

DE REDACTIE PRIVAAT

NIEUW PRIVAATRECHT VOOR OOST-EUROPA

1. Het jaar 1991 werd gemarkeerd door twee belangrijke gebeurtenissen. Aan het begin van het jaar vond de Golfoorlog plaats; tegen het einde voltrok zich de opheffing van de Sovjetunie. Beide evenementen hebben juridische implicaties. In het geval van de Golfoorlog zijn die vooral van volkenrechtelijke aard. De ontmanteling van de Sovjetunie, deel uitmakend van de overgang naar een democratie en naar een vrije markt in Oost-Europa, heeft ook gevolgen voor het privaatrecht.

De politieke en economische omwenteling in Oost-Europa stelt de machthebbers aldaar voor vele problemen. Ook de juridische vormgeving vergt hun aandacht. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan nieuwe staatsrechtelijke constructies, zoals die van het Gemeenbest van Onafhankelijke Staten. Ook de privaatrechtelijke vormgeving van de markteconomie is een moeilijke zaak. Dit alles wordt extra bemoeilijkt doordat Oosteuropese juristen weinig ervaring hebben met aangelegenheden als deze.

2. Het ligt voor de hand dat Oosteuropese juristen zich voor raad en bijstand tot het westen wenden. Het westen is gaarne bereid deze bijstand te verlenen. Op het individuele vlak gebeurt er het nodige. Meer structureel van aard is er ook het een en ander te vermelden. Het meest waardevol is wellicht de hulp die op Europees niveau wordt verstrekt. *Tempus* is de naam van een programma van de Europese Gemeenschap dat beoogt Oost-Europa aansluiting te geven op bestaande EG-programma's zoals *Comett*, *Erasmus* en *Lingua*. Onder de naam *Demosthenes* organiseert de Raad van Europa conferenties over de opleiding van rechters in Oost-Europa. Ook op nationaal niveau geschiedt wel wat. Zo is vanuit Nederland een tijdschrift *Evropské a Mezinárodní Právo* opgezet, dat beoogt tegemoet te komen aan de grote behoefte bij Tsjechische en Slovaakse juristen aan informatie over recente juridische ontwikkelingen in het westen.

3. Een vraagstuk waarmee Oost-Europa momenteel worstelt is dat van de hierboven reeds genoemde privatisering. Het meest succesvol is de *Treuhandanstalt*, een overheidsinstantie die in maart 1990 in het

leven is geroepen door de regering van de toenmalige DDR met de taak om ruim 10.000 bedrijven, gegroepeerd in 214 *Kombinate*, te bestuderen en vervolgens, na de wet van 17 juni 1990, te privatiseren(1). Begin 1992 was de *Treuhandanstalt* erin geslaagd zo'n 5.000 Oostduitse bedrijven te privatiseren. Een kleine 6.000 ondernemingen, waaronder de staal- en chemieconcerns aan de Oostzee staan nog te koop. Ook in de andere Oosteuropese landen wordt, zij het minder intensief, geprivatiseerd.

Privatisering is zoals we allen weten niet iets waar de voormalige socialistische landen het alleenrecht op hebben. De privatisering heeft de afgelopen decennia de wereld veroverd: „Privatisation, it seems, is sweeping the world”(2). Kunnen de ervaringen die het westen het afgelopen decennium hiermee heeft opgedaan voor Oost-Europa van nut zijn? Er bestaat over dit onderwerp heel wat literatuur. Vooral de privatisering in Engeland en in Frankrijk heeft veel publicaties opgeleverd. Ik wil hier enkele punten uit halen.

4. Een eerste vraag die aan de orde wordt gesteld is welke terreinen door privatisering kunnen worden bestreken. DRUMAUX noemt in haar dissertatie negen zulke gebieden: (a) luchtvervoer, (b) spoor- en lokaal vervoer, (c) post en telecommunicatie, (d) zeevervoer, (e) radio en televisie, (f) energie, (g) financiële instellingen, (h) gezondheidszorg, (i) onderwijs(3). Dit overzicht kan uiteraard worden aangevuld. Het geeft wel aan dat men zich bij privatisering meer moet voorstellen dan alleen het afstoten van onrendabele ondernemingen. Dit geldt ook voor de doeleinden van privatisering. Daartoe behoren naast het vergroten van de inkomsten voor de overheid (of het verkleinen van de uitgaven) ook en vooral de bevordering van aandelenbezit(4), nationale onafhankelijkheid, bevordering van concurrentie, bevordering van werknemersparticipatie en behoud van werkgelegenheid, welke doeleinden onderling strijdig kunnen zijn(5).

De diversiteit van privatiseringsdoelstellingen weerspiegelt zich in de

(1) BUCHHOLZ, W., „East Germany: the Privatisation of State-owned Companies”, 5 *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 179, 180 (1991).

(2) COSMO, GRAHAM en PROSSER, Tony, „Privatizing Public Enterprises: Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective”, Oxford, 1991, p. 1.

(3) DRUMAUX, Anne, „Privatisation = moins d'état?”, proefschrift ULB, 1985, Brussel 1988, p. 136-143.

(4) Zie VON LOESCH, A., „Die Privatisierung mittels Volksaktien im Rahmen der Vermögenspolitik 1959 bis 1965”, in: BREDE, H. (red.), „Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft”, Baden-Baden, 1988, p. 127-145.

(5) COSMO, Graham en PROSSER, Tony, „Privatizing Public Enterprises: Constitutions, the State and Regulation in Comparative Perspective”, Oxford, 1991, 19-33.

technieken die hiertoe worden gebezigd. Op een recent colloquium van de Raad van Europa te Boedapest berichtte dr. P. KOTAB hoe dit in Tsjecho-slovakije gebeurt:

„Every Czecho-slovak citizen is entitled to 1,000 voucher investment points for which he must pay a more or less symbolical sum of 1,000 Czecho-slovak crowns (about 33 US dollars). The investment points are then exchanged for shares of companies at the ‘voucher investor’s own discretion, the amount of shares received for each investment point varying according to the other investors’ interest in the same company’”.

Op genoemd colloquium stelde prof. SMITH uit Oslo dat ook het tarifieren van dienstverlening door overheidsdiensten, het verlenen van concessies en licenties voor vroegere overheidstaken, het subsidiëren van particuliere organisaties, het aanbieden van een keuze tussen particulier en overheidsonderwijs en het heffen van kijk- en luistergelden alle technieken van privatisering kunnen zijn. De Franse auteur RAPP noemt tien methoden van privatisering: verkoop van activa, verkoop van aandelen, het uitgeven van aandelen, overdracht van aandelen aan werknemers, privatisering van het management, liquidatie, privatisering van onderdelen, ongedaanmaking van monopolies, concessies en deregulering(6). WRIGHT noemt elf dimensies van privatisering(7). De Amerikaanse politicoloog PIRIE noemt er zelfs eenentwintig(8).

5. Een belangrijk gevolg van privatisering is dat de regels die gelden voor het verkeer met de voormalige overheidsbedrijven van karakter veranderen. Van publiek- naar privaatrecht, zou men deze transformatie kunnen kenschetsen. Bij deze ontwikkeling moet worden aangetekend dat deze transformatie minder groot is dan voorheen. In de eerste plaats wordt het de overheid steeds vaker toegestaan de privaatrechtelijke weg (eigendom, overeenkomst, onrechtmatige daad) te kiezen in plaats van de publiekrechtelijke. Liet in Nederland een tweetal in 1990 gewezen arresten van de Hoge Raad(9) nog twijfel over de vraag of deze zgn. twee-wegen leer niet had afgedaan(10),

(6) RAPP, L., „Techniques de privatisation des entreprises publiques”, Parijs, 1986.

(7) WRIGHT, V., „Le privatizzazioni in Gran Bretagna”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1988, 86, 87.

(8) PIRIE, M., „Privatisation in Theory and Practice”, Aldershot, 1988.

(9) HR 26 januari 1990, *NJ*, 1991, 393, *AB*, 1990, 408 inzake Windmill en in HR 9 juli 1990, *NJ*, 1991, 394 inzake De Pina/Helmond.

(10) DRUPSTEEN, SCHELTEMA en TAK trokken uit deze arresten de conclusie dat de twee-wegen leer had afgedaan. Alleen MICHIELS verzette zich tegen deze gedachte. Zie hierover VAN BUUREN, *NJB*, 1991, 1501 met vermelding van vindplaatsen.

HR 8 juli 1991, *NJ*, 1991, 691 inzake Kunst- en Antiekstudio Lelystad BV/gemeente Lelystad maakt duidelijk dat dit geenszins het geval is.

In de tweede plaats zien we dat publiek- en privaatrecht naar elkaar toegroeien. Kiest de overheid voor de publiekrechtelijke weg, dan kunnen toch privaatrechtelijke regels van belang zijn. Dit geldt bijvoorbeeld voor de nieuwe bepalingen inzake toetsing van algemene contractvoorwaarden van afdeling 6.5.3 Nieuw Burgerlijk Wetboek. Weliswaar moet worden aangenomen dat afdeling 6.5.3 niet rechtstreeks van toepassing is op publiekrechtelijke overeenkomsten(11), maar dat sluit niet uit dat bv. in het kader van de publiekrechtelijke willekeurtoetsing van een aan een beschikking verbonden voorwaarde de al dan niet afkeuring van deze voorwaarde door afdeling 6.5.3 zeker van betekenis kan zijn(12).

Omgekeerd zien we ook dat privaatrechtelijke ondernemingen steeds vaker aan publiekrechtelijke normen zullen moeten voldoen, vaak via doorwerking van grondrechten.

6. Privatisering werpt ook constitutionele vragen op. Vaak is in de Grondwet aangegeven wat de taak van de overheid is. Is het toekennen van een voorkeurspositie aan de burgers van het eigen land bv. niet in strijd met het Europees recht(13)? In het algemeen is de doorwerking van het Europees recht in deze gering.

„L'incidence du droit communautaire sur les opérations de privatisation n'a guère retenu l'attention de la doctrine”, merkt een auteur op(14). De vragen welke zijn gesteld zijn vooral deze in hoeverre het beleid van de nationale overheid om geprivatiseerde ondernemingen „van vreemde smetten vrij” te houden in strijd is met de artikelen 52 en 221 EG-Verdrag en of verkoop aan een onderneming die reeds een dominante marktpositie heeft niet in strijd is met artikel 86, zoals geïnterpreteerd in *Continental Can*(15).

7. Het voorgaande is niet direct toepasbaar op de toestand in

(11) Zie JONGENEEL, R.H.C., „De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz”, diss. VU, Deventer, 1991, p. 38; anders: WESSELS, B., *WFR*, 1989, 1303, die aanneemt dat art. 216 Boek 6 ook van toepassing is op publiekrechtelijke overeenkomsten.

(12) Aldus de Minister van Justitie, „Parlementaire geschiedenis Invoeringswet”, 1570, alsmede JONGENEEL, diss., 38 en VRANKEN, J.B.M., in: KOBUSSEN, J.A.F. en PETERS, M.H. (red.), „Bestuursrecht en Nieuw BW”, Zwolle, 1988, 37.

(13) BOUTARD-LABARDE, Marie-Chantal, „Droit Communautaire et Privatisation”, *DPCI*, 1987, 493-504.

(14) KOVAR, Robert, „Nationalisations — privatisations et droit communautaire”, in: SCHWARZE, J. (ed.), *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC-Treaty*, Baden-Baden, 1988, 97, 113.

(15) *Rec.*, 1973, 215.

Oost-Europa. In de eerste plaats is aldaar sprake van enige bijkomende problemen die zich in het westen niet hebben voorgedaan. Een van de meest heibele is de kwestie die in Oost-Europa wel wordt aangeduid met de vraag „privatisering of herprivatisering”. Hiermee wordt bedoeld op de mogelijkheid dat voormalige eigenaren van genationaliseerde zaken aanspraak maken op hun eigendom. Een ander probleem dat zich in het westen bij mijn weten niet heeft voorgedaan is dat van het juridisch statuut van de te privatiseren ondernemingen, welke in Oost-Europa lang niet altijd staatseigendom zijn, maar bv. coöperaties. Een derde punt van verschil betreft de ontwikkeling van een afzonderlijk economisch recht, naast het burgerlijk recht, in sommige Oosteuropese staten. Tenslotte is er het schaalverschil. In het westen is de privatisering nooit zo schoksgewijs verlopen als thans in het oosten het geval is.

Dat neemt niet weg dat de literatuur over werkingsterrein, doeleinden, technieken, grondwettigheid en gevolgen die de westerse doctrine in enkele decennia heeft ontwikkeld ook voor Oost-Europa de moeite van het bestuderen waard is.

E.H. HONDIUS