

Grondeigendom: een rustig bezit? (deel II)

Enige tijd geleden is in *Tender Nieuwsbrief* aandacht besteed aan het onderwerp grondeigendom¹. Dit, nadat werd gesteld dat gemeente op grond van het 'Scala'-arrest² private partijen moeten en kunnen onteigenen om de op die gronden aan te leggen openbare infrastructuur Europees te kunnen aanbesteden. Inmiddels is sprake van een aantal nieuwe ontwikkelingen die hier worden besproken.

Veelvuldig komt de vraag aan de orde welke positie gemeenten in dienen te nemen, als zij geconfronteerd worden met private partijen die grondposities hebben en op die gronden zelf de openbare infrastructuur wensen aan te leggen (naast – uiteraard – de door hen te plegen woningbouw). Daarbij wordt onder openbare infra verstaan: de wegen, fietspaden, plantsoenen, openbaar groen et cetera.

Tot dusverre wordt algemeen aangenomen dat in dergelijke gevallen geen onteigening kan plaatsvinden en men gerechtigd is op eigen gronden zelf zodanige infra te realiseren. Deze stellingname is echter aan erosie onderhevig. In eerste instantie werd gesteld dat de Onteigeningswet aangepast diende te worden om aldus een aanbesteding van de openbare infra te kunnen organiseren. Daarbij werd echter voorbij gegaan aan het feit dat een dergelijke aanpassing getoetst dient te worden aan artikel 1 Protocol EVRM, welke bepaling voorziet in een bescherming van het eigendomsrecht en aantasting daarvan slechts bij uitzondering toelaat en daaraan waarschijnlijk in de weg staat.

Recent zijn er twee artikelen verschenen waarbij men een nieuwe invalshoek kan ontwaren. De Jong stelt dat men hierbij het 'bouwrecht' moet onderscheiden van de grondeigendom: de grondeigenaar blijft grondeigenaar maar moet tolereren dat op zijn grond, althans een deel ervan, een aanbesteding wordt georganiseerd en daarop, eventueel door een derde, de openbare infra wordt gerealiseerd.³ Een dergelijke inbreuk op het eigendomsrecht gaat immers minder ver dan een volledige onteigening en zou mogelijk wel toelaatbaar zijn. Van Romburgh is er voorstander van om in de wet op te nemen dat de grondeigenaar verplicht is een Europese aanbesteding te organiseren.⁴

Praktijkvoorbeeld

Aan de hand van een voorbeeld zou ik de situatie willen uitdiepen. Stel: een aannemer heeft een aantal hectaren grond aangekocht voor 30.⁵ Hij prognosticeert dat hij op dit perceel grond 25 huizen kan bouwen en dat de verkoopopbrengst van al die huizen gezamenlijk 100 is. Voorts berekent hij dat de bijkomende kosten 60 bedragen, daaronder begrepen bouwrijp maken, realisatie openbare infrastructuur, bouwkosten, ontwikkelingskosten et cetera. Zijn winst is 10 derhalve. In de praktijk wordt daarbij met de gemeente overeengekomen dat de openbare infra na realisatie niet aan de gemeente wordt overgedragen, zo ook in dit geval. Gevolg: de gemeente krijgt geheel 'om niet'⁶ de openbare infrastructuur geleverd – op kosten van de aannemer/grondeigenaar of, zo men wil, de huizenkopers.

Gevolgen: droomscenario?

Stel nu dat de realisatiekosten van de infra 20 bedragen, alsmede dat de realisatie van de infra Europees aanbesteed zou (kunnen) worden door de gemeente. Wat zijn dan de feitelijke gevolgen?

Ik zou menen dat in een dergelijk geval de private partij c.q. aannemer een dergelijke aanbesteding altijd wint. Immers, als de realisatiekosten 20 bedragen (de marktprijs derhalve) kan hij eenvoudig een prijs van (bijvoorbeeld) 15 bieden: gelet op zijn beoogde projectopbrengsten maakt hij altijd winst op het totale project en een derde partij zal zeker niet – te veel – onder de 20 willen en kunnen bieden. Bijkomend voordeel is bovendien dat de overheid (gemeente) hem de 15 betaalt voor de realisatie van de infra, waardoor zijn winst niet op 10 uitkomt maar op 25!

Een droomscenario voor de aannemer/grondeigenaar. Waar het echter 'misgaat', is het feit dat de gemeente de door haar betaalde kosten (in dit voorbeeld 15) weer op de aannemer/grondeigenaar zal (willen) verhalen, opdat de gemeente per saldo niets (afgezien van die ene symbolische euro dan) betaalt en bijgevolg waarvan de rekening voor de realisatie van de infra toch weer volledig bij de aannemer/grondeigenaar komt te liggen. In de praktijk zal de gemeente namelijk op voorhand (trachten te) bedingen dat de aannemer/grondeigenaar genoemde 15 aan haar betaalt, opdat de infra haar uiteindelijk niets kost; zoniet: dan zal zij haar medewerking aan de noodzakelijke bestemmingsplanwijziging weigeren. En voorzover dat station al gepasseerd is, zal men (pogen) deze kosten te verhalen via een exploitatieovereenkomst of baatbelasting⁷ of, in de toekomst, de grondexploitatievergunning.

Het feitelijk effect van een en ander is derhalve niet anders dan in het gangbare scenario: de overheid krijgt de infra nog steeds voor niets, terwijl de aannemer/grondeigenaar het werk uitvoert en alsnog de rekening hiervan betaalt. Het verschil is dat er geld wordt rondgepompt en dat er, strikt genomen, wordt aanbesteed. Welbeschouwd zou de aannemer/grondeigenaar ook voor een euro kunnen inschrijven.⁸

Wie betaalt aan: gemeente of aannemer?

Het voorgaande behoeft enige kanttekeningen. Ik ben er immers van uitgegaan dat de gemeente de aanbesteding organiseert en de opdrachtnemer betaalt, terwijl de vraag op voorhand juist is wie in zodanig geval de aanbesteding organiseert en derhalve de nota van de opdrachtnemer betaalt. Uit de voorstellen van De Jong blijkt dat niet (expliciet). Van Romburgh stelt daarentegen dat de opdrachtnemer de aanbesteding moet uitschrijven en daarom (naar ik aanneem) ook de nota van de opdrachtnemer moet betalen – de aannemer die de grondeigendom heeft, mag dan bijgevolg niet meedingen. Immers, het lijkt (zoals Van Romburgh stelt) ondenkbaar dat, mede gelet op het bepaalde in artikel VI.4 GPA ('onoorloofde belangenverstrengeling'), een aannemer inschrijft op een door hemzelf georganiseerde aanbesteding.⁹ Een dergelijke consequentie is natuurlijk wel zeer merkwaardig. Dat men een aanbesteding moet tolereren op de eigen grond 'is nog tot daar aan toe', maar dat men vervolgens ook nog eens niet mag meedingen naar de opdracht is natuurlijk wel zeer – mijns inziens té – vergaand. Nog afgezien van het feit dat men zich überhaupt moet afvragen of artikel 1 Protocol EVRM toestaat dat een grondeigenaar een dergelijke aanbesteding op zijn grond moet tolereren, dient men zich ook af te vragen of het bij voorbaat uitsluiten van deelname van de grondeigenaar niet helemaal

een brug te ver is.¹⁰ Artikel 1 Protocol EVRM staat weliswaar toe dat 'in het algemeen belang' eigendomsrechten aangetast kunnen worden, maar een dergelijke maatregel dient wel 'proportioneel' te zijn.¹¹ Zo is denkbaar dat de aannemer/grondeigenaar het goedkoper kan dan een derde, zodat het 'algemeen belang' alleen al om die reden rechtvaardigt dat de grondeigenaar kan meedingen naar de opdracht. Immers, de aannemer/grondeigenaar zit nu eenmaal al op de grond en geniet daardoor synergie- en andere praktische voordelen.

Het voorgaande klemmt temeer indien de overheid de door haar betaalde realisatiekosten van de infra niet (geheel) zou kunnen verhalen op de aannemer/grondeigenaar en de overheid (lees: de belastingbetaler) aldus (gedeeltelijk) moet betalen voor de realisatie van de infra, terwijl zij dat niet zou behoeven te doen indien, zoals gebruikelijk, de aannemer/grondeigenaar deze 'om niet' aan haar overdraagt.

Een onvoorwaardelijke uitsluiting op voorhand oogt als disproportioneel en men dient zich bovendien ernstig af te vragen of een dergelijke 'uitsluiting bij voorbaat' zich verdraagt met de systematiek van de aanbestedingsrichtlijnen die immers voorzien in een gesloten stelsel van uitsluitingsgronden.¹²

Artikel VI.4 GPA

Belangrijk(st)e sta in de weg in dit verband is artikel VI.4 GPA. Men zou deze problematiek mogelijk kunnen neutraliseren door alle deelnemers een gelijke hoeveelheid informatie te verstrekken en in alle opzichten volledig transparant te zijn. In dat verband is bovendien denkbaar dat de aanbesteding door een derde partij – bijvoorbeeld een ingenieurs- of ander adviesbureau – wordt georganiseerd, om aldus te bewerkstelligen dat sprake is van volledige gelijkheid tussen partijen alsmede een onafhankelijke beoordeling. Zou men overigens al menen dat een dergelijke uitsluiting op voorhand wél is toegestaan, dan rijst de vraag of dit ook dient te gelden voor, bijvoorbeeld, een dochter- of zustermaatschappij van de aannemer die de grondpositie heeft.

Kortom: voor zover het toelaatbaar zou zijn een aanbesteding te (laten) organiseren op de gronden van een aannemer/grondeigenaar, zijn er naar mijn mening goede gronden om te betogen dat de aannemer/grondeigenaar moet kunnen meedingen naar de opdracht. De problematiek die voortvloeit uit artikel VI.4 GPA, kan men door het treffen van maatregelen mogelijk afdoende gepareerd worden.

Publieke aangelegenheid?

De realisatie van openbare infra is overigens niet noodzakelijkerwijs in alle omstandigheden een 'publieke aangelegenheid' – hetgeen immers de legitimering voor genoemde aanbestedingsplicht is. Het is immers denkbaar dat op bedrijventerreinen of kantorenparken de aldaar gevestigde ondernemingen zelf de openbare infra realiseren en de eigendom daarvan behouden en onderhouden. Hetzelfde zou men zich kunnen voorstellen bij – wat men in de Verenigde Staten noemt – 'gated communities': enclaves van meestal welgestelde bewoners die zelf hun eigen openbare infra realiseren en onderhouden.

Relativering

Van Romburgh stelt terecht dat de onderhavige problematiek uitsluitend speelt, als de grondeigenaar tevens aannemer is. Indien de grondeigenaar een particulier is of een uitsluitende projectontwikkelaar, is deze problematiek afwezig. Dat roept tegelijkertijd de vraag op hoe relatief deze problematiek is: er zijn maar weinig ondernemingen die zowel ontwikkelen als infra realiseren, en deze hebben zeker niet op alle ontwikkelingslocaties grondposities.

Ook de huizen zullen als gevolg van een verplichte aanbesteding van de infra waarschijnlijk niet goedkoper worden: de verkoopprijs van huizen wordt immers bepaald door wat 'de markt' wenst te en kan betalen – daarbij is in feite niet relevant hoe hoog de (totale) 'fabricagekosten' van deze huizen zijn.

'Scala'

In het voorgaande is geabstraheerd van de vraag in hoeverre de uitspraak inzake 'Scala' per se dwingt tot het aanbesteden van openbare infra, mits onomstotelijk vaststaat dat de infra wordt gerealiseerd zonder ook maar een euro overheidsgeld. In de praktijk zijn er tal van ontwikkelingen waarbij evident aantoonbaar is dat de realisatie van de infra de overheid in het geheel niets kost – op die ene symbolische euro na dan.¹³

Conclusie

Een alleszins interessante materie. Het scheiden van het 'bouwrecht' van de grondeigendom roept echter wel een aantal complexe vragen op. Hetzelfde geldt voor het bij wet bepalen dat een grondeigenaar een aanbesteding op zijn grond moet organiseren. De vraag die men zich moet stellen is of een eventuele regeling haar doel niet voorbij schiet. Het lijkt voornamelijk 'Prinzipienreiterie' te zijn waarbij de praktische gevolgen te gemakkelijk uit het oog worden verloren. Ik nodig hierbij eenieder uit voor een nadere gedachtewisseling.

Mr. Robbert D. Luteijn

Lexecon (www.lexecon.nl)

Noten

1. Zie mr. R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief*, december 2002, nr. 8, p. 4.
2. HvJ EG 12 juli 2001, C-399/98.
3. Prof. mr. J. de Jong, *Bouwrecht*, juni 2005, p. 499 e.v.
4. Mr. H.D. van Romburgh, *Bouwrecht*, juni 2004, p. 497 e.v. alsmede diens proefschrift, p. 154 e.v.
5. Bij voorkeur alle getallen met 1 miljoen euro te vermenigvuldigen om tot een wat realistischer beeld te komen.
6. Kan het nog doelmatiger?
7. Kostenverhaal via baatbelasting en een exploitatieovereenkomst is aan aanzienlijke beperkingen onderworpen.
8. Het aspect '(niet-)passende aanbidding' is hierbij natuurlijk wel een punt van aandacht.
9. Wat te doen als de laagste bidder een prijs offreert die hoger ligt dan de prijs die de grondeigenaar/aannemer had gecalculleerd?
10. Een vingerwijzing kan men mogelijk ontwaren in een recente uitspraak van het EHRM 22 februari 2005 ('Hutten-Capsza/Polen'), NJB 2005, p. 1243 e.v.
11. Artikel 1 Protocol EVRM spreekt van een 'fair balance'.
12. Vergelijk onder andere HvJ EG, C-21/03 en C-34/03, d.d. 3 maart 2005 ('Fabricom').
13. Overigens geldt het voorstel van Van Romburgh alleen indien sprake is van een 'bezwarende titel'. Indien men de infra 'om niet' overdraagt, is dat immers een wezenlijke voorvraag.