

Reconciling privatization with human rights

Citation for published version (APA):

Hallo de Wolf, A. G. (2011). *Reconciling privatization with human rights*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Intersentia. <https://doi.org/10.26481/dis.20111220ah>

Document status and date:

Published: 01/01/2011

DOI:

[10.26481/dis.20111220ah](https://doi.org/10.26481/dis.20111220ah)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

SAMENVATTING

Deze dissertatie gaat over mensenrechten en privatisering. Onder de invloed van globalisering voelen veel landen zich geneigd om de levering van een groot aantal staats- en overheidstaken en diensten te privatiseren. De redenen om dit te doen lopen uiteen. Echter, of het nu ligt aan interne politieke overtuigingen, de groeiende druk om de overheidsuitgaven terug te dringen, of het verlangen om de mededinging te verbeteren en te zorgen voor efficiënte diensten voor minder geld, de privatisering van deze taken en diensten kunnen voor verregerende implicaties zorgen voor de beleving van de mensenrechten, als ook voor de verplichtingen die staten zijn aangegaan onder mensenrechten verdragen.

Vanuit de mensenrechtenwereld is er met argwaan gereageerd op privatisering. Een aantal internationale en regionale mensenrechten toezichtmechanismen heeft vastgesteld dat het uitbesteden van contracten aan de commerciële sector van kernactiviteiten van de staat of de delegatie van haar verplichtingen aan particuliere organisaties de staten niet verlost van hun verplichtingen ten opzichte van de verschillende mensenrechtenverdragen. Wat de kernactiviteiten van de staat of haar verplichtingen onder de internationale en regionale mensenrechtenverdragen dan ook mogen zijn, het is duidelijk dat de toenemende afhankelijkheid van de staat ten opzichte van privé actoren voor het realiseren van publieke taken en de potentiële problemen die dat met zich mee brengt, een onderwerp is dat nader belicht moet worden. De hoofdvraag van dit onderzoek is dan ook: kan de privatisering van staats- en overheidsdiensten in overeenstemming gebracht worden met de rechten van de mens.

Hoofdstuk 2 beargumenteert dat privatisering geen nieuw fenomeen is. Het is onderworpen aan een cyclisch proces met de betrokkenheid van verschillende deelnemers zoals de staat, internationale financiële instellingen en multinationale ondernemingen. Het cyclische en dynamisch karakter van privatisering tezamen met de historische oorsprong van bepaalde functies, taken of diensten die pas later werden gerekend tot de 'traditionele' taken van de staat maakt het moeilijk om tot een eenduidige conclusie te komen dat dusdanige overheidsfuncties, taken of diensten niet kunnen worden geprivatiseerd. Een commentator durfde zelfs te spreken over een 'inherently governmental fiction'. De golfbewegingen die bijdragen aan een herleving of herroeping van privatisering hangen vaak af van de politieke, economische en sociale standpunten van de dag, die dan bepalen wat de rol van de staat zou moeten zijn. Het lijkt er dus op dat er op dit moment een 'hernationalisatie' gaande is van een aantal taken en diensten die in de afgelopen twintig jaar zijn geprivatiseerd. Dit betekent echter niet dat de privatisering of delegatie van bepaalde taken helemaal zijn weggefallen. Het is zelfs zo dat de

privatisering van militaire en beveiligingsdiensten een groeiende bron van bezorgdheid is, in het bijzonder vanwege het vermeende nadelige effect dat deze heeft op de rechten van de mens. Aldus blijft privatisering een bron van controverse en verdeeldheid. Voorstanders ervan zullen zeggen dat privatisering geld besparend is, bureaucratische rompslomp minimaliseert en efficiency stimuleert in de sectoren waar het wordt toegepast. Tegenstanders van privatisering zullen voorbeelden aangeven waar privatisering mis is gegaan, ongelijkmatigheden heeft geschapen, en die de toegankelijkheid van essentiële diensten voor de minder bedeelden heeft verkleind. Zij benadrukken juist de belangrijke rol van de staat in het beschikbaar stellen van deze diensten.

Uiteindelijk maakt het niet uit of bepaalde functies, taken of diensten inherent zijn aan de staat of traditiegetrouw door deze werden uitgevoerd. Wat telt zijn de praktische consequenties van de delegatie van deze activiteiten naar particuliere entiteiten ten opzichte van de internationale wettelijke verplichtingen van staten.

Onder het internationaal recht mogen staten zich niet bemoeien met de keuzes van een staat om zijn politieke en economische ordening naar eigen inzicht in te richten. Dit betekent natuurlijk dat staten vrij zijn om privatiseringsmaatregelen toe te passen. Hoofdstuk III suggereert dat het nationaal recht en de grondwettelijke tradities van een staat de vrijheid tot het aannemen van privatiseringsmaatregelen beperken. Deze restricties geven echter niet een absolute garantie tegen privatisering. Hoewel sommige landen enkele vormen van privatisering hebben verboden door grondwetwijzigingen aan te brengen, betekent dit echter niet dat andere sectoren niet onderworpen kunnen worden aan privatisering, of dat de grondwet zo mogelijk aangepast kan worden in de toekomst zodat privatisering opnieuw toegestaan wordt. In tegenstelling tot het nationaal recht, heeft het internationaal recht geen expliciete restricties, die de staat ervan belet openbare diensten te privatiseren. Dit komt voort uit de al eerder genoemde vrijheid die een staat is toegekend onder het internationaal recht en die deze toestaat om zelf soevereine beslissingen te nemen met betrekking tot economisch beleid zonder tussenkomst van een ander land. Ondanks bepaalde recente ontwikkelingen in het internationale recht inzake mensenrechten, gebiedt het te zeggen dat het internationaal recht een neutrale houding handhaaft met betrekking tot privatisering. Er bestaan echter indirecte impliciete beperkingen die de vrijheid van de staat inperken bij het aannemen van privatiseringsmaatregelen. Deze vloeien onder andere voort uit de internationale verplichtingen aangaande het verdragen recht, het beginsel van non-interventie, en de verplichtingen uit internationale staatsaansprakelijkheid. De algemene verplichtingen die mensenrechtenverdragen met zich mee brengen kunnen ook invloed hebben op de wijze waarop staten taken en diensten privatiseren. Privatiserende staten dienen bijvoorbeeld aandacht te besteden aan hun negatieve en positieve verplichtingen onder mensenrechten. Er is echter geen mensenrechtenverplichting die privatisering rechtstreeks verbiedt. Feitelijk gezien mogen staten overheidsdiensten privatiseren.

Het is zelfs zo dat gezien de verhoudingen tussen privatisering en economisch beleid, staten zelfs een ruime ‘margin of appreciation’ hebben om te beslissen of privatisering de beste optie is voor het voorzien van openbare diensten als de watervoorziening, gezondheidszorg en huisvesting, of zelfs voor het beheren van een justitiële inrichting. De mensenrechten toezichtmechanismen hameren echter wel constant op het feit dat de staten niet onder hun verplichtingen uit mogen komen om de mensenrechten van hun bevolking in acht te nemen bij het delegeren van overheidsdiensten en taken aan particuliere bedrijven.

Omdat het internationaal recht gericht is op staten gelden deze verplichtingen niet voor andere actoren die een belangrijke rol spelen bij privatisering, zoals internationale financiële instellingen (IFI's) en (multi-)nationale ondernemingen geen verplichtingen. Desondanks voelen IFI's zich in meerdere mate bewust van de mensenrechten gevolgen die hun beleid aangaande privatisering kunnen hebben. Interne procedurele richtlijnen schrijven de Wereld Bank voor om zich bewust te zijn van de mensenrechten gerelateerde aspecten in de projecten die zij financiert. Interne onderzoeken van de activiteiten en verrichtingen door de Inspection Panel van de Wereld Bank hebben bijgedragen aan dit bewustzijn. Desalniettemin, zolang als de oprichtingsverdragen van de IFI's deze organisaties niet verplichten de rechten van de mens te respecteren, zullen deze beschouwingen wel een relevant, maar geen essentieel element in hun besluitvorming blijven. Dit geldt ook voor zakelijke ondernemingen. Deze zijn niet onderworpen aan directe mensenrechten verplichtingen. Dit komt door het feit dat de juridische verplichtingen van mensenrechtenverdragen alleen staten betreffen. Het gebrek aan horizontale werking van de mensenrechten verplichtingen voor handelsondernemingen die geprivatiseerde taken uitvoeren of essentiële diensten verlenen, onderstreept het staats-georiënteerde karakter van het internationaal recht en mensenrechten. Staten kunnen wel indirect aansprakelijk worden gesteld voor het gedrag van ondernemingen als staten geen redelijke maatregelen hebben genomen om dat gedrag aan banden te leggen. Desalniettemin zijn er pogingen ondernomen om bedrijven bewuster te maken voor de gevolgen van hun gedrag op mensenrechten. Zo zijn er verscheidene initiatieven afkomstig uit internationale organisaties zoals de OESO en de Internationale Arbeidsorganisatie. Vrijwillige zelfregulering door ondernemingen wordt ook vaak gezien als een alternatieve manier om hun activiteiten te onderwerpen aan enig vorm van controle. Dit betekent echter niet dat ondernemingen die geprivatiseerde taken uitoefenen makkelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor mogelijke mensenrechten schendingen. In dit opzicht wordt de staat onder het internationale recht nog steeds geacht de primaire verantwoordelijkheid te dragen voor het respecteren van de rechten van de mens en dient ervoor te zorgen dat de effecten van privatisering niet tegenstrijdig zijn aan de mensenrechten.

De vraag is dan ook wie verantwoordelijk gesteld kan worden voor het gedrag van geprivatiseerde ondernemingen. Hoofdstuk IV behandelt dit onderwerp door twee verschillende benaderingen voor het stellen van de aansprakelijkheid te analyseren. De eerste traditionele benadering kijkt naar de aansprakelijkheid van staten vanuit het perspectief van het algemene internationale recht, waarbij de staat altijd verantwoordelijk kan worden gehouden voor het gedrag van geprivatiseerde ondernemingen dat in strijd is met de internationale verplichtingen van staten. Dit komt voort uit de algemene regels inzake toerekening onder het internationaal recht. In het bijzonder de regels die stellen dat het gedrag van entiteiten die 'elements of governmental authority' uitoefenen, toegerekend kunnen worden aan de staat. Omdat staten nog steeds de primaire subjecten zijn van het international recht, is het redelijk dat zij ook de ultieme verantwoordelijkheid dragen voor schendingen van internationale verplichtingen die begaan zijn onder hun toezicht, goedvinden of vanwege de delegatie van autoriteit en staatstaken aan derden. Het belangrijkste doel is om te vermijden dat staten hun aansprakelijkheid ontlopen voor schendingen van internationale verplichtingen die begaan zijn door entiteiten die niet juridisch of officieel als onderdeel van de staat kunnen worden beschouwd.

Over het algemeen maakt het vanuit het perspectief van de gebruikers van geprivatiseerde diensten niet veel uit wie deze diensten of taken uitoefent mits dit op verantwoorde en redelijke wijze gebeurt, waarbij het inachtnemen van hun rechten en belangen ook verwacht wordt. Dit proefschrift stelt, echter, dat de traditionele benadering enigszins tekort schiet als het gaat om het vast stellen van de aansprakelijkheid van een particuliere entiteit voor het uitoefenen van een geprivatiseerde dienst of functie dat in strijd is met de mensenrechten. Een tweede benadering is zodoende wenselijk. Dit wordt verder gerechtvaardigd door het algemeen gebrek aan horizontale werking van mensenrechten onder het internationaal recht. Het is hierdoor niet mogelijk is om de echte 'daders' van mensenrechten schendingen rechtstreeks aansprakelijk te stellen. De tweede helft van Hoofdstuk IV probeert een alternatief voor dit probleem te bieden door de traditionele benadering te verfijnen. Het stelt dat particuliere entiteiten, die taken en diensten uitvoeren welke voorheen door de staat werden uitgevoerd, als bijzondere statelijke actoren kunnen worden beschouwd, als deze aan bepaalde voorwaarden voldoen. Deze studie suggereert dat zo'n benadering steeds meer acceptatie geniet onder sommige mensenrechten toezichtmechanismen en bepaalde regionale en nationale jurisdicties. De door deze studie onderzochte rechtspraak lijkt te suggereren dat geprivatiseerde dienstverleners en actoren onder bepaalde omstandigheden in een publieke hoedanigheid worden bekleed waardoor hun gedrag rechtstreek getoetst kan worden aan mensenrechten normen die doorgaans voor de staat gelden. Privatisering veronderstelt dat de entiteiten die de geprivatiseerde taken uit moeten voeren, een door wetgevingen gegeven mandaat genieten om een bepaalde macht of invloed uit te oefenen over individuen en groeperingen, alsmede hun belangen op een vergelijkbare wijze als een staat te

dienen. Het is derhalve redelijk te stellen dat het gedrag van deze entiteiten ook door dezelfde normen die voor de staat gelden dient te worden beheerd, in ieder geval in zoverre dat hun activiteiten een publiek belang na streven. Deze particuliere entiteiten verkrijgen een bepaalde publieke hoedanigheid vanwege het uitvoeren van taken die een essentiële publiek belang behartigen, dat al dan niet historisch, door wetgeving of traditie, of door eerdere nationalisatie die ten laste van de staat kwam en die noodzakelijkerwijs nog uitgevoerd moeten worden. Hierdoor mogen zowel deze entiteiten als de staat niet onder hun verantwoordelijkheid ontsnappen.

Hoofdstuk V analyseert de praxis van een aantal mensenrechten toezichtmechanismen met betrekking tot privatisering. De toezichtmechanismen van de verschillende internationale en regionale mensenrechten verdragen hebben op verschillende wijzen hun bezorgdheid geuit betreffende de kwestie van privatisering en haar consequenties voor de beleving van de mensenrechten. Hun praxis is echter niet altijd consistent. Mensenrechten toezichtmechanismen zijn mogelijk niet altijd in de positie om privatisering te analyseren en te beoordelen omdat het een complex economisch beleid is die expertise nodig heeft die niet altijd beschikbaar is in deze mechanismen. Toch hebben zij wel problemen geïdentificeerd. Dit is onder andere aan de orde gekomen bij het bespreken van de periodieke rapporten die staten dienen voor te leggen aan een aantal van deze mechanismen, hun 'general comments', en in een aantal individuele en collectieve klachten procedures. Wel moet gesteld worden dat ook al wordt het privatiseringsbeleid gezien als een onderwerp dat bezorgdheid oproept, er geen concrete zaken zijn geweest binnen de verschillende individuele klachten procedures bij welke privatisering de hoofdoorzaak was van mensenrechten schendingen. Het lijkt er echter op dat het uitgangspunt van al deze mechanismen is dat staten die een privatiseringsbeleid uitvoeren niet geabsolveerd worden van hun verplichtingen onder mensenrechtenverdragen. Aan de andere kant hebben de internationale en regionale toezichtmechanismen niet direct een besluit van een staat om te privatiseren of een privatiseringsbeleid in strijd met mensenrechten verklaard. Het lijkt erop dat zij het recht van de staat om dit beleid te voeren erkennen. Dit recht is echter niet onbepaald en deze mechanismen wijzen op een aantal voorwaarden waaraan een staat moet voldoen wil zij privatisering in overeenstemming brengen met mensenrechten. Deze mechanismen benadrukken de positieve verplichting van staten om individuen te beschermen tegen het gedrag van particuliere actoren die geprivatiseerde taken uitoefenen of belangrijke openbare diensten uitvoeren. Deze mechanismen hebben ook het belang vastgesteld van transparantie, deelname aan de besluitvorming en het raadplegen van individuen en groepen die mogelijk worden geraakt door privatisering. Deze mechanismen geven dan aan dat deze elemente behoren tot de positieve verplichtingen van staten.

Hoofdstukken VI en VII bespreken twee concrete situaties van privatisering in twee verschillende sectoren die mogelijk gevolgen kunnen hebben voor

respectievelijk burger- en politieke rechten en economisch, sociaal en culturele rechten. Hoofdstuk VI bespreekt het controversieel gebruik van particuliere militaire en veiligheidsbedrijven in Irak, met nadruk op de mishandelingen door werknemers van twee van zulke bedrijven in de beruchte Abu Ghraib gevangenis. Het hoofdstuk stelt vast dat de status van deze bedrijven in het internationaal recht niet helemaal duidelijk is. Deze bedrijven en hun werknemers kunnen niet aangemerkt worden als huurlingen en hun gebruik in conflict gebieden kan onduidelijkheden veroorzaken met betrekking tot de toepasselijkheid van het internationale humanitair oorlogsrecht. Ondanks pogingen om de activiteiten van deze bedrijven te reguleren zijn er nog geen concrete oplossingen gevonden voor de problemen dat zij kunnen veroorzaken. Het kan in ieder geval vastgesteld worden dat staten die deze bedrijven gebruiken of hun gebruik in het eigen landgebied toelaten dienen te garanderen dat de bedrijven en hun werknemers vervolgd kunnen worden en aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun gedrag als het in strijd is met de internationale verplichtingen van deze staten. Staten hebben bovendien een verplichting om de slachtoffers van onrechtmatig gedrag van deze bedrijven en hun werknemers effectieve rechtsmiddelen te garanderen. Deze studie concludeert dat de mishandeling door werknemers van twee particuliere militaire en veiligheidsbedrijven in Abu Ghraib een schending van het verbod op foltering opleverde. Hiervoor zijn de Verenigde Staten hoofdzakelijk aansprakelijk gezien het feit dat zij deze bedrijven hebben ingeschakeld voor verhoor werkzaamheden in Abu Ghraib en bovendien effectief controle uitoefenden over het grondgebied van Irak ten tijde van de schendingen. De perikelen rond de pogingen om het personeel van de betrokken bedrijven in Abu Ghraib civiel of strafrechtelijk te vervolgen, tezamen met het incident waarbij het beruchte particuliere militaire en veiligheidsbedrijf Blackwater betrokken was, laten echter zien dat de beschikbare rechtsmiddelen voor de slachtoffers in Irak ernstige tekortkomingen vertonen.

Hoofdstuk VII analyseert de privatisering van waterdiensten in Buenos Aires, Argentinië. Het voorziet in een uitvoerige bespreking van de gevolgen van privatisering voor het recht op water van de inwoners van die stad. Het hoofdstuk bespreekt eerst de ontwikkelingen omtrent de betrokkenheid van multinationale ondernemingen in het leveren van waterdiensten en beschrijft de methodes om deze nutsdiensten te privatiseren. Het gebruik van privé-ondernemingen in de watersector is in de laatste twintig jaar toegenomen al is het nog niet bewezen dat geprivatiseerde waterdiensten beter, effectieve of goedkoper zijn dan hun publieke evenknieën. Wel is duidelijk dat afdoende regulering en het beginsel van universele dienstverlening ('universal service obligations') een belangrijk rol spelen bij het bepalen of geprivatiseerde of publieke water nutsdiensten mensenrechten vriendelijk zijn. Het hoofdstuk gaat ervan uit dat er een recht op water bestaat welk inbegrepen is in het recht op een behoorlijke levensstandaard in Artikel 11 van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Dit recht legt een aantal verplichtingen aan staten, de zogenaamde 'obligations to respect, protect,

and fulfill' (om het recht te respecteren, te beschermen, en te verwezenlijken). De vraag of de privatisering van water nutsdiensten nadelige gevolgen heeft gehad voor het recht op water van de inwoners van Buenos Aires is echter niet op eenduidige wijze te beantwoorden.

In 1993 werd de watervoorziening in Buenos Aires geprivatiseerd, die vervolgens na de financiële crisis die Argentinië rond 2002 trof, opnieuw in 2006 genationaliseerd werd. De privatisering van waterdiensten in Buenos Aires leidde in eerste instantie tot een flinke uitbreiding van het waternetwerk inclusief in de armere buurten. Deze uitbreiding moest echter deels gefinancierd worden door hogere aansluitingkosten te vragen voor nieuwkomers en later door een verhoging van de watertarieven in rekening te brengen. Hierdoor werden mensen met lagere inkomens getroffen. Een ander probleem bestond uit het feit dat sommige groeperingen en individuen aanvankelijk de toegang tot de dienst werden geweigerd omdat zij niet over geschikte eigendomstitels beschikten voor hun woningen. Dit werd later verholpen door tussenkomst van NGO's, de lokale regering en de regulerende instantie. Over het algemeen nam de kwaliteit van de dienstverlening en van de drinkwater na de privatisering wel toe. Een onderzoek concludeerde zelfs dat hierdoor de privatisering bijgedragen heeft aan de afname van kindersterfte in de stad. Aan de andere kant liet de kwaliteit van het drinkwater in sommige, vaak armere wijken te wensen over. Verder werd de integriteit en onafhankelijkheid van de regulerende instantie die in het leven werd geroepen om toezicht te houden op het gedrag van de geprivatiseerde wateronderneming soms in twijfel getrokken. In ieder geval bleek Argentinië wel over meerdere rechtsmiddelen te beschikken die het mogelijk makten voor consumenten om rechtstreeks de geprivatiseerde water onderneming aansprakelijk te stellen voor gebrekkige dienstverlening. De effectiviteit van deze rechtsmiddelen is echter niet altijd gegarandeerd, al blijkt het recht op water in Argentinië voor rechterlijke instanties wel afdwingbaar te zijn.

Een van de hoofdconclusies van dit onderzoek is dat het internationaal recht inclusief de mensenrechten het privatiseren van staatsfuncties, taken of diensten niet verbieden. Privatisering is dan ook in beginsel niet onverenigbaar met mensenrechten, en kan onder de juiste omstandigheden zelfs tot de realisatie ervan leiden. Zoals het praktijkgeval van Buenos Aires laat zien, kan privatisering bijdragen aan het verbeteren van mensenrechten, en tegelijkertijd er ook inbreuken op maken. Dit hangt grotendeels af van het regulerend vermogen van de privatiserende staat. Als de privatisering een kort leven is beschoren, is het mogelijk dat de positieve gevolgen van privatisering, zoals de uitbreiding van nutsdiensten ten gunste van de gebruikers ervan, niet zullen opwegen tegen de negatieve gevolgen zoals verhogingen van watertarieven om uitbreidingen in de dienstverlening te financieren. Een botsing tussen privatisering en het internationaal recht en mensenrechten zal vaak het gevolg zijn van een ondoordachte uitvoering van het privatiseringsbeleid, waarbij de staat niet voldoende de voordelen van

privatisering voor de gehele maatschappij afweegt tegen de nadelige gevolgen voor de belangen van groepen of individuen die door privatisering worden getroffen. Hierbij is het van belang dat de staat vooraf of achteraf de nodige maatregelen treft om onwenselijke gedragingen van geprivatiseerde ondernemingen te voorkomen of te bestraffen. De staat dient derhalve afdoende rechtsmiddelen te scheppen voor slachtoffers van mogelijke schendingen gepleegd door deze ondernemingen, en een effectieve regulerende instantie in het leven roept die de handelingen ervan onder de loep kan nemen of slachtoffers kan beschermen.

De beperkingen op privatisering op nationaal niveau hangen af van de nationale constitutionele inrichting en zelfs dan kunnen verboden op privatisering relatief makkelijk worden omzeild. Daar tegenover staat de ervaring in verschillende landen, welke laat zien dat privatisering ook redelijk gemakkelijk teruggedraaid kan worden. Dit hoeft niet altijd gunstig te zijn. In het licht van verschillende bilaterale investeringsverdragen (BIT's) die door staten zijn geratificeerd, kan elk beleid dat privatisering teruggedraait ten nadele van buitenlandse investeerders die een belang hebben bij geprivatiseerde diensten of ondernemingen, leiden tot de aansprakelijkheid van de staat. Hiermee kunnen forse financiële gevolgen gepaard gaan, zoals landen als Argentinië reeds hebben ervaren.

Op internationaal niveau kan het volgende worden geconcludeerd. In tegenstelling tot nationalisatie is privatisering nog niet onderworpen aan speciale regels van internationaal recht (zowel in de vorm van verdragsregels als in de vorm van internationaal gewoonterecht) die een kader bieden waarbinnen beleid kan worden toegepast. Privatisering is onderdeel van een economisch beleid waarvoor staten een redelijke mate van beleidsruimte genieten. Dit is consistent met de geaccepteerde beginselen inzake nationale soevereiniteit, die staten de vrijheid geeft om hun economische inrichting op eigen wijze te bepalen zoals zij het noodzakelijk achten. Echter, mensenrechten kunnen en zullen bepaalde beperkingen opleggen aan privatisering. De beleidsruimte om privatiseringbeleid en -maatregelen aan te nemen en toe te passen, is niet onbegrensd. Privatisering mag niet een zodanige inbreuk maken op bepaalde rechten waardoor deze rechten aan betekenis inboeten. Privatiseringsmaatregelen mogen in ieder geval niet in strijd zijn met bepaalde mensenrechten waarop geen afwijking mogelijk is zoals het verbod op foltering of discriminatie.

En nuance is hierbij echter op zijn plaats. Het is niet mogelijk om privatisering te beperken of te verbieden puur gebaseerd op het argument dat deze functies, taken of diensten traditioneel tot de Staat behoren. Er is namelijk geen universele definitie van wat eigenlijk de functies, taken en diensten van de staat zijn. Zoals geobserveerd in deze studie, hebben particuliere entiteiten in het verleden veel taken of diensten uitgevoerd die tegenwoordig aan de Staat toebehoren. Er zijn meer aanwijzingen nodig, eer geconcludeerd kan worden dat bepaalde taken niet geprivatiseerd mogen

worden, of slechts onder bepaalde omstandigheden/voorwaarden. In theorie kunnen alle functies, taken of diensten geprivatiseerd worden. Men dient zich wel af te vragen of dit verstandig of juridisch praktisch is. Het kan zeker beargumenteerd worden dat de privatisering van een aantal functies, diensten of taken met betrekking tot mensenrechten tot problemen kan leiden, in het bijzonder als de privatisering niet voldoende gepaard gaat met adequate waarborgen.

Kortom de vraag of het zinvol is om te privatiseren kan als volgt worden beantwoord: het is beter om niet te privatiseren als het regulerend vermogen van de staat in twijfel kan worden getrokken. Privatisering vereist strikte regulering. De noodzaak om te reguleren wordt dan ook beschouwd als een juridische verplichting door toezichthoudende mensenrechtenorganen. Dit houdt dus in dat landen waarin regulering ontbreekt of gebrekkig is, of niet in staat zijn om afdoende regels vast te leggen, zich beter niet kunnen wagen aan privatisering willen zij de mensenrechten blijven respecteren. Hoe zit het echter met landen waar de staat niet eens in de positie verkeert om minimale diensten uit te voeren of basale staatstaken uit te oefenen, en die dus ook niet effectieve regulerende maatregelen kunnen nemen? Deze landen niet laten privatiseren onder zulke omstandigheden zou vanuit mensenrechtelijk oogpunt onwenselijk zijn. Deze staten zouden hun bevolking dan zonder voorziening van essentiële diensten laten welke tevens een inbreuk kan leveren op de verplichting van zulke landen om bepaalde mensenrechten te garanderen, al is het op minimum niveau. De verplichting om een minimum 'core content' van mensenrechten te garanderen (vooral op het gebied van economische, sociale en culturele rechten), kan dus de privatisering van bepaalde diensten beperken als privatisering niet bijdraagt aan het realiseren van dit minimum 'core content'. Aan de andere kant kan het niet uitgesloten worden dat privatisering zelf juist wel kan bijdragen aan het realiseren van zo'n minimum 'core content' als de staat zelf niet in de positie verkeert om het zelf te doen. Onder zulke omstandigheden zou niet gereguleerde privatisering mogelijk moeten zijn, al dient dit onder strikte voorwaarden te gebeuren en met toezicht van buitenaf.

Privatisering leidt dan ook tot een interessant vraagstuk. Hoewel een van de doelstellingen van privatisering het beperken van de omvang van de Staat is, alsmede de hoeveelheid regels in de sector tot een minimum te houden, laten veel privatiseringen zien dat juist het tegenovergestelde het geval is. Staten hebben het als noodzakelijk gezien om geprivatiseerde ondernemingen actief te reguleren in het bijzonder als deze opereren in zogenaamde 'delicate' sectoren die te maken hebben met de aanlevering van essentiële voorzieningen. De staat moet bijvoorbeeld zeker van zijn dat er geconcurrereerd kan worden in die sectoren (zoals telefonie of elektriciteit) waar veel geprivatiseerde ondernemingen mededingen voor de voorziening van diensten. De staat moet tevens toezien op de activiteiten van ondernemingen die verantwoordelijk zijn voor een natuurlijke monopolie, zoals in de watervoorziening, of die actief zijn op het gebied van justitie, veiligheid of

defensie (zoals gevangenissen, politie, of militaire diensten). Dit heeft geleid tot de oprichting van toezichhouders en het creëren van complexe regels om er zeker van te zijn dat de privatisering goed wordt uitgevoerd. Het blijkt dus dat de omvang van de Staat minder gereduceerd is dan verwacht en misschien zelfs wel onverwacht is toegenomen. Dit heeft geleid tot een opmerkelijke ontwikkeling met betrekking tot de mensenrechtenverplichtingen van de staat. Tot op zekere hoogte heeft privatisering van een aantal door de staat geleverde functies en diensten geresulteerd in een verschuiving van de mensenrechtenverplichtingen van de staat. De verplichtingen om te respecteren ('respect': de Staat moet zich onthouden van bepaalde inmenging) en te verwezenlijken ('fulfill': de Staat moet een bepaalde dienst zelf leveren) zijn geleidelijk vervangen door de verplichting om te beschermen ('protect': de noodzaak om geprivatiseerde ondernemingen en diensten te reguleren).