

# Zelfrealisatie versus aanbesteding volgens VROM

De vraag hoe het onteigeningsrecht – en in het bijzonder het zelfrealisatierecht – zich verhoudt tot het Europese aanbestedingsrecht houdt de gemoederen al geruime tijd bezig, met name sinds de uitspraak in de ‘Scala’-zaak. In 1999 had het ministerie van VROM via een circulaire nog (voorzichtig) bevestigd dat het hebben van grondeigendom aanbesteding in de weg kon staan. Na de uitspraak in ‘Scala’ – waarbij het Hof van Justitie EG aangaf dat het hebben van grondeigendom geen rechtvaardiging was om niet tot Europese aanbesteding over te gaan – werd deze circulaire schielijk ingetrokken. Daarbij werd niet vermeld hoe het nu moest in de praktijk.

## Strijdige uitgangspunten

De uitgangspunten van het onteigenings- en aanbestedingsrecht staan haaks op elkaar. Enerzijds onderkent het Nederlandse rechtstelsel dat onteigening slechts in uitzonderlijke gevallen bij wet en tegen vergoeding mag geschieden. Het zelfrealisatierecht – het recht van de eigenaar van een grondperceel om op zijn grond de beoogde bestemming te realiseren – is bijgevolg een sterk recht. Op grond daarvan kan onteigening worden voorkomen, mits de eigenaar financieel en technisch gezien tot (zelf)realisatie van de beoogde bestemming in staat is. Anderzijds is er het principe dat overheden door hen betaalde opdrachten Europees dienen aan te besteden. Deze haaks op elkaar staande principes leiden vooral tot een dispuut wanneer de overheid een ‘publiek werk’ wenst te realiseren, terwijl het perceel grond waarop dit werk gerealiseerd dient te worden, eigendom is van een private partij en deze partij deze bestemming kan realiseren. Welk principe prevaleert in dat geval?

## VROM

Minister Dekker van VROM – inmiddels afgetreden – heeft dit onderwerp laten onderzoeken in het kader van een bredere vraag: zijn er (goede) redenen om de Onteigeningswet aan te scherpen (en het zelfrealisatiebeginsel af te schaffen), om op die manier in concurrentie woningen te kunnen realiseren? De gedachte zou dan zijn dat grondeigenaren eenvoudig onteigend kunnen worden, waarna de overheid het plan middels enige vorm van aanbesteding of selectie ‘in de markt zou kunnen zetten’. De minister heeft deze kwestie vanuit diverse invalshoeken laten onderzoeken door de universiteiten van Amsterdam

en Nijmegen, Ecorys en De Brauw Blackstone Westbroek.

De Universiteit van Amsterdam kreeg tot taak te onderzoeken hoe een afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel zich zou verhouden tot artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Deze bepaling beschermt de eigenaar van enig ‘goed’ tegen onteigening, met dien verstande dat die bescherming bepaald niet absoluut is. Onteigening is toegelaten, mits er een (voldoende) ‘algemeen belang’ aanwezig is, onteigening proportioneel is (‘fair balance’), schadeloosstelling plaatsvindt en het bij wet is voorzien.

Een analyse van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens leert dat het algemeenbelang-vereiste slechts marginaal wordt getoetst door het EHRM. Oftewel: er zal reeds spoedig sprake zijn van een voldoende algemeen belang om tot onteigening over te kunnen gaan. Dat neemt niet weg dat de onderzoekers concluderen dat een ongeclausuleerde afschaffing van het zelfrealisatiebeginsel ‘te kort door de bocht is’. Weliswaar zal vaak sprake zijn van een voldoende algemeen belang om onteigening te rechtvaardigen, maar dat is niet steeds en altijd het geval. Alle onderzoeken op een rij zettend, concludeert de minister dat er geen redenen zijn om de Onteigeningswet aan te passen (lees: het zelfrealisatiebeginsel onverkort af te schaffen). Niet alleen zou een dergelijke beslissing juridisch gezien op gespannen voet staan met het EVRM; ook vanuit economisch of kwalitatief perspectief zijn er onvoldoende goede redenen om een zodanige wetswijziging door te voeren. De minister heeft in juni 2006 een en ander in een brief aan de Tweede Kamer verwoord.

## Aanbesteding versus zelfrealisatie

En passant buigen de onderzoekers van de UvA zich over de vraag hoe het aanbestedingsrecht en het EVRM zich verhouden. De onderzoekers concluderen – na analyse van de rechtspraak van het EHRM – dat het (kunnen) voldoen door de overheid aan haar aanbestedingsverplichting naar alle waarschijnlijkheid een voldoende algemeen belang oplevert om onteigening, en bijgevolg een inbreuk op het zelfrealisatiebeginsel, te rechtvaardigen. Dat is een interessante en belangwekkende conclusie.

Overigens is het natuurlijk wel zo dat deze conclusie waarschijnlijk uitsluitend van belang is voor de ‘publieke werken’. Dergelijke werken (infrastructuur en typische publieke voorzieningen) behoren immers Europees te worden aanbesteed en de praktijk was en is aan die gedachte inmiddels ook wel redelijk gewend. De zelfrealisatie van woningen en commerciële voorzieningen door de grondeigenaar is een andere zaak. Die ‘werken’ hoeven niet door de overheid Europees te worden aanbesteed (gesteld dat zij de grond zou bezitten) krachtens de Richtlijn en voor wat betreft dergelijke werken is er geen rechtvaardiging om tot onteigening over te gaan.

## ‘Weggestopt’

De paragraaf waarin deze problematiek is beschreven en uitgewerkt is een beetje ‘weggestopt’ als onderdeel van een breder onderzoek, terwijl ook het standpunt van de minister relatief weinig aandacht heeft gekregen. Dat is jammer, want de onderzoeksresultaten bevatten vanuit juridisch perspectief uitermate interessante gezichtspunten.

Redactie Tender Nieuwsbrief