

Een belangrijke brief: over zelfrealisatie, onteigening en aanbestedingsrecht

In juni van dit jaar zond (de inmiddels afgetreden) minister Dekker van VROM een brief aan de Tweede Kamer die in de media en literatuur tot dusverre nauwelijks aandacht heeft gekregen maar voor de (projectontwikkelings)praktijk een aantal zeer wezenlijke stellingnames bevat.¹ In dit artikel wordt op deze brief – en met name de juridische aspecten – nader ingegaan.

mr. R.D. Luteijn

1. ONDERZOEK AFSCHAFFING ZELFREALISATIERECHT

De minister heeft onderzoek laten doen naar de vraag of het mogelijk althans opportuun is het zogenoemde zelfrealisatierecht – zoals vervat in art. 79 Onteigeningswet – af te schaffen en, zo dit het geval zou zijn, wat dit zou betekenen. Kern van het zelfrealisatierecht is dat een grondeigenaar, die financieel en technisch gezien in staat is de bestemming op zijn grond te realiseren, niet onteigend kan worden (uitzonderingen daargelaten).

De minister heeft aan de Universiteit van Amsterdam, advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek, de Radboud Universiteit te Nijmegen en onderzoeksbureau Ecorys een aantal (deel)opdrachten verstrekt om in deze context een aantal aspecten nader en diepgaand te onderzoeken.

Advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek heeft onderzoek gedaan naar de schadevergoedingsverplichtingen van de overheid indien het zelfrealisatierecht zou worden afgeschaft. De Universiteit van Amsterdam heeft onderzocht wat afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel zou betekenen in het licht van art. 1 Eerste Protocol EVRM. De Radboud Universiteit te Nijmegen heeft een onderzoek gedaan naar de economische effecten van afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel en Ecorys heeft onderzocht wat zulks zou betekenen voor de plankwaliteit.

De brief van de minister vat de uitkomsten van deze deelonderzoeken kort en helder samen: het is een zeer lezenswaardige samenvatting van alle onderzoeksuitkomsten. Alle zaken op een rij zettend komt de minister tot de conclusie dat afschaffing van het zelfrealisatierecht niet opportuun is.

2. PLANKWALITEIT

De minister stelt vast dat uit het door Ecorys uitgevoerde onderzoek volgt dat er geen overtuigende aanwijzingen zijn die de positie van woonconsument verbeteren of de prijs/kwaliteitverhouding van de woning verbeteren indien woningen in concurrentie zijn gerealiseerd. Bovendien, zo wordt daar aan toegevoegd, beschikt de overheid over een uitgebreid instrumentarium om kwaliteit te waarborgen, middels onder meer het Bouwbesluit en de nog in te voeren Grondexploitatiewet, terwijl er in bijzondere gevallen waarschijnlijk ook nog onteigend kan worden.

3. ECONOMISCHE EFFECTEN

De economische effecten van afschaffing van het zelfrealisatierecht zijn evenzeer onderzocht, in casu door de Radboud Universiteit te Nijmegen. De minister vat de uitkomst van dit onderzoek als volgt samen: 'De (...) economische effecten van afschaffing van zelfrealisatie (...) zijn sterk afhankelijk van de concrete vormgeving en naar mijn mening te diffuus om op basis hiervan over te gaan tot deze belangrijke inbreuk op het eigendomsrecht.' En daaraan voegt zijn vervolgens als een – niet onbelangrijk - 'obiter dictum' toe: 'Ook zou afschaffing van het zelfrealisatierecht tot een unieke uitzonderingspositie leiden van Nederland in de internationale gemeenschap.'

4. SCHADEVERGOEDING

Dit onderwerp is onderzocht door De Brauw Blackstone Westbroek. Vastgesteld wordt dat afschaffing van het zelfrealisatierecht uiteraard noopt tot een schadevergoedingsverplichting jegens de grondeigenaar. Dit aspect – vergoeding van schade indien een eigendomsrecht, geheel dan wel ten dele, wordt onteigend – is 'niet anders dan anders'. Voorts is onderzocht wat de gevolgen zouden zijn indien het 'ontwikkelingsrecht' afgesplitst zou worden van het eigendomsrecht. Het onderzoek leert dat dit invoering van een dergelijke scheiding een gecompliceerde operatie impliceert, de nodige flankerende regelgeving zou vereisen en grote complicaties meebrengt in de sfeer van de schadeloosstelling. Bovendien is er op dit punt geen ervaring en behoudt de grondeigenaar (die zijn ontwikkelingsrecht onteigend weet) feitelijk nog altijd over de nodige 'hindermacht'. Al met al voldoende reden om af te zien van een dergelijke scheiding van 'ontwikkelingsrecht' en eigendomsrecht.

5. EVRM

Meest interessante aspect – vanuit juridisch oogpunt – betreft de verhouding tussen de Onteigeningswet (en het daarin vervatte zelfrealisatierecht) tot art. 1 Eerste Protocol EVRM. Het EVRM, althans meergenoemd Protocol, bevat in art. 1 een bepaling die het eigendomsrecht beschermt, evenwel niet ongeclausuleerd: onteigening is mogelijk, maar kan slechts plaatsvinden 'in het algemeen belang' tegen een passende schadeloosstelling, terwijl de onteigening bij wet dient te zijn voorzien en er sprake dient te zijn van een 'fair

balance' tussen doel en middel (lees: dient proportioneel te zijn).

Het door de Universiteit van Amsterdam uitgevoerde onderzoek leert, na uitvoerige analyse van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat de vraag of sprake is van een voldoende 'algemeen belang' om over te gaan tot onteigening marginaal wordt getoetst.² De overheid heeft in dit verband een ruime discretionaire marge. Een dergelijk 'algemeen belang' zal in veel gevallen, zo leert het onderzoek, dan ook alras aanwezig zijn.

Ook de 'fair balance'-toets zal de overheid in de regel goed kunnen doorstaan mits zij een passende schadevergoeding (lees: vergoeding van de werkelijke waarde) betaalt aan de onteigende. Ook in dat opzicht heeft de overheid een zekere 'margin of appreciation'.

Dat gezegd zijnde, komt de vraag aan de orde of een volledige en ongenueanceerde afschaffing van het zelfrealisatierecht zich verdraagt met het EVRM. Uit het onderzoek volgt – niet verrassend – dat een algehele, ongeclausuleerde afschaffing van het zelfrealisatierecht – op basis waarvan de overheid dus altijd en onder alle omstandigheden zou kunnen onteigenen – zeer waarschijnlijk in strijd is met het EVRM. Er zullen in de praktijk altijd situaties zijn waarbij de overheid geen of nauwelijks enig redelijk belang heeft bij onteigening. Daarbij kan men (bijvoorbeeld) denken aan kleinschalige ontwikkelingen of gevallen waarbij het algemene casu quo publieke belang ver te zoeken is.

Ook de omstandigheid dat de overheid andere – minder ingrijpende – wettelijke middelen heeft kan in dit verband een rol spelen. In deze context is het van belang te constateren dat met het Bouwbesluit, de Wet Ruimtelijke Ordening (meer in het bijzonder de mogelijkheid te 'sturen' met bestemmingsplannen), de Wet Voorkeursrecht Gemeenten en niet in de laatste plaats de nog in te voeren Grondexploitatiewet, de overheid reeds over een behoorlijk omvangrijk wettelijke instrumentarium beschikt om de zaken in de voor haar gewenste richting te sturen.

6. AANBESTEDINGSRECHT EN ONTEIGENING

Uitermate interessant is het laatste hoofdstuk van het door de Universiteit van Amsterdam uitgevoerde onderzoek. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de verhouding tussen het aanbestedingsrecht, onteigening(srecht) en het EVRM. In de literatuur is reeds enige malen de vraag aan de orde geweest of de overheid mag dan wel moet onteigenen om aldus aan haar verplichting tot het organiseren van een Europese aanbesteding te (kunnen) voldoen.³ Anders gezegd: mag dan wel moet een gemeente een grondeigenaar (projectontwikkelaar of aannemer) onteigenen opdat de gemeente aldus op de desbetreffende gronden de daarop op te realiseren werken Europees kan aanbesteden?

De Universiteit van Amsterdam is van oordeel dat de Europese aanbestedingsregels in veel gevallen waarschijnlijk een voldoende 'algemeen belang' opleveren voor de overheid om te kunnen onteigenen, met name gelet op de marginale toets die terzake door het EHRM wordt aangelegd. Dat klinkt in het licht van de voorgaande paragrafen van het onderzoek aannemelijk.

Vervolgens is ook onderzocht of de overheid ook moet casu quo verplicht is te onteigenen in dergelijke gevallen. Die vraag is – zo volgt uit het onderzoek – niet geheel met zeker-

heid te beantwoorden. Wat dat betreft, blijft het tasten in het duister.

7. AANBESTEDINGSRECHT: NADER BESCHOUWD

Deze conclusies zijn om meerdere redenen belangrijk en roepen ook weer enige vragen op.

Een vraag die, als gezegd, onbeantwoord blijft, is of de overheid moet onteigenen om toepassing van de Europese aanbestedingsregels te bewerkstelligen.

Een ander aspect dat aandacht behoeft, is de vraag of de overheid in alle omstandigheden kan onteigenen om naleving van de Europese aanbestedingsregelgeving te bewerkstelligen. Uit het onderzoek volgt dat het waarschijnlijk is dat in veel gevallen sprake zal zijn van een voldoende 'algemeen belang' om onteigening te kunnen rechtvaardigen. De vragen die daaraan echter voorafgaan zijn de volgende:

- (a) in welke gevallen voor de overheid een Europese aanbestedingsverplichting geldt; en
- (b) wat in dit verband onder de 'Europese aanbestedingsregelgeving' wordt verstaan.

Om met het eerste te beginnen: het is inmiddels gemeengoed in Nederland dat indien de overheid gronden bezit en daarop openbare infrastructuur⁴ wenst te realiseren of een 'publiek gebouw' (bijvoorbeeld een stadhuis), Europese aanbesteding een gegeven is – aangenomen dat de kosten ervan de drempelwaarden overstijgen.

Echter, ten aanzien van woningbouw en commerciële functies als kantoren is vooraan het uitgangspunt dat dergelijke 'werken' niet Europees aanbestedingsplichtig zijn. De overheid verkoopt gronden en de koper verplicht zich daarop voor eigen rekening en risico woningen en/of kantoren te realiseren. Tot dusverre wordt tot uitgangspunt genomen dat de overheid terzake deze 'werken' niet gehouden is de Europese aanbestedingsregels (zoals thans vervat in de Algemene Richtlijn 2004/18/EG en het BAO (Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten) toe te passen.

Overigens heeft de Europese Commissie in het dossier 'Vathorst' het standpunt ingenomen dat ook een dergelijke structuur (grondverkoop met bouwplicht waarbij in verregaande mate is voorgeschreven hoe het te realiseren werk en dient uit te zien) als een aanbestedingsplichtige opdracht (tot de realisatie van een werk) in de zin van de 'oude' Richtlijn Werken kwalificeert. In het dossier 'Vathorst' heeft de commissie echter ten aanzien van wel meer aspecten een standpunt ingenomen dat ófwel strijdig is met de feiten ófwel haaks staat op hetgeen tot dusverre in brede zin voor juist en rechtens werd – en wordt – aangenomen.

Indien wij derhalve van het commissiestandpunt inzake 'Vathorst' abstraheren, komt het mij voor dat een ontwikkelaar of aannemer met een grondpositie niet onteigend kan worden voor de percelen die bestemd zijn woningbouw of commerciële functies op de enkele en uitsluitende grond dat de overheid wenst te bewerkstelligen dat de Europese aanbestedingsregels worden nageleefd: er geldt immers ten aanzien van dergelijke 'werken' geen aanbestedingsverplichting.

De kanttekening die gemaakt dient te worden is dat de overheid natuurlijk (nog) andere redenen (in het 'algemeen belang') kan hebben om tot onteigening over te gaan, welke belangen van geheel andere aard dan aanbestedingsrechte-

lijke kunnen zijn. Zoals uit het onderzoek blijkt, heeft de overheid daarin klaarblijkelijk een ruime discretionaire bevoegdheid.

Een andere vraag die opkomt, is de vraag wat men in dit verband onder de 'Europese aanbestedingsregelgeving' dient te verstaan. Betreft het hier uitsluitend de regels die men vroeger benoemde als de Richtlijn Werken, Leveringen en Diensten (en thans vervat in een Algemene Richtlijn 2004/18/EG die in het Nederland haar werking door middel van het BAO heeft verkregen)? Of dient men hieronder ook het aanbestedingsrecht (of regels) 'in de ruime zin des woords' te verstaan?

Daarmee doel ik dan met name op de gestage stroom rechtspraak van het Hof van Justitie EG waarin herhaaldelijk en bij voortdoring is geoordeeld dat ook buiten de genoemde richtlijnen de overheid transparant dient te handelen.⁵ Deze transparantieplichting houdt in dat overheden hun voorstellen tot het plaatsen van een opdracht dienen te publiceren – in de woorden van het Hof van Justitie EG – 'een passende mate van openbaarheid' betrachten. Deze verplichting vloeit volgens het Hof van Justitie EG voort uit de fundamentele (EU) verdragsbeginselen en de daarin vervatte 'vier vrijheden' in het bijzonder.

In dit verband is noemenswaardig de recent door de Europese Commissie uitgevaardigde Interpretatieve Mededeling waarin nadere voorschriften zijn vervat ten aanzien van opdrachten onder de drempelwaarden en opdrachten terzake de zogenoemde II-B diensten.⁶

De vraag die derhalve rijst is of er ook een voldoende 'algemeen belang' (als bedoeld in art. 1 Eerste Protocol EVRM) aanwezig is op basis waarvan onteigend kan worden indien weliswaar geen aanbestedingsplicht in de zin van de Richtlijn casu quo BAO geldt maar de overheid wil bewerkstelligen dat zij aan haar transparantieplichting kan voldoen. Strikt beschouwd vloeit het transparantiebeginsel voort uit het EU-Verdrag dus in die zin lijkt – op het eerste gezicht – evenzeer een 'algemeen belang' aanwezig. Indien sprake is van opdrachten onder de drempelwaarden is per definitie sprake van opdrachten van bescheiden omvang; in dergelijke gevallen lijkt me dat een voldoende 'algemeen belang' om tot onteigening te kunnen overgaan in de regel niet aanwezig zal zijn. Bovendien is zeer wel denkbaar dat in dat geval – ook – niet aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan.

Indien echter sprake is van een grootschalig ontwikkelingsproject dan is het bedrag dat gemoeid is met de grondverkoop door de overheid (en alle overige met de ontwikkeling samenhangende zaken) – gesteld dat zij die als gevolg van onteigening zou hebben verworven – wel degelijk (zeer) aanzienlijk. Is alsdan het kunnen naleven van het transparantiebeginsel zoals voortvloeiend uit het EU-Verdrag een voldoende 'algemeen belang' om een onteigening te kunnen rechtvaardigen zodat de overheid bijgevolg het gehele project door middel van enigerlei vorm van aanbesteding 'in de markt kan zetten'? Het onderzoek van de Universiteit van Amsterdam geeft op deze vraag geen antwoord.

Indien het antwoord bevestigend zou luiden, is het zelfrealisatierecht daarmee namelijk een volstreekte lege huls geworden: alsdan zou de verplichting voor de overheid om aan het transparantiebeginsel te voldoen in alle gevallen – voor eens en altijd dus! – reeds een voldoende 'algemeen belang'

creëren om tot onteigening over te gaan (met uitzondering van 'bagatel'-gevallen natuurlijk).

Het komt me voor dat dat wel erg ver – te ver – gaat. Bovendien zou een dergelijke conclusie volstrekt haaks staan op de conclusies zoals minister Dekker deze in haar brief aan de Tweede Kamer heeft samengevat, namelijk dat (ongeclausuleerde) afschaffing van het zelfrealisatierecht om diverse redenen – die zowel van economisch, kwalitatieve als juridische aard zijn – juist en uitdrukkelijk niet opportuun is.

8. CONCLUSIE

De brief van minister Dekker lijkt – geheel onterecht – enigszins in de vergetelheid terecht te zijn gekomen. Ik meen dat deze brief met de daar bij behorende onderzoeksrapportages in velerlei opzicht uitermate interessant en bovendien heel wezenlijk voor de praktijk zijn. Al geruime tijd gaan immers (politieke) stemmen op om de positie van grondeigenaren en hun zelfrealisatierecht in te perken. Met deze brief en rapportages is aan die discussie – in ieder geval – voorlopig een eind gekomen. Een ander kabinet is uiteraard in de gelegenheid dit standpunt te herzien maar de onderzoeksuitkomsten bieden in ieder geval geen (deugdelijke) argumenten om het zelfrealisatierecht af te schaffen. Grondeigendom (en al hetgeen daarmee verband houdt) is echter niet los te zien van politieke voorkeuren – en politiek heeft nu eenmaal zo haar eigen dynamiek.

De auteur is verbonden aan Lexecon te Amsterdam.

- 1 De brief (alsmede de bijlagen) is te vinden op www.minvrom.nl onder 'Pers': <http://www.vrom.nl/pagina.html?id=2363>. Het persbericht verscheen onder de alomvattende titel: 'Gedwongen concurrentie bij planontwikkeling niet nodig voor betere woningen'. Inmiddels verscheen in *Bouwrecht*, oktober 2006, een artikel van mr. R. Mellenbergh en prof. mr. B. Schueler over het door de Universiteit van Amsterdam krachtens deelopdracht onderzochte onderwerp: 'De mogelijkheden van afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel. De reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM en een vergelijking met de situatie in de VS.'
- 2 Het onderzoek is uitgevoerd door prof. mr. B.J. Schueler en mr. R. Mellenbergh.
- 3 Zie o.a. mr. A.G. Bregman, 'Zelfrealisatie of aanbesteding: een beschouwing naar aanleiding van het Scala-arrest', *BR* 2002, p. 10-20; mr. M.O. Meulenbelt, 'Is het zelfrealisatiebeginsel afgeschaft?', *BR* 2002, p. 857-863; mr. R.D. Luteijn, 'Grondeigendom: een rustig bezit?', *Tender Nieuwsbrief*, december 2002; mr. H.D. van Romburgh, 'Realisatie van openbare werken van openbare infrastructuur door grondeigenaren', *BR* 2004, p. 497-502.
- 4 Vergelijk Hof Den Haag (Mortiere Middelburg), 31 januari 2001 (LJN: AB0451) en HvJ EG (Scala Milaan), 12 juli 2001, zaak C-399/98.
- 5 Vergelijk o.a. HvJ EG (Unitron), 18 november 1999, zaak C-275/98; HvJ EG (Verstergaard), 3 december 2001, zaak C-59/00; HvJ EG (Telaustria), 7 december 2000, zaak C-324/98; HvJ EG (CoNaMe), 13 oktober 2005, zaak C-438/03; HvJ EG (Parking Brixen), 13 oktober 2005, zaak C-458/03.
- 6 Interpretatieve Mededeling van 1 augustus 2006 (2006/C 179/02).