openbare dienst niet vanzelfsprekend is, vooral niet in juridisch opzicht. De statuten van een (zelfs openbare) instelling vermelden vaak alleen de basisregels van de organisatie en de werking ervan. Zij verduidelijken maar zeer zelden de daadwerkelijke juridische aard van de instelling, het rechtsregime, de aansprakelijkheidsregeling die van toepassing is op het personeel, de bevoegde rechtbank in geval van geschillen (burgerlijke, handels- of administratieve rechtbank), de regeling voor de goederen die toegewezen zijn aan de instelling, enz.

Bovendien is de terminologie noch stabiel noch eenduidig. Termen zoals agentschap, bestuur, instituut, kas, fonds, onafhankelijke instelling, gewestelijke maatschappij hebben geen precieze juridische inhoud en worden overigens door elkaar gebruikt om naar particuliere of openbare instellingen te verwijzen, ongeacht of deze laatste belast zijn met een opdracht van openbare dienst of niet, gepersonaliseerd zijn of niet.

Zodra de overheid van een gemeenschap heeft besloten om een collectieve functie te beheren, worden meteen een aantal vragen opgeworpen. Hoe moet dit beheer worden verzekerd? Wie mag de dienst leveren? Met welke rechten? Met welke beperkingen? De antwoorden op deze vragen die zich aandienen in alle Europese landen, leiden tot verschillende organisatiemechanismen.

4.1 *Rechtsgrondslag*

In een markteconomie valt het collectieve beheer van diensten – dus van openbare diensten – onder de uitzondering op de marktwetten en moet dus worden voorzien in het binnenlandse rechtstelsel. De grondslagen van de collectieve organisatie van openbare diensten moeten worden verduidelijkt: volgens welke rechtsgronden mogen overheden (en welke) een aantal openbare activiteiten uitoefenen?

a) *Grondwettelijke grondslagen*³⁰

De vermelding van “openbare diensten” in de grondwetten van de lidstaten is een belangrijk gegeven. Als de grondwet van een land voorziet in het beheer door de lidstaat (of een andere overheidsinstantie) van een dienst, is die staat immers verplicht of, al naargelang het geval, bevoegd om de dienst te verrichten teneinde zijn verplichtingen tegenover de burgers na te komen. In dat geval kan de Europese integratie leiden tot een juridisch conflict tussen een Europese richtlijn die de liberalisering van een activiteitssector oplegt en de binnenlandse grondwettelijke orde, die voorziet in het collectieve beheer ervan door de lidstaat.

In dit verband kunnen er twee soorten grondwetten worden onderscheiden, al naargelang ze vóór of na de Tweede Wereldoorlog opgesteld zijn.

De grondwetten van vóór de Tweede Wereldoorlog zijn voornamelijk gericht op de werking van de politieke instellingen en de inachtneming van de vrijheden. Ze behandelen, behoudens uitzonderingen, de openbare diensten niet, zodat ze er ook geen bijzondere beperkingen aan opleggen. Dit is het geval voor Oostenrijk, Finland, Ierland, maar ook voor België, waarvan de grondwet van 1831 geen enkele verwijzing naar de openbare diensten bevat, behalve de vermelding van het bestaan van “scholen ingericht door openbare besturen” (artikel 24) naast “door de overheid opgerichte, gesubsidieerde of erkende instellingen” (artikel 129).

De grondwetten van na de Tweede Wereldoorlog, daarentegen, werden gekenmerkt door een economisch en sociaal interventionisme en de erkenning van vorderingsrechten van de burger, dat wil zeggen activiteiten waarvan de burgers het recht hebben de levering te eisen bij de overheidsinstanties. Sommige grondwetten bepalen zo dat educatieve, sociale of gezondheidszorgactiviteiten moeten worden verstrekt door de lidstaten. Een goed voorbeeld van deze vorderingsrechten is de preambule van de Franse grondwet van 27 oktober 1946 waarvan de grondwettelijke waarde werd bevestigd door de grondwet van 4 oktober 1958. De Spaanse grondwet (recenter, van 1978) biedt een ander goed voorbeeld van deze vorderingsrechten (recht op onderwijs, sociale zekerheid, gezondheidszorg, huisvesting, enz.). Om deze activiteiten te liberaliseren, moet dus de grondwet veranderd worden. In Italië bepaalt het artikel 43 van de Grondwet de sectoren die vanwege hun aard voorbehouden zijn voor de openbare dienst, omdat zij voorzien in de basisbehoeften van de gemeenschap. Hun reikwijdte kan worden uitgebreid door de wetgever op basis van de eisen van de bevolking: spoorvervoer, telecommunicatie, zee- en luchtvervoer, teledistributie, post, elektriciteitsvoorziening³¹.

³⁰ J.-F. Auby, *Les services publics en Europe*, op. cit.

³¹ Claude Desama, « Réflexion sur l’avenir des services publics en Europe », Partij van Europese sociaal-democraten, Bruxelles, 1996, blz. 15-16.

Nog andere grondwetten leveren een probleem van een andere aard op, omdat zij de bevoegdheid voor het beheer van openbare diensten niet toewijzen aan de staat zelf maar aan een gedecentraliseerde instantie. Voor de wijziging of eventuele afschaffing van een aldus erkende openbare dienst is dan de instemming van de gedecentraliseerde instanties vereist, terwijl het Europese besluitvormingsproces op de lidstaten berust (het impliceert hun vermogen om zich als binnenlandse autoriteiten te doen gelden). Dit is de situatie die overheerst in gedecentraliseerde of federale staten zoals Spanje, Duitsland en België. Zo wijst de Duitse grondwet van 23 mei 1949 bevoegdheden toe aan de deelstaten, bevoegdheden die deze laatste vrij uitoefenen zolang de federale regering niet beslist om in te grijpen op dit gebied, maar ook aan de gemeenten die een autonoom beheersrecht hebben op cultureel, sociaal en economisch gebied³².

Binnen de Europese Unie heeft alleen het Verenigd Koninkrijk niet formeel een grondwet aangenomen.

b) Wetgevende grondslagen

Hoewel de grondwettelijke bescherming die wordt verstrekt aan de lidstaten die vorderingsrechten in hun grondwet hebben opgenomen niet onfeilbaar is, zijn het in de meeste Europese landen wetten die de regeling vaststellen volgens welke de openbare diensten worden verleend en georganiseerd. De wetgevende grondslag van de organisatie van collectieve diensten vergemakkelijkt het Europese juridische integratiewerk.

Een organieke openbare dienst wordt normaliter opgericht door de overheid door of op grond van de wet (besluit, verordening) en niet door privépersonen. Maar dit is niet langer een echt criterium voor een openbare dienst, aangezien veel overheidsbedrijven die geen opdracht van openbare dienst hebben de vrucht zijn van een eenzijdige oprichting, of in vereniging, door de overheid³³.

c) Handelingsvrijheid van de overheden

De organisatie van de openbare diensten berust echter niet altijd op een wetgevende grondslag, soms wordt aan de lokale overheden de vrijheid overgelaten om diensten te verlenen aan de bevolking. Deze vrijheid, die door de meeste nationale rechtsordes wordt erkend, houdt in dat de lokale overheden in bepaalde omstandigheden collectief de leiding kunnen nemen over bepaalde diensten, zonder dat daarin uitdrukkelijk wordt voorzien in het nationale recht (ongeacht of het om de grondwet of een wet gaat). Zo werd in Frankrijk de openbare drinkwatervoorziening ontwikkeld als een gemeentelijke openbare dienst zonder dat enige wettekst daar aanvankelijk in had voorzien. In Duitsland en Oostenrijk geldt er een gemeentelijke autonomie voor alle diensten die

³² Ibid., blz. 17. Dit is zowel het geval in Duitsland als in Oostenrijk.

³³ Ann Lawrence Durviaux, *Droit administratif, Tome 1 - L'action publique*, Larcier, Bruxelles, 2010, blz. 143-156.

verband houden met het bestaan van de mens. De handelingsvrijheid van de overheden wordt er vrijwel uitsluitend op gemeentelijk niveau uitgeoefend, de andere bestuursniveaus – de deelstaten en de federale overheid – komen slechts aanvullend tussenbeide.

4.2 *Verantwoordelijkheid voor de organisatie*

De verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de staat en de lokale overheden bij de organisatie van de openbare diensten hangt af van verschillende factoren. In de Europese literatuur verwijst de term “staat” naar elk onderdeel van de nationale overheid van een lidstaat van de Unie, ongeacht de institutionele organisatie van het land. De verantwoordelijkheid voor de collectieve diensten kan in een land echter rusten op de centrale overheid of op lokale overheden. Het systeem kan nog complexer worden wanneer de verantwoordelijkheid voor een collectieve dienst binnen een staat verdeeld is tussen verschillende bevoegdheidsniveaus. De combinatie van deze criteria leidt tot een zeer groot aantal mogelijke configuraties.

De institutionele vorm van de staat, of deze nu unitair en gecentraliseerd (zoals in Frankrijk), gedecentraliseerd (Spanje), of federaal (bv. Duitsland, Oostenrijk, België) is, speelt een belangrijke rol. Landen met een unitaire organisatie en traditie bevoorrechten de levering van openbare diensten door de staat. Landen met een gedecentraliseerde of federale traditie bevoorrechten lokale verantwoordelijkheid. De situatie is echter niet zo duidelijk afgegrensd. De meeste Europese landen hebben sinds de jaren zeventig decentralisatiebewegingen gekend: de Spaanse autonome gemeenschappen, de Franse territoriale collectiviteiten, de Italiaanse regio's met een gewoon statuut en met een speciaal statuut... België is geleidelijk aan een federale staat geworden (erkend in de Grondwet in 1993). Deze decentralisatiebewegingen hebben de verantwoordelijkheid voor de organisatie en het beheer van openbare diensten overgedragen aan andere institutionele niveaus. Het Verenigd Koninkrijk vormt nog een uitzondering hierop. Bij de liberalisering van het beheer van de openbare diensten heeft het de omgekeerde beweging doorgevoerd door de verantwoordelijkheden die door de lokale overheden werden uitgeoefend, te beperken of ze hen zelfs te ontnemen. Decentralisatietrends ten voordele van Schotland en Wales kunnen gedeeltelijk verandering brengen in deze realiteit voor de begunstigde grondgebieden.

Het institutionele aspect is echter niet de enige bepalende factor voor het verantwoordelijkheidsniveau. Sommige diensten lenen zich beter voor lokale verantwoordelijkheid, terwijl andere een centraler verantwoordelijkheidsniveau vereisen. Stedelijke diensten (wegennet, afval, riolering, lokaal vervoer) en nutsbedrijven (water, gas, elektriciteit) kunnen beter worden ontwikkeld in een systeem van lokale verantwoordelijkheid. De grote vervoersnetwerken, sociale zekerheid, energieproductie en -transport (grote pijpleidingen voor gas, hoogspanningslijnen voor elektriciteit), daarentegen, kunnen beter worden

opgezet in een systeem van nationale bevoegdheid. De soevereine functies worden dan weer georganiseerd in het kader van een centrale verantwoordelijkheid van de staat.

Bij de verantwoordelijkheid voor de organisatie komt nog de diversiteit van de verantwoordelijkheid voor de controle van de activiteit van de openbare diensten.

Zodra de instelling voor in een collectieve behoefte te voorzien die noodzakelijk wordt geacht voor het leven in de samenleving opgericht is, kunnen de bestuurders zich niet distantiëren van het beheer ervan en de leiding overlaten aan particulieren. Het is de “macht van het laatste woord”, dat wil zeggen de beheersing van de dienst inzake het bepalen van de regels voor de organisatie, de werking (het doel, de aanwijzing van de beheersorganen, de rechtsbevoegdheid, het financiële regime) en de afschaffing ervan (bepaling van de wijze van ontbinding en de verdeling van de goederen van de ontbonden instelling), die uiteindelijk de “hoge leiding” kenmerkt.

In het verleden waren de opdrachten van openbare dienst niet uitdrukkelijk gedefinieerd, noch in het kader van een wet, statuten, reglementen, specificaties of een contract. Het ging eerder om een praktijk. Vandaag wordt in het domein van de openbare dienst niet alleen gevraagd om een duidelijke identificatie van de toezichthoudende instantie, maar ook om meer duidelijkheid over de inhoud van de openbardienstverplichtingen. Bovendien wordt de reikwijdte van de activiteiten die onder deze verplichtingen vallen steeds op nauwkeurigere en restrictievere wijze gedefinieerd. Om een opdracht van algemeen belang gemakkelijker en beter uit te voeren kunnen door de overheid aan de dienstverlenende instantie specifieke openbardienstverplichtingen worden opgelegd, bijvoorbeeld op het gebied van postdiensten, het vervoer over land, het lucht- of spoorwegvervoer of de energie.

Deze uitwerkingswijzen zijn steeds meer afhankelijk van de Europese wetgeving die zich exponentieel heeft ontwikkeld en wordt voorgesteld in het volgende hoofdstuk.

This yearly series of working papers (WP) aims to publish works resulting from the scientific network of CIRIEC. The WPs are subject to a review process and are published under the responsibility of the President of the International Scientific Council, the president of the scientific Commissions or the working groups coordinators and of the editor of CIRIEC's international scientific journal, the *Annals of Public and Cooperative Economics*.

These contributions may be published afterwards in a scientific journal or book.

The contents of the working papers do not involve CIRIEC's responsibility but solely the author(s) one.

The submissions are to be sent to CIRIEC (ciriec@ulg.ac.be).

Cette collection annuelle de Working Papers (WP) est destinée à accueillir des travaux issus du réseau scientifique du CIRIEC. Les WP font l'objet d'une procédure d'évaluation et sont publiés sous la responsabilité du président du Conseil scientifique international, des présidents des Commissions scientifiques ou des coordinateurs des groupes de travail et du rédacteur de la revue scientifique internationale du CIRIEC, les *Annales de l'économie publique, sociale et coopérative*.

Ces contributions peuvent faire l'objet d'une publication scientifique ultérieure.

Le contenu des WP n'engage en rien la responsabilité du CIRIEC mais uniquement celle du ou des auteurs.

Les soumissions sont à envoyer au CIRIEC (ciriec@ulg.ac.be)

This working paper is indexed and available in SSRN and RePEc

Ce working paper est indexé et disponible dans SSRN et RePEc

ISSN 2070-8289

Publications

- 2016/01 Le financement de l'Économie Sociale au Québec
Claude DORION
- 2016/02 De la durabilité à la responsabilité envers les générations futures
Belkacem OUCHENE & Aurore MORONCINI
- 2016/03 Heterogeneity and self-selection into nonprofit management
Stijn VAN PUYVELDE & Marc JEGERS
- 2016/04 La Economía Social en la literatura económica y en los hechos: 30 años de historia del CIRIEC-España
José Luis MONZÓN CAMPOS
- 2016/05 Major Public Enterprises in Austria
Dorothea GREILING, Thomas KOSTAL & Gabriel OBERMANN
- 2016/06 Comment définir le service public à travers ses différentes facettes, missions et principes ?
Lia CAPONETTI & Barbara SAK
- 2016/07 Hoe kan men de openbare diensten door hun verschillende facetten, missies en principes definiëren?
Lia CAPONETTI & Barbara SAK
- 2016/08 Modes d'élaboration politico-institutionnelle du service public
Vaia DEMERTZIS
- 2016/09 Politiek-institutionele uitwerkingsswijzen van de openbare diensten
Vaia DEMERTZIS



© CIRIEC
No part of this publication may be reproduced.
Toute reproduction même partielle
de cette publication est strictement interdite.

CIRIEC (International Centre of Research and Information on the Public, Social and Cooperative Economy) is a non-governmental international scientific organization.

Its objectives are to undertake and promote the collection of information, scientific research, and the publication of works on economic sectors and activities oriented towards the service of the general and collective interest: action by the State and the local and regional public authorities in economic fields (economic policy, regulation); public utilities; public and mixed enterprises at the national, regional and municipal levels; the so-called "social economy" (not-for-profit economy, cooperatives, mutuals, and non-profit organizations; etc.).

In these fields CIRIEC seeks to offer information and opportunities for mutual enrichment to practitioners and academics and for promoting international action. It develops activities of interest for both managers and researchers.

Le CIRIEC (Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Publique, Sociale et Coopérative) est une organisation scientifique internationale non gouvernementale.

Ses objectifs sont d'assurer et de promouvoir la collecte d'informations, la recherche scientifique et la publication de travaux concernant les secteurs économiques et les activités orientés vers le service de l'intérêt général et collectif : l'action de l'Etat et des pouvoirs publics régionaux et locaux dans les domaines économiques (politique économique, régulation) ; les services publics ; les entreprises publiques et mixtes aux niveaux national, régional et local ; « l'économie sociale » : coopératives, mutuelles et associations sans but lucratif ; etc.

Le CIRIEC a pour but de mettre à la disposition des praticiens et des scientifiques des informations concernant ces différents domaines, de leur fournir des occasions d'enrichissement mutuel et de promouvoir une action et une réflexion internationales. Il développe des activités qui intéressent tant les gestionnaires que les chercheurs scientifiques.



INTERNATIONAL CENTRE OF RESEARCH AND INFORMATION
ON THE PUBLIC, SOCIAL AND COOPERATIVE ECONOMY - AISBL

CENTRE INTERNATIONAL DE RECHERCHES ET D'INFORMATION
SUR L'ÉCONOMIE PUBLIQUE, SOCIALE ET COOPÉRATIVE - AISBL

Université de Liège | Quartier Agora | Place des Orateurs 1 | Bâtiment B33 -
boîte 6 | BE-4000 Liège (Belgium) | T +32 (0)4 366 27 46 | F +32 (0)4 366 29 58
ciriec@ulg.ac.be | www.ciriec.ulg.ac.be