

## Grondeigendom: een rustig bezit?

De afgelopen maanden zijn diverse artikelen gepubliceerd waarbij de vraag aan de orde is gekomen of de uitspraak van het Hof van Justitie EG inzake Scala al dan niet impliceert dat overheden tot onteigening kunnen overgaan, zodat de overheid vervolgens op de van een projectontwikkelaar onteigende gronden de openbare infrastructuur Europees kan aanbesteden.<sup>1</sup> Ik meen dat in die discussie nog onvoldoende aandacht is besteed aan het specifieke karakter van het eigendomsrecht.

De voorstanders van een dergelijke interpretatie menen dat projectontwikkelaars niet langer met een beroep op zelfrealisatie een onteigening op grond van de Onteigeningswet kunnen voorkomen. Het door het Hof van Justitie EG in Scala benoemde, beoogde, nuttig effect van de richtlijnen zou namelijk een voldoende noodzaak opleveren om krachtens artikel 79 Onteigeningswet te onteigenen. Bovendien wordt betoogd dat het Europese (aanbestedings)recht prevaleert boven de nationale onteigeningswetgeving.

### Specifiek karakter

Ik meen dat te lichtvoetig voorbij wordt gegaan aan het specifieke karakter van het eigendomsrecht. Ik verwijs naar artikel 1, Protocol 11, Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens: 'Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.' Artikel 6 lid 2 van het EU Verdrag bepaalt vervolgens: 'De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van Gemeenschapsrecht.' De EU is derhalve aan het EVRM gebonden.

Daarmee wordt de discussie over de verhouding tussen de nationale Onteigeningswet en het Europese (mededingings- en aanbestedings)recht getild naar een niveau waarbij het gaat om botsende beginselen van Europees recht. Het beginsel dat steeds een eerlijke en daadwerkelijke mededinging mogelijk dient te zijn, botst met het beginsel dat eigendomsrechten in beginsel behoren te worden geëerbiedigd.

### Onteigening

Dat er onder omstandigheden onteigend mag worden is evident. Echter, het eigendomsrecht – een concept dat ruim tweeduizend jaar oud is – vormt de hoeksteen van ons civiele recht (en waarschijnlijk ook van de andere EU-lidstaten). Onteigening vormt daarop een wezenlijke inbreuk en de overheid zal dan ook met zeer zwaarwegende argumenten moeten komen om zodanige onteigening te rechtvaardigen. Het enkele feit dat de realisatie van openbare infrastructuur niet Europees aanbesteed kan worden – in situaties waarbij de grondeigenaar nota bene zelf uitstekend in staat is de benodigde infrastructuur aan te leggen – komt me niet a priori voor als een voldoende zwaarwichtig belang. Immers, Europees aanbesteden is een alleszins respectabel uitgangspunt maar we moeten het belang ervan ook niet overschatten. Zeker niet als dit met zich meebrengt dat het eigendom van een derde daartoe dient te worden afgenomen.

### Aanbesteden

Indien een overheid in staat is een opdracht aan te besteden, dient ze dat objectief, transparant en non-discriminatoir te doen – dat is hetgeen naar mijn mening (primair) wordt beoogd met de Europese aanbestedingsregels. Als zich echter een situatie voordoet waarbij er niet aanbesteed kan worden, kan het toch niet zo zijn dat de aanbestedingsregels het juridische middel vormen om derden hun rechten af te nemen, uitsluitend om vervolgens een aanbestedingsprocedure te kunnen doorlopen. Ik kan me nauwelijks voorstellen dat de aanbestedingsrichtlijnen (mede) zijn ingevoerd om de overheid (nog) een brekijzer te verschaffen om projectontwikkelaars hun eigendom afhandig te maken. De opname van diverse uitzonderingsbepalingen in de richtlijnen en het toepassen van drem-

pelbedragen onderstrepen dat: Europees aanbesteden is weliswaar wenselijk en nuttig, maar er zijn omstandigheden waarbij een Europese aanbesteding praktisch niet haalbaar of wenselijk is, vanwege andere te respecteren belangen. Het EU Verdrag zelf (artikel 295) bevat overigens ook een relevante bepaling: 'Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.' Deze bepaling brengt naar mijn mening eveneens met zich mee dat het respecteren van eigendomsrechten onder omstandigheden kan leiden tot een inbreuk op andere verdragsbeginselen. Voorts betreft Scala louter een aanbestedingsrechtelijk geschil waar op een aantal specifieke vragen – in een zeer specifieke Italiaanse context – antwoord is gegeven door het Hof van Justitie EG. Een specifieke belangenafweging tussen het eigendomsrecht en het recht op een daadwerkelijke en eerlijke mededinging treft men in de uitspraak niet aan; laat staan een expliciete toetsing aan artikel 1 van genoemd Protocol EVRM en/of artikel 295 EU-Verdrag. De stelling als zou op basis van Scala thans tot onteigening kunnen worden overgegaan, wordt naar mijn mening dan ook niet gedragen door de uitspraak. Bovendien mag niet vergeten worden dat projectontwikkelaars met veel risico reeds in een vroegstadium grondposities innemen. Gemeenten zouden dat zelf ook kunnen doen en hebben bovendien nog het voorkeursrecht op grond van de (recent nog aangescherpte) Wet Voorkeursrecht Gemeenten, terwijl haar ook nog de Onteigeningswet ter beschikking staat. Dient vervolgens de positie van de gemeente dan nog extra versterkt te worden, enkel omdat een opdracht niet aanbesteed kan worden? Ik meen dat het antwoord stellig ontkennend dient te luiden.

Mr. R.D. (Robbert) Luteijn  
Lexecon (www.lexecon.nl)

### Noot

1. Mr M.O. Meulenbelt in *Tender Nieuwsbrief* augustus 2001 (blz. 6) en *Bouwrecht* oktober 2002 (blz. 857); Dr Ir A.G. Bregman in *Bouwrecht* januari 2002 (blz. 10) en oktober 2002 (blz. 864); Mr A Moret / Mr J.J.A.W. Plomp, *Nieuwsbrief Onroerend Goed*, nr. 16, blz. 2.