

*De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol
bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*

*De eigendomsbescherming
van artikel 1 van het Eerste Protocol
bij het EVRM en het
Nederlandse burgerlijk recht*

Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Prof. mr. T. Barkhuysen

Hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden
en advocaat te Amsterdam

Mr. M.L. van Emmerik

Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van
Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Mr. H.D. Ploeger

Universitair docent onroerendgoedrecht aan de TU Delft

KLUWER 

2005

Grafische vormgeving
Bert Arts BNO

ISBN 90 13 02619 2
NUR 822-205

© 2005, Prof. mr. T. Barkhuysen, mr. M.L. van Emmerik en mr. H.D. Ploeger

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

Inhoud

Woord vooraf	VII
De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief <i>Prof. mr. T. Barkhuysen & mr. M.L. van Emmerik</i>	1
De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale civielrechtelijke perspectief <i>Mr. H.D. Ploeger</i>	103

Woord vooraf

Constitutionalisering van het privaatrecht staat hoog op de (wetenschappelijke) agenda. In de hierna volgende preadviezen staat centraal de betekenis van het fundamentele recht op eigendom, als opgenomen in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, voor het burgerlijk recht.

De preadviseurs Barkhuysen & Van Emmerik analyseren art. 1 EP vanuit Straatsburgs perspectief. Allereerst bestuderen zij de doorwerking van het EVRM in de nationale rechtsorde in algemene zin. Daarbij is er bijzondere aandacht voor de werking van dit verdrag in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het preadvies is daarmee ook van belang voor degenen die los van de specifieke context van het eigendomsrecht zijn geïnteresseerd in de betekenis van het EVRM voor het burgerlijk recht. Voorts komt aan de orde welke normen er precies uit art. 1 EP voortvloeien en hoe deze zich verhouden tot verwante publiekrechtelijke rechtsnormen. In dit verband wordt een analyse gemaakt van de jurisprudentie van het EHRM en de Nederlandse rechtspraktijk.

Preadviseur Ploeger beziet de toepassing van art. 1 EP in de nationale rechtspraktijk. Het constitutioneel eigendomsbegrip wordt door hem nader bestudeerd vanuit het standpunt van de nationale rechtsvinder. Uiteindelijk beantwoordt hij de vraag of en, zo ja, in hoeverre art. 1 EP iets kan toevoegen aan het privaatrechtelijke pakket van normen op het gebied van het Nederlandse vermogensrecht.

Tom Barkhuysen
Michiel van Emmerik
Hendrik Ploeger

De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief

*Prof. mr. T. Barkhuysen & mr. M.L. van Emmerik**

* Tom Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Michiel van Emmerik is werkzaam bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hij schrijft op persoonlijke titel. Dit preadvies is mede geschreven in het kader van de onderzoeksprogramma's 'Securing the Rule of Law in Multilevel Jurisdictions' en 'Vraagstukken van vermogensrecht - Constitutionalisering, transnationalisering en de eenheid van het Nederlandse vermogensrecht' van het Leidse E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek. De tekst is afgerond op 10 januari 2005. De auteurs danken Stefanie Kelterman, student-assistent bij de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden, voor haar hulp bij het verzamelen van het benodigde materiaal. Zij zijn verder veel dank verschuldigd aan hun collega's en aan Annemieke Hendrikse, Siewert Lindenbergh, Guus Poublon en Alexander Schild.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	5
1.1 Plaatsbepaling van het onderwerp	5
1.2 Belang van het onderwerp	7
1.3 Afbakening van het onderwerp, vraagstelling en plan van behandeling	9
2. De (door)werking van het EVRM en de gevolgen voor het privaatrecht	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Werking van het EVRM	11
2.2.1 De ontwikkeling van het EVRM	11
2.2.2 De uit het EVRM als verdrag voortvloeiende verplichtingen: rechtswerking en het voorzien in nationale rechtsmiddelen	12
2.2.3 De reikwijdte van de bescherming	15
2.2.4 Interpretatie van het verdrag	19
2.2.5 Beperking van de verdragsrechten	22
2.2.6 Toetsing door het EHRM: de ‘margin of appreciation’ van de verdragsstaten en de wens geen ‘vierde instantie’ te zijn	25
2.3 Doorwerking in de nationale rechtsorde	29
2.3.1 Introductie	29
2.3.2 Het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak als onderdeel van het Nederlandse recht	30
2.3.3 De tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland	34
2.3.4 Het EVRM en andere grond- en mensenrechtencatalogi	36
2.3.5 De meerwaarde van het EVRM ten opzichte van de Nederlandse grondwettelijke grondrechtencatalogus	37
2.4 De gevolgen voor het privaatrecht	38
2.4.1 Introductie	38
2.4.2 Doorwerking van grondrechten in het privaatrecht: enkele basismodellen	39
2.4.3 Doorwerking van EVRM-rechten in het Nederlandse privaatrecht op grond van het verdrag en de Grondwet	41
2.4.3.1 Het kader van het EVRM en de Grondwet	41
2.4.3.2 Welke ruimte biedt dit kader aan particulieren om grondrechten te schenden?	43
2.4.3.3 Afstand van recht in particuliere relaties?	46
2.4.3.4 De Nederlandse rechtspraktijk	48
2.5 Conclusie	49

3.	Analyse op hoofdlijnen van artikel 1 EP en de Straatsburgse jurisprudentie	50
3.1	Inleiding	50
3.2	Introductie van het verdragsartikel	51
3.3	Positieve verplichtingen en rechtsbeschermingsvereisten met betrekking tot artikel 1 EP	53
3.4	Gelijke behandelingsvereisten met betrekking tot artikel 1 EP	55
3.5	Autonome en ruime uitleg van het eigendomsbegrip	56
3.6	Inmenging in het eigendomsrecht en rechtvaardiging daarvan	60
3.6.1	Inmenging	61
3.6.2	Rechtvaardiging	62
3.7	Bijzondere waarborgen bij ‘ontneming’ van eigendom	66
3.8	Ruimte voor de staat: de ‘margin of appreciation’	67
3.9	Conclusie	68
4.	Analyse van de nationale rechtspraak inzake artikel 1 EP op het terrein van het burgerlijk recht	70
4.1	Inleiding	70
4.2	Rechtspraak	71
4.2.1	Overheidsaansprakelijkheidszaken	71
4.2.1.1	Verkregen rechten	71
4.2.1.2	Vorderingsrechten	74
4.2.1.3	Terugwerkende kracht	75
4.2.1.4	Pensioenrechten	76
4.2.1.5	Regulering grondgebruik	77
4.2.1.6	Huur en onteigening	78
4.2.1.7	Uitkoop aandelen	78
4.2.2	Particuliere geschillen	79
4.2.2.1	Toepassing limiteringsregeling schadevergoeding openbaar vervoer	79
4.2.2.2	Echtscheidingsovereenkomst	81
4.3	Wetgeving en bestuurshandelingen	82
4.4	Conclusie	84
5.	Met artikel 1 EP verwante publiekrechtelijke normen	86
5.1	Inleiding	86
5.2	EG/EU-recht en overig internationaal recht	86
5.2.1	EG/EU-recht	86
5.2.2	Overig internationaal recht	90

T. BARKHUYSEN & M.L. VAN EMMERIK

5.3	Nederlandse Grondwet	90
5.4	Publiekrechtelijke rechtsbeginselen	93
5.5	Conclusie	96
6.	Slotbeschouwing	97

1. INLEIDING

1.1 Plaatsbepaling van het onderwerp

In 1986 leidde Biesheuvel zijn preadvies over burgerlijk recht en grondrechten voor uw vereniging in met een verwijzing naar een citaat van de Amsterdamse advocaat J.A. Levy uit 1900. Deze noemde de rechtspositie van contracterende partijen ‘een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang’. Biesheuvel sloot dit preadvies vervolgens af met de conclusie dat de relatie tussen burgerlijk recht en grondrechten nog steeds en in meerdere opzichten als een dergelijk vraagstuk kon worden gekwalificeerd.¹

Konden de eerste preadviezen uitgebracht voor uw vereniging nog in brede zin gaan over burgerlijk recht en grondrechten,² nu, bijna twintig jaar later, kan daarvan binnen het bestek van een preadvies slechts een deelaspect worden behandeld. Centraal staat dit jaar de betekenis van het fundamentele recht op eigendom, zoals beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (verder: art. 1 EP) voor het burgerlijk recht, een bepaling die voor het Nederlandse civiele recht door met name W. Snijders en Hartlief weer onder de aandacht is gebracht.³ Dit tekent enerzijds de enorme ontwikkeling die de fundamentele rechten (grond- en mensenrechten)⁴ en meer in het bijzonder het eigendomsrecht de afgelopen decennia hebben doorgemaakt en anderzijds de toegenomen belangstelling van civilisten voor deze rechten.

Het onderwerp dat centraal staat in dit preadvies past in een breder thema dat de laatste jaren hoog op de civielrechtelijke onderzoeksagenda staat, namelijk dat van de zogenaamde ‘constitutionalisering’ van het privaatrecht. Waar vroeger vaker van ‘derdenwerking’ of ‘horizontale

- 1 M.B.W. Biesheuvel, Burgerlijk recht en grondrechten: ‘Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang’, Preadvies VBR, Lelystad 1986, p. 41-59.
- 2 Burgerlijk recht en grondrechten, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht door J.L.M. Elders en M.B.W. Biesheuvel, Lelystad 1986.
- 3 W. Snijders, De toekomst van de eigendom, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), In het nu wat worden zal, Schoordijk-bundel, Deventer 1991, p. 249-265; T. Hartlief, Het recht op eigendom onder het EVRM, in: A.W. Heringa & E. Myjer (red.), 45 jaar EVRM, Leiden 1996, p. 129-146. De lezer die nu reeds kennis wil nemen van de tekst van art. 1 EP zij verwezen naar paragraaf 3.2 van dit preadvies.
- 4 In het algemene spraakgebruik zijn grondrechten in nationale grondwetten verankerde fundamentele rechten en mensenrechten in verdragen neergelegde fundamentele rechten. Deze drie termen zullen hierna – tenzij anders aangegeven – als equivalenten naast elkaar worden gebruikt.

werking' van fundamentele rechten werd gesproken,⁵ wordt in de modernere (privaatrechtelijke) literatuur ook de term 'constitutionalisering' gebruikt om de doorwerking van met name fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen aan te duiden.⁶ Een belangrijke aanleiding voor de aandacht voor dit thema is dat fundamentele rechten niet alleen in de verhouding overheid - burger maar ook steeds vaker in geschillen tussen particulieren worden ingeroepen en dat de rechter daarbij ook bereid blijkt aan deze rechten een zekere werking te verlenen. Daarbij gaat het zowel om contractuele als buiten-contractuele verhoudingen.⁷ Is de belangrijke invloed van het in art. 6 EVRM verankerde recht op een 'fair trial' op het burgerlijk procesrecht en het recht op familielevens van art. 8 EVRM op het personen- en familierecht een gegeven,⁸ over de (potentiële) betekenis van andere fundamentele rechten op de overige terreinen van het privaatrecht bestaat nog veel onduidelijkheid.

Het onderwerp kan voorts ook in verband worden gebracht met de deels met constitutionalisering verwante ontwikkeling van de Europeanisering van het Nederlandse recht. Ook voor deze ontwikkeling

- 5 Bijv. L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle 1992; E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies*, Preadvies NJV, Zwolle 1995, p. 1-129.
- 6 Zie voor Nederland met name J.H. Nieuwenhuis, *De Constitutie van het burgerlijk recht*, RM Themis 2000, p. 203-211. S.D. Lindenbergh, *Constitutionalisering van contractenrecht, Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen*, WPNR 2004, p. 977-986 (op p. 977) spreekt – spiegelbeeldig – ook van 'privatisering van fundamentele rechten'. De invloed van het EG/EU-recht wordt eveneens aangemerkt als een vorm van constitutionalisering van het burgerlijk recht. Zie daarover O. Cherednychenko, *Report on the Conference "European Constitutionalisation of Private Law"*, ERPL 2003, p. 708-712. Opgemerkt zij dat in het kader van constitutionalisering doorgaans onder privaatrechtelijke verhoudingen de relaties tussen particulieren wordt verstaan, terwijl ook kan worden betoogd dat daaronder eveneens de verhouding overheid - burger valt in situaties waarin de overheid of haar wederpartij zich bedient van het privaatrecht (zie nader paragraaf 2.4 van dit preadvies).
- 7 Vgl. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies NVVR, Deventer 2003, p. 1-163; S.D. Lindenbergh, *De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht*, TVP 2004, p. 110-114; Lindenbergh 2004 (WPNR).
- 8 Vgl. P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Zwolle 1996; M. de Langen, *De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht*, Preadvies NJV, Zwolle 1990, p. 85-183; E.P. von Brucken Fock, *Familielevens en familierecht*, in: A.W. Heringa & E. Myjer (eindred.), *45 jaar EVRM*, Leiden 1996, p. 147-169 (met nadere verwijzingen).

bestaat een toenemende belangstelling, nu almaar duidelijker wordt dat rechtsnormen afkomstig uit het EVRM en het EG/EU-recht een steeds grotere betekenis krijgen en het nationale recht vergaand beïnvloeden. Er is tegenwoordig sprake van een *Multilevel Jurisdiction* waarin nationaal recht, EG/EU-recht en het EVRM interfereren en waarmee alle betrokken actoren terdege rekening moeten houden.⁹

Om het onderwerp dat in dit preadvies centraal staat goed te kunnen plaatsen moet, ten slotte, worden gewezen op de discussie over de uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad¹⁰ en het debat over de vraag waar de grenzen van mensenrechten liggen. Aanleiding voor dat laatste debat vormt het feit dat steeds meer rechten en belangen een mensenrechtelijke vertaling krijgen, dat mensenrechtennormen steeds verfijnder worden geïnterpreteerd en dat deze ook toepassing krijgen buiten de klassieke verhouding tussen overheid en burger. Tegenstanders van deze ontwikkeling pleiten voor het stellen van duidelijke grenzen aan mensenrechten en wijzen er op dat anders de beschermende waarde van de rechten die echt fundamenteel zijn in de relaties waar zij daadwerkelijk nodig zijn te veel in het gedrang zou komen.¹¹ Een oordeel over de juistheid van deze stelling wordt hier in het midden gelaten, maar het is duidelijk dat met de toepassing van het fundamentele eigendomsrecht van art. 1 EP in particuliere relaties de grenzen van de mensenrechtenbescherming verder worden verlegd.

1.2 Belang van het onderwerp

Waarom is – mede gelet op het hiervoor geschetste bredere verband – juist gekozen voor het onderwerp van de eigendomsbescherming van

- 9 Zie bijv. de diverse bijdragen aan G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Europeanisering van het Nederlands recht*, Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak, Deventer 2004. Zie ook de interessante bundel A. Hartkamp a.o. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, waarvan in het onderhavige kader met name van belang is de bijdrage van V. Zeno-Zencovich & N. Vardi, *The Constitutional Basis of a European Private Law*, p. 205-214. Waar het betreft de betekenis van EG/EU-recht zij ook verwezen naar M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer 2001 en de diverse bijdragen aan het NTBR-Themanummer, *De invloed van Europa op het Nederlandse privaatrecht*, NTBR 2004, p. 489-565.
- 10 Vgl. daarover A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadviezen NJV, Zwolle 1996; J.E.M. Polak e.a., *Overheidsaansprakelijkheid anno 2002: de stand van de rechtsontwikkeling*, O&A 2002, p. 2-14.
- 11 Zie voor een overzicht van de posities in het debat, N.J.H. Huls (red.), *Grenzen aan mensenrechten*, Leiden 1995.

art. 1 EP? Daaraan liggen meerdere redenen ten grondslag. Allereerst is de eigendom(sbescherming) van essentiële betekenis omdat deze samen met de overeenkomst de grondslag vormt voor het ruilverkeer waarop de huidige maatschappij is gebouwd, waarmee de eigendom – aldus Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten – zelfs als een ‘grondvorm van het recht’ kan worden beschouwd.¹² Daarnaast wordt juist op het eigendomsrecht van art. 1 EP in toenemende mate voor de rechter een beroep gedaan, zowel in geschillen tussen particulieren als in geschillen waarin een overheidspartij is betrokken. Daarbij komt dat de betekenis van art. 1 EP voor het privaatrecht in zekere zin omstreden is. Zo meent Smits dat art. 1 EP materieel weinig toevoegt aan de reeds uit het privaatrecht voortvloeiende normen ter bescherming van de eigendom.¹³ Een conclusie die aansluit op een eerdere publicatie van Ploeger en Stolker.¹⁴ Nieuwenhuis, daarentegen, ziet art. 1 EP als ‘een geheid groeifonds’ en als een ‘goudmijn voor een hernieuwd discours over eigendom, autonomie en solidariteit’.¹⁵ Het belang van het onderwerp wordt nog onderstreept door een bijzondere eigenschap van het eigendomsrecht die door Nieuwenhuis treffend is weergegeven: ‘Eigendom, het burgerlijkste der burgerlijke rechten, is tevens een van de Rechten van de Mens...’.¹⁶ Overigens is de status van het eigendomsrecht als mensenrecht niet onbetwist. Onder andere door Schermers is betoogd dat het eigendomsrecht strikt genomen niet de status van volwaardig en zelfstandig mensenrecht kan claimen omdat eigendom niet het wezen van de mens zou betreffen.¹⁷ Betoogde Schermers dit in 1988, Nieuwenhuis komt in 2000 tot een afwijkende conclusie. Hij ziet eigendom

12 Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten, 3-II, Goederenrecht, Zakelijke rechten, Deventer 2002, p. 17.

13 Smits 2003, p. 149-150.

14 H.D. Ploeger & C.J.J.M. Stolker, In search of the importance of Article 1 Protocol No. 1 ECHR to private law, in: J.P. Loof a.o. (eds.), *The right to property, The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht 2000, p. 69-89.

15 J.H. Nieuwenhuis, Een geheid groeifonds, TPR 2001, p. 1225-1230. Vgl. buiten de context van het eigendomsrecht ook J.H. Nieuwenhuis, *Schwere Wörter*, Redactioneel, RM Themis 2004, p. 109-110. J.M. Milo lijkt op een vergelijkbare lijn te zitten in een annotatie in EHRC – European Human Rights Cases 2004, 105.

16 Nieuwenhuis 2001, p. 1225.

17 H.G. Schermers, The international protection of the right of property, in: F. Matscher & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, p. 565-580. In deze zin ook J. Kingston, Rich people have rights too?, The status of property as a fundamental human right, in: L. Heffernan (ed.), *Human Rights, A European Perspective*, Dublin 1994, p. 284-297.

wel als een mensenrecht en wijst daarbij – kort gezegd – op het nauwe verband tussen de economische positie van personen en hun menselijke waardigheid.¹⁸ Wat daarvan ook zij, in ieder geval kan worden geconstateerd dat het eigendomsrecht een dubbele verankering heeft die nadere bestudering van de betekenis van de mensenrechtelijke pendant daarvan in art. 1 EP des te belangrijker maakt omdat deze direct repercussies zou kunnen hebben voor de privaatrechtelijke eigendomsbescherming. Daarmee dringt de vraag zich op of op dit terrein vergelijkbare ontwikkelingen in het verschiep zouden kunnen liggen als die zich hebben voorgedaan ten aanzien van het recht op een ‘fair trial’ en het recht op familieleven.

1.3 Afbakening van het onderwerp, vraagstelling en plan van behandeling

Het komt wellicht als een verrassing maar ook het thans centraal staande onderwerp vraagt nog om een nadere afbakening. Dit enerzijds vanwege de opgegeven maximale omvang van dit preadvies, maar anderzijds ook als gevolg van de vooral publiekrechtelijke expertise van de auteurs.

Gelet daarop zal in dit preadvies het EVRM-perspectief – ook wel het Straatsburgse perspectief genoemd, naar het daar zetelende Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) – worden gekozen.¹⁹ Bezien zal worden welke werking dit verdrag in algemene zin heeft, op welke wijze dit doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde en welke gevolgen dat heeft voor het privaatrecht (hoofdstuk 2). Aan dit onderwerp wordt ruim aandacht besteed omdat dit noodzakelijk is voor een goed begrip van de betekenis van art. 1 EP. Daarna komt aan de orde welke normen er precies uit art. 1 EP voortvloeien, in welk verband een analyse wordt gemaakt van de jurisprudentie van het EHRM (hoofdstuk 3) en de Nederlandse rechtspraak op het terrein van het burgerlijk recht waaronder ook het overheidsaansprakelijkheidsrecht

18 Nieuwenhuis 2000, p. 206-210.

19 In dit preadvies is omwille van ruimtebesparing afgezien van het verwijzen naar de vindplaatsen van gepubliceerde EHRM-uitspraken en eventuele annotaties. Met behulp van de datum en naam van de uitspraak kan de tekst daarvan eenvoudig worden opgezocht in de bekende jurisprudentietijdschriften en -databanken (NJ, AB, JB, JOR, EHRC, NJCM-Bulletin etc.). Alle uitspraken en ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM en voor een deel die van de inmiddels opgeheven Europese Commissie voor de Rechten van de Mens zijn overigens te vinden via het Hudoczoeksysteem op de website van het EHRM <www.echr.coe.int>.

wordt begrepen (hoofdstuk 4). Overigens zal art. 1 EP daarbij niet geïsoleerd worden beschouwd, maar zal ook worden onderzocht of en, zo ja, in hoeverre andere EVRM-rechten (bijvoorbeeld het recht op privéleven van art. 8) grenzen stellen aan de uitoefening van het eigendomsrecht. In het daaropvolgende vijfde hoofdstuk wordt een korte blik geworpen op aan art. 1 EP verwante publiekrechtelijke rechtsnormen en wordt bezien wat mogelijk de meerwaarde is van het in het EVRM gewaarborgde eigendomsrecht ten opzichte van deze normen. In het zesde hoofdstuk wordt tot besluit de balans opgemaakt.

Op deze wijze wordt beoogd aan civilisten materiaal aan te reiken aan de hand waarvan zij voor de diverse onderdelen van het privaatrecht kunnen bezien wat de precieze betekenis is van art. 1 EP. Het preadvies van mede-preadviseur Ploeger sluit hierop aan en biedt een verdiepend nationaal perspectief aan de hand van privaatrechtelijke leerstukken.

2. DE (DOOR)WERKING VAN HET EVRM EN DE GEVOLGEN VOOR HET PRIVAATRECHT

2.1 Inleiding

Om een goed beeld te kunnen krijgen van de betekenis van art. 1 EP, is het nodig om eerst aandacht te besteden aan een aantal algemene leerstukken omtrent de werking van dit verdrag, de doorwerking daarvan in de nationale rechtsorde en de gevolgen van een en ander voor het privaatrecht. Deze onderwerpen zullen in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan de orde komen²⁰ (paragrafen 2.2 tot en met 2.4), waarna dit hoofdstuk wordt afgesloten met een korte conclusie (paragraaf 2.5). Daarbij zij aangetekend dat het hier gaat om een verkenning op hoofdlijnen, waarbij ook de verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur beperkt zijn gehouden. De ‘kenners’ van het EVRM zouden overigens kunnen volstaan met kennisname van de laatste twee paragrafen (2.4 en 2.5) van dit hoofdstuk.

20 Mede ontleend aan T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, Preadvies VAR, VAR-reeks 132, Den Haag 2004, p. 30-55.

2.2 Werking van het EVRM

2.2.1 De ontwikkeling van het EVRM

Het EHRM heeft in de loop van de jaren op basis van de almaar toenemende hoeveelheid in Straatsburg ingediende klachten het EVRM tot ontwikkeling gebracht. Het Hof heeft de betrekkelijk vage tekst van het EVRM daadwerkelijk inhoud gegeven en ook steeds aangepast aan de actuele omstandigheden. Daarbij heeft het Hof de volgende algemene uitgangspunten ontwikkeld. Het heeft om te beginnen benadrukt dat het EVRM is bedoeld ter bescherming van de menselijke waardigheid²¹ en dat het daarbij van eminent belang is dat er een juiste balans wordt gevonden tussen het algemene belang en het belang van de bescherming van individuele mensenrechten.²² Er moet voorts sprake zijn van een daadwerkelijke en effectieve bescherming van mensenrechten waarbij de nadruk ligt op nationale rechtsbescherming.²³ Het Hof ziet het EVRM daarbij als een verdrag met een speciaal karakter. Dit vanwege het bijzondere internationale toezichtmechanisme²⁴ en – in het verlengde daarvan – omdat het verdrag volgens het Hof een ‘...constitutional instrument of European Public Order (*ordre public*)’ is, waarbinnen gestreefd moet worden naar grotere rechtsgelijkheid waar het betreft mensenrechtenbescherming.²⁵ Daaraan zij echter toegevoegd dat het EHRM slechts minimumnormen stelt en verdragsstaten op grond van art. 53 EVRM verdergaande bescherming mogen bieden. Democratie is volgens het Hof van deze ‘European Public Order’ een essentieel bestanddeel,²⁶ maar een bepaalde scheiding van machten wordt niet voorgeschreven.²⁷ In de jurisprudentie benadrukt het EHRM verder het belang van de ‘rule of law’ als fundamenteel beginsel van de democratische samenleving die het EVRM beoogt te beschermen. Daaruit vloeit volgens het Hof in meer algemene zin voort dat er rechterlijke controle moet bestaan op overheidsingrijpen en dat voor dat ingrijpen een toereikende basis moet bestaan in het nationale recht.²⁸ Verder betekent het

21 EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, par. 90.

22 EHRM 23 juli 1968, *Belgische taalzaken*, par. 5.

23 EHRM 7 juli 1989, *Soering t. Verenigd Koninkrijk*, par. 87.

24 EHRM 6 februari 2003, *Mamatkulov and Abdurasulovic t. Turkije*, par. 106.

25 EHRM 23 maart 1995, *Loizidou t. Turkije*, par. 75.

26 EHRM 30 januari 1998, *United Communist Party of Turkey t. Turkije*, par. 28 en 45.

27 EHRM 6 mei 2003, *Kleyn e.a. t. Nederland*, par. 193.

28 EHRM 6 september 1978, *Klass e.a. t. Duitsland*, par. 55; EHRM 2 augustus 1984, *Malone t. Verenigd Koninkrijk*, par. 67.

verzekeren van de ‘rule of law’ dat rechterlijke uitspraken waartegen geen rechtsmiddelen meer open staan, ten uitvoer worden gelegd²⁹ en dat aan het bestuur geen onbegrensde en ongeclausuleerde discretionaire bevoegdheden worden toegekend.³⁰ Het EHRM heeft met deze beginselen als uitgangspunt in de loop der jaren een uitgebreide en vaak gedetailleerde rechtspraak ontwikkeld die het toepassingsbereik van de verdragsrechten fors heeft vergroot.

In dit verband dient gewezen te worden op een aantal EVRM-bepalingen dat mede de werking van de verdragsrechten bepaalt. Artikel 13 EVRM versterkt de verdragsrechten in die zin dat wanneer sprake is van een verdedigbare bewering dat deze rechten zijn geschonden er een recht bestaat op een effectief nationaal rechtsmiddel. Op grond van artikel 14 is het verdragsstaten verder verboden om te discrimineren bij het verzekeren van de verdragsrechten. Artikel 15 biedt staten de mogelijkheid om af te wijken van bepaalde verdragsrechten wanneer er sprake is van een noodtoestand. Beperkingen op de politieke activiteiten van vreemdelingen is mogelijk op grond van artikel 16. Een verbod van misbruik van recht geldt op grond van artikel 17. Artikel 18 bevat, ten slotte, een verbod van misbruik door staten van de mogelijkheden om verdragsrechten te beperken.³¹

In deze paragraaf wordt verder ingegaan op de belangrijkste leerstukken die de werking van het EVRM bepalen.

2.2.2 *De uit het EVRM als verdrag voortvloeiende verplichtingen: rechtswerking en het voorzien in nationale rechtsmiddelen*

Art. 1 EVRM is de centrale bepaling ten aanzien van de uit het verdrag voortvloeiende verplichtingen en luidt als volgt:

‘De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder, die ressorteert onder hun rechtsmacht, de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.’

Het gaat hier om een resultaatsverplichting: de rechten en vrijheden uit de Eerste Titel en – voorzover door hen geratificeerd – de aanvullende

29 EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*, par. 42-50; EHRM 19 maart 1997, *Hornsby t. Griekenland*, par. 40-41.

30 EHRM 26 oktober 2000, *Hasan & Chaush t. Bulgarije*, par. 84.

31 Vgl. E.A. Alkema. *Schakelbepalingen, Enige beschouwingen over de samenhang en werking van de rechten van de mens (oratie UvA)*, Deventer 1981.

protocollen moeten door de verdragsstaten daadwerkelijk worden gewaarborgd, als daarbij althans geen voorbehoud is gemaakt op grond van art. 57 EVRM.³² Schending van de verdragsrechten moet worden voorkomen. Staten hebben volgens vaste jurisprudentie van het Hof wel de vrijheid bij de keuze van de manier waarop aan deze verplichting wordt voldaan, mits de gekozen maatregelen effectief zijn.³³

De verzekeringsverplichting van art. 1 EVRM kan zowel bestaan uit een plicht tot nalaten (het niet-ingrijpen in de vrijheidssfeer van justitiabelen) als uit een plicht tot actief optreden van de verdragsstaat. Dat uit het verdrag ook verplichtingen tot actief optreden volgen – de zogenaamde positieve verplichtingen – werd aanvankelijk niet aangenomen. Het EHRM heeft echter inmiddels een uitgebreide jurisprudentie opgebouwd waarin uit diverse bepalingen positieve verplichtingen worden afgeleid.³⁴ Deze positieve verplichtingen spelen, zoals in het vervolg zal blijken, ook voor het Nederlandse burgerlijk recht een belangrijke rol. Art. 1 EVRM verbiedt staten niet een verdergaande bescherming van mensenrechten te verzekeren dan strikt genomen uit het EVRM voortvloeit. Art. 53 EVRM bepaalt expliciet dat staten daarin (vrijwillig) verder mogen gaan dan op grond van het EVRM wordt vereist.

Staten zijn, gezien de genoemde keuzevrijheid ten aanzien van de wijze hoe zij aan hun verdragsverplichtingen voldoen, niet gehouden het EVRM in hun nationale recht te ‘incorporeren’. Met deze laatste term wordt bedoeld het verlenen van rechtsgelding aan de (inhoudelijk ongewijzigde) bepalingen van het verdrag in de nationale rechtsorde, hetzij als bepaling van internationaal recht, hetzij als bepaling van nationaal recht, zodat daarop in de nationale rechtsorde een beroep kan worden gedaan.³⁵

Staten zijn op grond van art. 13 EVRM echter wel verplicht te zorgen voor effectieve nationale rechtsmiddelen, in het kader waarvan op

32 EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 239.

33 Vgl. voor een recente bevestiging van deze vaste jurisprudentie EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk, par. 85.

34 Vgl. bijv. EHRM 26 maart 1985, X & Y t. Nederland (positieve verplichting om wetgeving op te stellen ter preventie van seksueel misbruik van minderjarigen). Zie uitgebreid F. Vlemminx, Een nieuw profiel van de grondrechten, Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, Den Haag 2002; C. Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention (diss. Heidelberg), Berlin etc. 2003.

35 EHRM 6 februari 1976, Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden, par. 50. Een recenter voorbeeld is EHRM 27 oktober 1995, McCann e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 153.

nationaal niveau een klacht over schending van EVRM-rechten adequaat moet worden onderzocht. Daarbij moet volgens vaste jurisprudentie van het Hof getoetst kunnen worden aan de EVRM-rechten zelf of daarmee vergelijkbare andere normen en als de klacht gegrond blijkt, moet de betreffende instantie door middel van een bindende beslissing in staat zijn te zorgen voor volledig rechtsherstel of een vervangende schadevergoeding. Een marginale willekeurtoets is in dit verband onvoldoende.³⁶ Uit art. 13 EVRM kan daarbij ook een verplichting voortvloeien om te voorzien in de mogelijkheid om hangende een procedure de bestreden maatregel op te schorten wanneer dat nodig is ter voorkoming van een onomkeerbare aantasting van rechten.³⁷ Art. 13 EVRM vereist overigens volgens de jurisprudentie vooralsnog geen effectief nationaal rechtsmiddel waarmee rechtstreeks formele wetgeving kan worden aangevochten die wordt geacht in strijd te zijn met het EVRM.³⁸

Anders dan ten aanzien van het EG-recht,³⁹ bestaat er voor de nationale rechter ook geen (beginsel)verplichting het EVRM onder bepaalde omstandigheden ambtshalve toe te passen. Het EVRM verplicht noch tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden binnen de grenzen van het geschil, noch tot ambtshalve toetsing waarbij buiten de grenzen van het geschil wordt getreden. Ondanks een pleidooi van rechter Martens daartoe in zijn *dissenting opinion* nam het Hof in de zaak *Sadik t. Griekenland* aan dat uit het EVRM een dergelijke plicht niet voortvloeit. Een verzuim om, indien mogelijk, in de nationale procedure een beroep te doen op het EVRM of een vergelijkbare (nationale) rechtswaarde, leidt in een latere Straatsburgse procedure in beginsel tot niet-ontvankelijkheid wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen.⁴⁰ Indien er – op zijn minst ‘in substance’ – wel een beroep wordt gedaan op EVRM-rechten, moet over een dergelijke klacht op grond

36 EHRM 27 september 1999, *Smith & Grady t. Verenigd Koninkrijk*, par. 136-139.

37 EHRM 5 februari 2002, *Conka t. België*, par. 79-83.

38 Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 84. Vgl. ook EHRM 8 juli 1986, *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 11 juni 2002, *Willis t. Verenigd Koninkrijk*. Zie nader T. Barkhuysen, Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten (diss. Leiden), Lelystad 1998, p. 74-87.

39 Vgl. HvJ EG 14 december 1995, *Van Schijndel & Van Veen*, C-430/93 en C-431/94; HvJ EG 14 december 1995, *Peterbroeck*, C-312/93; HvJ EG 24 oktober 1996, *Kraaijeveld*, C-72/95.

40 EHRM 15 november 1996, *Sadik t. Griekenland*; EHRM 17 november 1998, *Perec t. Nederland* (ontv. besl.).

van art. 13 EVRM worden geoordeeld door een instantie met een dussdanige rechtsmacht dat deze in materiële zin naleving van deze rechten kan afdwingen.⁴¹

2.2.3 *De reikwijdte van de bescherming*

Art. 1 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak bepalen voor een groot deel ook de reikwijdte van de bescherming van het EVRM. Daarbij gaat het hoofdzakelijk om de vraag welke personen, waar en waartegen worden beschermd. Hierna wordt op beknopte wijze een aantal kernpunten belicht.⁴²

Een belangrijke vraag is *welke personen* worden beschermd. Volgens art. 1 EVRM gaat het daarbij om ‘een ieder’ die ressorteert onder de rechtsmacht van de verdragsstaten. Zoals ook blijkt uit art. 34 EVRM, kan het gaan om (groepen) natuurlijke personen en niet-overheidsorganisaties (‘non-governmental organisations’). Bij deze organisaties hangt het wel van de uitleg van het betreffende verdragsrecht af of dit daadwerkelijk en op eigen titel kan worden ingeroepen, hetgeen bij procesuele rechten meer voor de hand ligt dan bij, bijvoorbeeld, het folterverbod. Bovendien kan het vereiste niveau van bescherming ten aanzien van organisaties verschillen van dat met betrekking tot natuurlijke personen.⁴³ Het maakt echter niet uit of een persoon de nationaliteit heeft van de betreffende staat en ook niet of hij daar legaal verblijft. Of een persoon zijn woonplaats heeft in de verdragsstaat is evenmin van belang. Datzelfde geldt voor de plaats van vestiging van een organisatie.⁴⁴ Personen in bijzondere rechtsverhoudingen tot de overheid – zoals militairen, politie-agenten en ambtenaren – vallen in beginsel ook

41 Barkhuysen 1998, p. 113-151.

42 Vgl. J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM* (diss. Leiden), Leiden 1997.

43 Uit de jurisprudentie blijkt dat private rechtspersonen in ieder geval een beroep kunnen doen op de volgende EVRM-bepalingen: art. 6 (bijv. EHRM 6 mei 2003, *Kleyn e.a. t. Nederland*), art. 8 (EHRM 16 april 2002, *Colas Est e.a. t. Frankrijk*), art. 9 (EHRM 27 juni 2000, *Cha’are Shalom Ve Tsedek t. Frankrijk*), art. 10 (EHRM 26 april 1979, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*), art. 11 (EHRM 25 mei 1998, *Socialist Party e.a. t. Turkije*) en art. 1 EP (EHRM 23 februari 1995, *Gasus Dossier und Fördertechnik t. Nederland*). Private rechtspersonen hebben onder omstandigheden zelfs een aanspraak op vergoeding van immateriële schade onder art. 41 EVRM. Zie EHRM 6 april 2000, *Comingersoll SA t. Portugal*, par. 29 (vergoeding vanwege o.m. de aantasting van de goede naam).

44 Vgl. EHRM 2 mei 1997, *D. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 48.

onder het beschermingsbereik van het EVRM, zij het dat bij de toepassing van de verdragsrechten rekening kan worden gehouden met hun bijzondere positie.⁴⁵

Overheidsorganisaties en hun organen ('governmental organisations') komt echter geen beroep op het EVRM toe (zie art. 34 in combinatie met art. 1 EVRM). Om te bepalen of sprake is van een dergelijke organisatie, is in eerste instantie de rechtsvorm naar nationaal recht van belang. Indien het een publiekrechtelijke rechtspersoon betreft, bestaat er in beginsel⁴⁶ een overheidsorganisatie in de zin van het EVRM. Ook private rechtspersonen en hun organen zouden echter vanuit Straatsburgs perspectief voor bepaalde aspecten van hun handelen als een 'overheidsorganisatie' kunnen worden aangemerkt. Beslissend daarbij lijkt de vraag of er bij dat handelen gebruik wordt gemaakt van een bevoegdheid tot het uitoefenen van 'public authority' (openbaar gezag) en of de organisatie al dan niet in de staatsstructuur is ingebed. De jurisprudentie op dit punt is echter niet duidelijk.⁴⁷

Dan de vraag *waar* de bescherming van het EVRM geldt. Het verdrag sluit daarvoor niet aan bij het grondgebied van de staat, maar knoopt aan bij het uitoefenen van 'rechtsmacht'. Daarvan is meestal alleen sprake met betrekking tot het eigen grondgebied, maar rechtsmacht kan ook daarbuiten worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door autoriteiten die in het buitenland opereren als diplomatieke vertegenwoordigers of ten aanzien van schepen en vliegtuigen die in de betreffende staat staan geregistreerd.⁴⁸ Overigens geldt het EVRM niet automatisch voor overzeese niet tot het moederland behorende gebiedsdelen ten aanzien waarvan de verdragsstaat voor de buitenlandse betrekkingen verantwoordelijk is. Daarvoor moet op grond van art. 56 EVRM een speciale verklaring worden afgelegd, hetgeen Nederland heeft gedaan met

45 EHRM 8 juni 1976, Engel e.a. t. Nederland, par. 54; EHRM 26 september 1995, Vogt t. Duitsland, par. 43.

46 Een uitzondering lijkt te zijn EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland waar kloosters van de staatskerk (een publiekrechtelijke rechtspersoon) onder het beschermingsbereik van het EVRM werden gebracht waarbij werd overwogen dat de kloosters geen overheidsgezag uitoefenden en alleen om formele redenen in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon waren gegoten. Verder speelde een rol hun onafhankelijke, niet ondergeschikte rol t.o.v. de staat.

47 Vgl. EHRM 3 mei 2001, Smits, Kleyn e.a. t. Nederland (ontv. besl.) waar het criterium wordt genoemd.

48 EHRM 26 juni 1992, Drozd & Janousek t. Frankrijk & Spanje, par. 91-96.

betrekking tot Aruba en de Nederlandse Antillen.⁴⁹ Rechtsmachtuitoefening op een ander grondgebied kan ook worden aangenomen wanneer er als gevolg van een militaire bezetting sprake is van ‘effectieve controle’ over dat grondgebied en de bewoners, en in dat kader door de verdragsstaat ook (publieke) bevoegdheden worden uitgeoefend die normaal gesproken aan de regering van dat gebied toekomen.⁵⁰

Van groot belang voor de reikwijdte van de bescherming van het EVRM is, ten slotte, de vraag *waartegen* het verdrag bescherming biedt of – anders geformuleerd – voor wie de verzekeringsplicht van art. 1 EVRM geldt. Vooropgesteld moet worden dat onder het EVRM in Straatsburg steeds alleen de staat aansprakelijk kan worden gehouden voor schending van het EVRM. Alleen tegen de staat kunnen op grond van art. 34 EVRM immers klachten worden ingediend.

Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de verzekeringsplicht geldt voor alle onderdelen van de hiervoor bedoelde ‘overheidsorganisatie’. Het gaat dus om alle publieke autoriteiten belast met besturende, wetgevende of rechtsprekende taken, zowel op centraal als op decentraal niveau. Daarbij maakt het overigens niet uit of deze autoriteiten gebruik maken van publiek- of privaatrecht.⁵¹ Ook doet niet terzake of voor het optreden van lagere autoriteiten al dan niet toestemming is gegeven en of dat conform de instructies is. De autoriteiten kunnen zich niet verschuilen achter fouten van hun ondergeschikten. Er bestaat een risicoaansprakelijkheid van verdragsstaten ten aanzien van het voldoen aan de uit het EVRM voortvloeiende resultaatsverplichting.⁵²

Voor het onderwerp van dit preadvies is van groot belang dat de rechter ook aan het EVRM gebonden is wanneer hij moet oordelen in een geschil tussen particulieren.⁵³ Op deze kwestie wordt nader ingegaan in paragraaf 2.4 van dit preadvies, mede aan de hand van een recente zaak tegen Andorra, waarin het EHRM concludeert dat de interpre-

49 Vgl. voor de Nederlandse Antillen Trb. 1956, 5 en – na de status aparte – voor Aruba Trb. 1989, 153.

50 EHRM 12 december 2001, Bankovic e.a. t. België en 16 andere verdragsstaten (alle NAVO-lidstaten), par. 59-80 (in deze zaak aanhangig gemaakt door nabestaanden van slachtoffers van een NAVO-bombardement op Joegoslavië werd niet aan dat criterium voldaan). Vgl. EHRM 18 december 1996, Loizidou t. Turkije, par. 56.

51 EHRM 6 februari 1976, Schmidt & Dahlström t. Zweden.

52 EHRM 25 januari 1976, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 159; EHRM 26 oktober 1988, Martins Moreira t. Portugal, par. 60.

53 Zie bijv. EHRM 23 juni 1993, Hoffmann t. Oostenrijk.

tatie door de nationale rechter van een testamentaire beschikking in strijd komt met de artikelen 8 en 14 EVRM.⁵⁴

De verzekeringsplicht geldt niet ten aanzien van natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen (althans en voorzover deze geen openbaar gezag uitoefenen en daarmee als hiervoor besproken vanuit Straatsburgs perspectief als een onderdeel van de overheidsorganisatie zouden kunnen worden aangemerkt).⁵⁵ Wel kan het zo zijn dat een schending van mensenrechten door een natuurlijk persoon of een private rechtspersoon (in een horizontale verhouding) aan de staat wordt toegerekend. Van dat laatste is met name sprake wanneer uit het EVRM voor de staat positieve verplichtingen voortvloeien om bepaalde rechten ook in horizontale verhoudingen te waarborgen. De staat kan aan deze positieve verplichtingen voldoen door bijvoorbeeld wetgeving tot stand te brengen of handhavend op te treden. De staat kan zich als gevolg daarvan niet aan zijn verzekeringsplicht onttrekken door zijn verplichtingen te delegeren aan natuurlijke personen en de bedoelde private rechtspersonen.⁵⁶ Onder het EVRM is aldus geen sprake van een verplichting voor staten om aan het verdrag directe werking te verlenen in horizontale verhoudingen. Wel moet steeds nauwkeurig worden gezien of de staat aan zijn verzekeringsplicht heeft voldaan als door handelen of nalaten van privé-personen een met de EVRM-rechten strijdige situatie ontstaat.⁵⁷ Daarmee kan voor sommige rechten een soort indirecte derdenwerking ontstaan. Het staat verdragsstaten overigens wel vrij aan het EVRM directe derdenwerking toe te kennen in hun nationale rechtsorden.⁵⁸

54 EHRM 13 juli 2004, Pla & Puncernau t. Andorra (in casu sloot het testament in kwestie 'onwettige' en daarmee volgens de uitleg van de nationale rechter van de tekst van het testament en de bedoelingen van de erflaatster ook geadopteerde kinderen van de nalatenschap uit).

55 Vgl. EHRM 19 december 1989, Kamasinski t. Frankrijk, par. 65; EHRM 6 mei 2003, Appleby t. Verenigd Koninkrijk, par. 41. Zie over de aansprakelijkheid onder het EVRM voor het optreden van private organisaties met overheidstaken, M. Sunkin, *Pushing forward the frontiers of human rights protection: the meaning of public authority under the Human Rights Act*, Public Law 2004, p. 643-658.

56 EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk, par. 27.

57 Vgl. EHRM 25 april 1996, Gustafsson t. Zweden (waaruit blijkt dat de staat aansprakelijk kan zijn onder art. 1 EP voor inmengingen in het eigendomsrecht als gevolg van particuliere transacties, maar dat deze aansprakelijkheid in casu niet aan de orde is omdat er geen of een te ver verwijderd verband bestaat met statelijk handelen of nalaten).

58 EHRM 28 juni 2001, VgT t. Zwitserland, par. 46-47. Zie nader o.a. Verhey 1992; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague/London/Boston 1998, p. 22-26 (met nadere verwijzingen).

2.2.4 Interpretatie van het verdrag

Bij de interpretatie van het EVRM neemt het EHRM de regels daarover van het Weens Verdragenverdrag (WVV) tot uitgangspunt.⁵⁹ Op basis van de artikelen 31 en 32 WVV moeten verdragsbepalingen in eerste instantie te goeder trouw, overeenkomstig de normale betekenis van de daarin voorkomende termen worden uitgelegd. Voorts moet rekening worden gehouden met de context en het voorwerp en doel van het verdrag. Pas als daarmee geen toereikend resultaat wordt bereikt, kan ook de ontstaansgeschiedenis worden gebruikt om de betekenis van een verdragsartikel te bepalen.

Mede omdat de tekst van het verdrag vaak te vaag bleek voor een eenduidige uitleg en bovendien de Franse en Engelse officiële versies niet altijd geheel overeenstemmen, heeft het Hof de nadruk gelegd op een uitleg in het licht van het voorwerp en doel van het verdrag. De totstandkomingsgeschiedenis bleef daarbij meestal – en in toenemende mate – buiten beeld.⁶⁰ Het Hof benadrukt steeds dat het EVRM een ‘living instrument’ is waaraan een uitleg moet worden gegeven ‘in the light of the present day conditions’.⁶¹ Het verdrag moet daarbij zo worden uitgelegd dat een praktische effectieve bescherming van rechten wordt bereikt.⁶² Om te bepalen wat de actuele omstandigheden zijn, beziet het Hof bijvoorbeeld ook of er zich in de rechtsontwikkeling in de verdragsstaten een bepaalde consensus aftekent, hetgeen dan aanleiding kan zijn de betreffende verdragsnorm een daarmee overeenstemmende ruimere betekenis te geven, ook ten aanzien van staten waarvan de rechtsontwikkeling daarbij nog achterloopt.⁶³ Dat in een staat een bepaalde handelwijze reeds lang gebruikelijk is, vormt geen doorslaggevend argument om geen schending van het EVRM aan te nemen.⁶⁴ Verder wordt een beperkte uitleg gegeven aan de in het verdrag voorziene mogelijkheden om rechten te beperken, waarop in de volgende

59 EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 29-35; EHRM 12 december 2001, Bankovic e.a. t. België en 16 andere verdragsstaten, par. 55-65.

60 Vgl. R.A. Lawson, *Adieu les travaux!*, Het afgenomen belang van de *travaux préparatoires* voor de uitleg van het EVRM, in: A.W. Heringa e.a. (red.), 40 jaar EVRM, Leiden 1990, p. 61-74.

61 EHRM 25 april 1978, Tyrer t. Verenigd Koninkrijk, par. 31; EHRM 12 maart 2003, Öcalan t. Turkije, par. 193.

62 EHRM 9 oktober 1979, Airey t. Ierland, par. 24.

63 Vgl. EHRM 25 april 1978, Tyrer t. Verenigd Koninkrijk, par. 31; EHRM 18 december 1987, F. t. Zwitserland, par. 33; EHRM 12 maart 2003, Öcalan t. Turkije, par. 195-198.

64 EHRM 26 oktober 1988, Martins Moreira t. Portugal, par. 54.

subparagraaf verder wordt ingegaan.⁶⁵ Bij een betekenisverschil tussen de Franse en Engelse tekst wordt in beginsel aangesloten bij die tekst die de meeste bescherming biedt.⁶⁶ Voor de uitleg van het EVRM wordt soms ook steun gezocht in andere internationale verdragen en jurisprudentie daarover of bij rechtsontwikkelingen buiten het verdragsgebied, zoals in de Verenigde Staten.

Naast deze – wat zou kunnen worden genoemd – ‘dynamische’ interpretatie is een andere belangrijke eigenschap van de Straatsburgse jurisprudentie de ‘autonome’ uitleg van verdragsbegrippen. Voor deze uitleg is mede gekozen om de bescherming van het EVRM praktisch en effectief te doen zijn. Begrippen uit het verdrag krijgen in de jurisprudentie van het Hof een eigen, autonome betekenis die niet noodzakelijkerwijs hoeft overeen te stemmen met hetgeen het nationale recht daarover bepaalt. Een voorbeeld vormt de uitleg van het begrip ‘criminal charge’ in art. 6 EVRM. Dat wordt door het Hof autonoom uitgelegd in die zin dat ook een boete die naar nationaal recht een bestuursrechtelijk karakter draagt als ‘criminal’ kan worden gekwalificeerd, zodat de waarborgen van art. 6 EVRM (als bijstand van een tolk in een rechterlijke procedure naar aanleiding van de boeteoplegging) dan gelden. Indien het Hof niet voor een autonome uitleg had gekozen, zouden staten zich naar believen aan de bescherming van art. 6 EVRM kunnen onttrekken, hetgeen het Hof in strijd acht met het voorwerp en doel van het verdrag.⁶⁷

Opvallend in de jurisprudentie van het Hof is verder dat daarin vrijwel steeds wordt gekozen voor een casuïstische benadering, dat wil zeggen een toepassing van de normen van het verdrag op de concrete omstandigheden van het geval. Het Hof gaat een abstracte benadering doorgaans uit de weg, waardoor het moeilijk kan zijn uit een uitspraak een algemeen geldende regel af te leiden die ook in andere casus van toepassing is. Dat geldt ook voor de zogenaamde Grote Kamer van het Hof die onder meer tot taak heeft om verschillen in benadering tussen de diverse Kamers van het Hof op te lossen.⁶⁸ Een bijkomend probleem

65 EHRM 27 november 1997, K.-F. t. Duitsland, par. 70.

66 EHRM 29 november 1988, Brogan e.a. t. Verenigd Koninkrijk, par. 59.

67 EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, par. 49-50; EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 100.

68 Het Hof is onderverdeeld in Comités, Kamers en een Grote Kamer. Zie voor de procedure, zoals die geldt sinds de inwerkingtreding van het Elfde Protocol op 1 november 1998, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere mensenrechtenverdragen*, Nijmegen 2002.

is dat door de mogelijkheid van intern appel tegen een uitspraak van de Kamer bij de Grote Kamer langer onzeker kan blijven of een bepaalde uitspraak al dan niet als richtsnoer kan worden gebruikt. De praktijk van het intern appel maakt bovendien duidelijk dat de toevallige samenstelling van een Kamer invloed kan hebben op de uitkomst van een zaak. Dat roept de vraag op of het Hof er wel voldoende in slaagt het werk van alle Comit es en Kamers te coördineren, hetgeen te meer klemt nu het aantal uitspraken de laatste jaren explosief is gestegen.⁶⁹ Aan de andere kant is er inmiddels ook een dusdanige hoeveelheid jurisprudentie beschikbaar dat het gemakkelijker wordt daarin algemene lijnen te herkennen. Bovendien helpt het Hof daarbij door in uitspraken eerdere relevante jurisprudentie (met verwijzing daarnaar) samen te vatten.⁷⁰ Het Hof beschouwt zichzelf als eindverantwoordelijk voor de interpretatie van het EVRM. Deze eindverantwoordelijkheid wordt afgeleid uit de ruime rechtsmacht die het Hof op grond van art. 32 EVRM heeft toebedeeld gekregen en die zich uitstrekt tot alle kwesties met betrekking tot de interpretatie en toepassing van het verdrag. Daarbij volgt het Hof doorgaans zijn eigen precedents, ook met het oog op de rechtszekerheid. Het Hof kan echter op goede gronden ook afwijken van eerdere beslissingen.⁷¹

Overigens ontmoet de ruimhartige interpretatiemethode van het EHRM, gericht op het vergroten van de mensenrechtenbescherming, ook kritiek. Er zou daarmee te ver worden afgeweken van de tekst van het verdrag die juist aangeeft in hoeverre de verdragsstaten bereid zijn geweest hun soevereiniteit te beperken. Het Hof zou volgens sommigen op onderdelen zelfs zijn rechtsvormende taak te buiten gaan en feitelijk optreden als steller van de wet.⁷²

69 Vgl. het verschil in uitkomst tussen EHRM 2 oktober 2001, *Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk I* (schending art. 8 EVRM als gevolg van een besluit inzake nachtvluchten) en de uitspraak van de Grote Kamer in deze zaak EHRM 8 juli 2003, *Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk II* (op basis van een veel terughoudendere toets wordt geen schending van art. 8 EVRM aangenomen).

70 Zie daarover bijv. S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, NJB 2000, p. 747-758.

71 Vgl. EHRM 27 september 1990, *Cossey t. Verenigd Koninkrijk*, par. 35.

72 Zie daarover bijv. T. Loenen, *Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als toetsers of steller van de wet?*, Enkele beschouwingen naar aanleiding van de zaak *Kroon*, in: A.W. Heringa & E. Myjer (eindred.), *45 jaar EVRM*, Leiden 1996, p. 75-82. Vgl. ook H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Maastricht), Den Haag 2003.

2.2.5 *Beperking van de verdragsrechten*

Als de inhoud van een verdragsrecht is vastgesteld mede aan de hand van de hiervoor behandelde interpretatiemethoden en tevens is bepaald dat als gevolg van handelen of nalaten dat aan de staat kan worden toegerekend sprake is van een inmenging in dat recht, dient zich de vraag aan of deze inmenging kan worden gerechtvaardigd onder het EVRM.⁷³ Alleen wanneer dat laatste het geval is, staat het EVRM een beperking van een recht toe. Een groot deel van de zaken waarin een beroep wordt gedaan op EVRM-rechten draait uiteindelijk om de vraag of een inmenging in een recht al dan niet gerechtvaardigd is. Op dit punt is er dan ook een grote hoeveelheid rechtspraak van het EHRM beschikbaar. Het voert te ver om daar uitvoerig op in te gaan. Aan de beperkingsmogelijkheden zal ook nog in specifieke zin aandacht worden besteed bij de behandeling van art. 1 EP in hoofdstuk 3 van dit preadvies. In deze subparagraaf wordt een aantal algemene noties ten aanzien van de beperkingsystematiek behandeld.

Vooropgesteld moet worden dat niet alle rechten (onder alle omstandigheden) mogen worden beperkt. De verdragsrechten kunnen namelijk worden onderscheiden in tweevoudig absolute, enkelvoudig absolute en niet-absolute rechten. Van de tweevoudig absolute rechten kan noch in tijden van rust en vrede noch ten tijde van een oorlog of noodtoestand als bedoeld in art. 15 EVRM worden afgeweken. Het gaat hier om de artikelen 3 (verbod van foltering), 4 lid 1 (verbod van slavernij) en 7 (geen straf zonder wet) EVRM. Van enkelvoudig-absolute aanspraken kan alleen tijdens een oorlog of noodtoestand worden afgeweken. Tot deze categorie behoren bijvoorbeeld art. 6 lid 2 (de onschuldpresumptie) en de artikelen 1 (verbod vrijheidsbeneming wegens schulden), 3 (verbod van uitzetting van onderdanen) en 4 (verbod collectieve uitzetting van vreemdelingen) van het Vierde Protocol. De niet-absolute rechten – zoals het eigendomsrecht van art. 1 EP – kunnen in beginsel ook onder normale omstandigheden worden beperkt.

73 Zie hierover uitgebreid Th.L. Bellekom, *Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM*, in: A.W. Heringa e.a. (red.) 40 jaar EVRM, Leiden 1990, p. 59-74; C.J. Staal, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens* (diss. Maastricht), Nijmegen 1995; P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten: grondrechtenclaims en de verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer 2002.

De beperkingsmogelijkheden met betrekking tot de niet-absolute rechten kunnen grofweg in vier categorieën worden verdeeld.

Een *eerste* categorie wordt gevormd door de EVRM-bepalingen die in het tweede lid (voor art. 2 van het Vierde Protocol, in het derde lid) een opsomming inhouden van een aantal specifieke beperkingsgronden ten behoeve waarvan op nationaal niveau van het in het eerste lid neergelegde recht kan worden afgeweken. Tot deze categorie behoren de in de artikelen 8 tot en met 11 (privé- en familieleven, godsdienstvrijheid, vrijheid van meningsuiting, vergader- en verenigingsvrijheid) EVRM en art. 2 van het Vierde Protocol (bewegingsvrijheid) neergelegde rechten en vrijheden. De omvang en de inhoud van de beperkingen worden in eerste instantie bepaald door nationale voorschriften die echter wel moeten voldoen aan een drietal voorwaarden. De beperkingsmogelijkheid moet om te beginnen voorzien zijn bij wet of in overeenstemming zijn met de wet. Daarbij hanteert het Hof een materieel wetsbegrip, zij het dat het moet gaan om een voldoende kenbare grondslag op basis waarvan de beperking voor de justitiabelen voorzienbaar is. Als aan deze voorwaarde is voldaan, neemt het Hof in sommige zaken ook genoegen met een basis in ongeschreven recht en in beleidsregels. Daarnaast moet de beperking nodig zijn met het oog op een bepaald – in het tweede lid genoemd – beschermenswaardig (legitiem) belang, hetgeen in de jurisprudentie meestal wordt aangenomen. Ten slotte moet de beperking noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, een eis die het EHRM in zijn jurisprudentie zo heeft uitgelegd dat er een ‘pressing social need’ voor de inmenging aanwezig moet zijn en er eveneens een redelijke verhouding (‘proportionality’) moet bestaan tussen de zwaarte van de inmenging en het gewicht van het belang dat met de inmenging wordt gediend. Bij de beoordeling van de vraag of een inmenging noodzakelijk is – waarop in veel zaken de nadruk ligt – kent het EHRM aan de verdragsstaten een zekere beoordelingsvrijheid (‘margin of appreciation’) toe, waarop in de volgende subparagraaf nader wordt ingegaan.⁷⁴

Een *tweede* categorie betreft verdragsrechten die zodanig inhoudelijk zijn omschreven dat daarin zelf al mogelijke beperkingen liggen besloten zoals bijvoorbeeld art. 4 leden 2 en 3 (verbod van dwangarbeid), art. 6 leden 1 en 3 EVRM (recht op toegang tot de rechter en bepaalde strafprocessuele waarborgen) en de artikelen 1, 2 (recht op onderwijs) en 3 (recht op vrije verkiezingen) EP. Verder gaat het ook om

74 EHRM 26 april 1979, Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk, par. 47 e.v. en veel volgende jurisprudentie nadien.

rechten die zodanig zijn geformuleerd dat bepaalde gevallen of situaties van verdragsrechtelijke bescherming zijn uitgesloten, bijvoorbeeld art. 5 (waarborgen bij vrijheidsontneming), met uitzondering van het recht op veiligheid van de persoon, en art. 2 (het recht op leven) EVRM. Tot deze categorie behoren ook de verdragsbepalingen die toepassing van een recht aan de nationale instanties overlaten. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 12 (recht om te huwen) en 10 lid 1 laatste zin (toegelaten vergunningstelsel omroep) EVRM. De omschrijving van de rechten en vrijheden in deze categorie is zodanig dat beperking van het toegekende recht mogelijk is. De in de jurisprudentie daarvoor ontwikkelde eisen zijn deels vergelijkbaar met die van de eerste categorie. De staten hebben bij de invulling van deze bepalingen ook een zekere ‘margin of appreciation’, die hen in staat stelt rekening te houden met speciale omstandigheden. Als staten naar de mening van de Straatsburgse instanties binnen de toegekende marge blijven, wordt het desbetreffende artikel niet geschonden geacht. De omvang van de beoordelingsvrijheid wordt bepaald in het concrete geval.

Een *derde* – deels met de voorgaande overlappende – categorie is de volgende. Sommige in de conventiebepalingen neergelegde rechten en vrijheden kennen geen beperkingsmogelijkheden die zijn te baseren op de verdragsrechtelijke formulering of op expliciete (lid 2) beperkingsclausules. Ten aanzien van sommige van deze rechten en vrijheden erkent het Hof desondanks het bestaan van zogenaamde impliciete of inherente beperkingsmogelijkheden. Het gaat om art. 6 lid 1 EVRM (recht op toegang tot de rechter),⁷⁵ art. 2 EP (recht op onderwijs)⁷⁶ en art. 3 EP (actief en passief kiesrecht).⁷⁷ Het betreft meestal beperkingen als gevolg van bij de uitoefening van het recht in acht te nemen vormvoorschriften, termijnen, formaliteiten en procedures. Bij de beoordeling of deze beperkingen geoorloofd zijn, kent het Hof de staat een ruime beoordelingsvrijheid toe, maar niet wordt toegestaan dat het recht in de kern wordt geraakt. De beperking moet bovendien zijn gericht op een legitiem doel. Voorts moet sprake zijn van een redelijke verhouding tussen de zwaarte van de verplichting waartoe de beperking strekt en het doel dat ermee wordt gediend (proportionaliteit).⁷⁸ Ten slotte moet de regeling die de beperking inhoudt duidelijk en coherent

75 EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 38; EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk, par. 28.

76 EHRM 23 juli 1968, Belgische Taalzaak, par. 5.

77 EHRM 2 maart 1987, Mathieu-Mohin en Clerfayt t. België, par. 52.

78 EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, par. 38.

zijn en een eerlijke afweging van algemene en individuele belangen garanderen.⁷⁹

Een *vierde* categorie betreft de zogenaamde positieve verplichtingen. Voor de vraag of een positieve verplichting bestaat c.q. of de staat deze op een juiste wijze heeft nageleefd, wordt bij verdragsrechten die niet-absoluut zijn nagegaan of er een ‘fair balance’ (redelijk evenwicht) in acht is genomen tussen de belangen van het getroffen individu en het algemeen belang. Bij deze toets kunnen de doeleinden met het oog waarop het betreffende verdragsrecht mag worden beperkt, zoals bijvoorbeeld opgesomd in art. 8 lid 2 EVRM, een rol spelen. Bij de toepassing van de ‘fair balance’-toets kent het Hof de staten meestal een zekere beoordelingsvrijheid toe. Indien het positieve verplichtingen betreft die voortvloeien uit in beginsel absolute rechten, wordt nagegaan of de staat alle redelijke maatregelen heeft genomen ter bescherming van dat recht.⁸⁰

2.2.6. *Toetsing door het EHRM: de ‘margin of appreciation’ van de verdragsstaten en de wens geen ‘vierde instantie’ te zijn*

Hiervoor is reeds verwezen naar de ‘margin of appreciation’ of beoordelingsvrijheid die het EHRM verdragsstaten in bepaalde gevallen en in wisselende omvang toekent bij de toetsing of in een concreet geval het EVRM al dan niet is geschonden. Daarbij gaat het om een toetsingsdoctrine die het Hof baseert op twee gronden. Enerzijds is dat het uitgangspunt dat het Straatsburgse toezicht een subsidiair karakter heeft, met andere woorden de ‘constitutionele’ positie van het EHRM ten opzichte van de nationale instanties. Anderzijds is er ook een meer praktische grondslag, namelijk het feit dat nationale autoriteiten vaak in een betere (feitelijke) beoordelingspositie verkeren dan het Hof.⁸¹ De doctrine wordt door het Hof ten aanzien van sommige verdragsrechten echter niet of niet altijd toegepast. De ‘margin of appreciation’ is daarmee niet een vaststaand ‘recht’ van verdragsstaten, maar veeleer een toetsingsbeleid in het kader waarvan het Hof ook zijn keuze voor een bepaalde toetsingsintensiteit (van marginaal tot zeer streng) probeert te

79 EHRM 16 december 1992, De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk, par. 28.

80 Zie daarover o.a. R.A. Lawson, Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de ‘fair balance’-test, NJCM-Bulletin 1995, p. 558 e.v. (deel 1) en p. 727 e.v. (deel 2). Zie ook J. van der Velde, Positieve verplichtingen, in: A.W. Heringa e.a. (red.), EVRM, Rechtspraak & Commentaar (losbladig), Den Haag 2002.

81 EHRM 7 december 1976, Handyside t. Verenigd Koninkrijk.

motiveren. Het is in feite een keuze van het Hof voor een zekere terughoudendheid bij de toetsing in een concreet geval, hetgeen volgens Schokkenbroek moet worden onderscheiden van de bepaling van de beschermingsomvang van de verdragsrechten door middel van interpretatie.⁸²

Beoordelingsvrijheid wordt door het Hof vooral toegekend in de volgende gevallen:

- a) in situaties waarin de EVRM-bepaling een belangenafweging en/of een proportionaliteitstoets impliceert;
- b) bij de beoordeling in een concreet geval van de toepasselijkheid en de implicaties van bepaalde vage termen uit het EVRM; en
- c) bij de beoordeling of staten al dan niet nalatig zijn geweest bij het nakomen van positieve verplichtingen.

Daarbij zij aangetekend dat deze categorieën nauw met elkaar in verband staan en in concrete casus ook (deels) kunnen samenvallen. Ten aanzien van sommige bepalingen speelt de 'margin-doctrine' ook geen rol, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot de artikelen 2, 3 en 4 lid 1 EVRM. Strikt toezicht door het EHRM op de juridische kwalificatie van daarin opgenomen termen als 'foltering' of 'dwangarbeid' is gelet op de aard van de betreffende rechten vereist. Datzelfde is het geval ten aanzien van veel van de uit de artikelen 5 en 6 EVRM voortvloeiende procedurele waarborgen en voor andere uit de 'rule of law' afgeleide procedurele vereisten. Bij dat laatste kan worden gedacht aan de waarborgen tegen misbruik van bevoegdheid en waarborgen ten aanzien van de kwaliteit van de besluitvormingsprocedure die leidt tot EVRM-rechten beperkende maatregelen. Een verklaring voor de strenge toets met betrekking tot procedurele vereisten zou kunnen zijn dat er op dit laatste terrein vaak geen sprake is van beleidskeuzen en de nationale autoriteiten hier ook niet vanzelfsprekend in een betere beoordelingspositie verkeren. Overigens is het wel van belang te onderkennen dat de toetsingsintensiteit ook nog van andere factoren kan afhangen. Obstakels bij de feitelijke beoordeling van een zaak kunnen ook leiden tot een beperktere toets, alsmede ook het feit dat het Hof ten aanzien van kwesties die niet worden bestreken door een verdragsrecht niet bevoegd is te

82 Zie uitgebreid met verwijzingen naar relevante jurisprudentie J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens* (diss. Leiden), Zwolle 1996; J.G.C. Schokkenbroek, *Methoden van interpretatie en toetsing*, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *EVRM, Rechtspraak & Commentaar* (losbladig), Den Haag 2000; H.C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague/Boston/London 1996.

oordelen. De ‘margin-doctrine’ lijkt daarbij door het Hof vooral te worden ingezet in zaken waarin niet zonder meer voor de hand ligt hoe te oordelen en waarbij subtielere afwegingen noodzakelijk zijn.⁸³

Uit de jurisprudentie is af te leiden dat de omvang van de beoordelingsvrijheid mede af *kan* hangen van de volgende factoren, die elkaar ook weer onderling kunnen beïnvloeden.⁸⁴ Om te beginnen speelt de aan- of afwezigheid van een Europese consensus een rol: als een verdragsstaat binnen Europa een duidelijke uitzonderingspositie blijkt in te nemen, kan dat reden zijn streng te toetsen.⁸⁵ Daarnaast speelt ook de aard van het doel dat met de gewraakte maatregel wordt nagestreefd en de eventuele ruimere beleidscontext daarvan een rol. Bij bescherming van de nationale veiligheid, bijvoorbeeld, hebben staten waarschijnlijk een ruime beoordelingsvrijheid.⁸⁶ Als verder ter rechtvaardiging van een inmenging in een verdragsrecht wordt aangevoerd dat het gaat om de bescherming van de rechten van anderen, biedt het Hof een ruime beoordelingsmarge als dat andere recht een EVRM-recht is; het toetst echter streng wanneer het gaat om een niet door het EVRM beschermd recht.⁸⁷ Een grotere beoordelingsvrijheid wordt ook gelaten als het gaat om maatregelen die onderdeel uitmaken van een algemener beleid, bijvoorbeeld op sociaal-economisch of fiscaal gebied en op het terrein van huisvesting, ruimtelijke ordening of milieubescherming. Bij deze maatregelen is juist vaak het eigendomsrecht van art. 1 EP in het geding, zoals in hoofdstuk 3 van dit preadvies zal blijken. Een andere factor die mede de omvang van de toetsingsintensiteit bepaalt, is de aard van de activiteiten van de klager en de aard van de belangen die het ingeroepen verdragsrecht in het concrete geval beschermt. Een strenge toets wordt, bijvoorbeeld, gehanteerd als het gaat om een recht dat heel belangrijk is voor het welzijn en de ontplooiing van het individu⁸⁸ of indien er een breder democratisch belang aan de orde is, zoals de persvrijheid.⁸⁹ Voorts speelt ook een rol de ernst van de inbreuk op het recht en – ten aanzien van het discriminatieverbod van art. 14 EVRM – de aard van het criterium op basis waarvan onderscheid wordt gemaakt. Gaat het om een ‘verdacht onderscheid’ op grond van geslacht, onwettige geboorte, nationaliteit, godsdienst of seksuele geaardheid, dan is de toet-

83 Schokkenbroek 1996, p. 175-204; Schokkenbroek 2000.

84 Schokkenbroek 1996, p. 204 e.v.; Schokkenbroek 2000.

85 Vgl. EHRM 30 juni 1993, Sigurdur A. Sigurjónsson t. IJsland, par. 41.

86 Vgl. EHRM 28 oktober 1994, Murray t. Verenigd Koninkrijk, par. 90.

87 Zie bijv. EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, par. 113.

88 EHRM 25 september 1996, Buckley t. Verenigd Koninkrijk, par. 74.

89 EHRM 21 januari 1999, Fressoz & Roire t. Frankrijk, par. 44.

sing strikt. Hoewel daar nog geen Straatsburgse uitspraken over zijn gedaan, zal het Hof onderscheid op grond van ras, etniciteit en huidskleur waarschijnlijk evenzeer streng toetsen.⁹⁰ Een laatste factor die kan worden genoemd als medebepalend voor de toetsingsintensiteit is of er al dan niet sprake is van een noodsituatie, een situatie waarin met spoed moet worden opgetreden of een geval waarin snel risicobeoordelingen moeten worden gemaakt. Als dat het geval is, bestaat er een ruime beoordelingsvrijheid voor de staten.⁹¹

Nauw in verband met de ‘margin-doctrine’ en de ratio daarachter staat het uitgangspunt van het EHRM dat het bij zijn toetsing geen zogenaamde ‘vierde instantie’⁹² wil zijn die het werk van de nationale rechter gaat overdoen.⁹³ Het Hof is terughoudend als het gaat om een beoordeling van reeds door de nationale rechter in een eerlijke procedure vastgestelde feiten en de waardering daarvan. Datzelfde geldt ook voor de vraag of in een concreet geval het nationale recht goed is toegepast. Deze terughoudendheid wordt ingegeven door het in artikelen 1, 13 en 35 EVRM vastgelegde uitgangspunt dat het Straatsburgse toezicht subsidiair is en door het feit dat nationale autoriteiten vaak in een betere positie verkeren voor een beoordeling van de feiten en het nationale recht.⁹⁴ Het Hof heeft in de praktijk ook geen uitgebreide mogelijkheden voor een eigen feitenvaststelling en verlaat zich daarom meestal op de feitenvaststelling van de nationale rechter, tenzij de klager materiaal aandraagt waarmee een andere lezing kan worden gerechtvaardigd.⁹⁵ Het Hof toetst het gewraakte nationale optreden in beginsel *ex tunc*. De omstandigheden zoals die waren ten tijde van het definitief worden van de nationale (eind)beslissing vormen het referentiekader voor de toets of het verdrag is geschonden, zij het dat in beginsel in het kader van deze toets al het op deze omstandigheden betrekking hebbende bewijsmateriaal wordt toegelaten en ook zelf door het Hof mag worden ver-

90 Zie hierover met verwijzing naar jurisprudentie o.a. J. H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel* (diss. Maastricht), Den Haag 2002, p. 197-207.

91 Vgl. EHRM 23 september 1998, *Steel e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 101-105.

92 Deze term is door het Hof geïntroduceerd om tot uitdrukking te brengen dat de Straatsburgse procedure niet kan worden gezien als een normaal rechtsmiddel dat volgt op, respectievelijk, beroep, hoger beroep en cassatie op grond van het nationale recht.

93 EHRM 7 december 1976, *Handyside t. Verenigd Koninkrijk*, par. 50.

94 Vgl. R.A. Lawson, *De internationale rechter en de Nederlandse rechter*, Preadvies NJV, Deventer 1999, p. 49-61.

95 EHRM 4 december 1995, *Ribitsch t. Oostenrijk*, par. 34.

zameld. Hierbij lijkt niet relevant of dit materiaal ook al in de nationale procedure naar voren is dan wel kon worden gebracht.⁹⁶

Vanwege zijn taak toe te zien op de naleving van het EVRM en individuele rechtsbescherming te verlenen, ontkomt het Hof er tegelijkertijd echter niet in alle gevallen aan om toch als een soort vierde instantie op te treden. Immers, als uit art. 6 EVRM een verplichting wordt afgeleid voor de nationale rechter om uitspraken te motiveren, zal het Hof in een concrete zaak toch moeten nagaan of aan dit vereiste is voldaan.⁹⁷ Ook ten aanzien van het vereiste dat het handelen in overeenstemming met het nationale recht moet zijn, ontkomt het Hof niet altijd aan een eigen beoordeling.⁹⁸

2.3 Doorwerking in de nationale rechtsorde

2.3.1 *Introductie*

Uit het voorgaande is gebleken dat de implementatie en bescherming van de EVRM-rechten primair een verantwoordelijkheid is van de nationale autoriteiten. Het Straatsburgse toezicht is subsidiair van karakter en in dat kader wordt bij de toetsing van concreet overheidsoptreden aan het EVRM vaak een meer of minder grote terughoudendheid in acht genomen. Bestuur en wetgever moeten op grond van art. 1 EVRM bij hun handelen het EVRM respecteren. Datzelfde geldt ook voor de nationale rechter die eventueel ook het handelen van de andere staatsmachten (lagere nationale rechters daaronder begrepen) kan corrigeren wanneer het in strijd met het EVRM komt. Een en ander volgt ook uit art. 13 EVRM, dat een ieder een effectief rechtsmiddel voor een nationale instantie garandeert in geval van – vermeende – schending van het EVRM. Indien bestuur, wetgever en rechter toch buiten de grenzen van het EVRM treden, schendt Nederland zijn verdragsverplichtingen, waarvoor het volkenrechtelijk aansprakelijk is. Het EVRM schrijft – zoals hiervoor ook is gebleken – geen incorporatie daarvan in de diver-

96 Bijv. EHRM 8 juli 1986, *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk*, par. 130; EHRM 31 oktober 2002, *Yildiz t. Turkije*. Zie voor het bewijs ook art. 38 EVRM (nader eigen onderzoek EHRM) en art. 54 van het Procesreglement van het EHRM (inbrengen nadere stukken tijdens Straatsburgse procedure). Vgl. bijv. ook EHRM 3 mei 2001, *Smits, Kleyn e.a. t. Nederland (ontv. besl.)*, waar een rapport van de Rekenkamer in de beoordeling werd betrokken dat in de nationale procedure niet aan de orde was.

97 Bijv. EHRM 9 december 1994, *Ruiz Torija & Hiro Balani t. Spanje*, par. 27.

98 Bijv. EHRM 21 februari 1990, *Van der Leer t. Nederland*, par. 23.

se nationale rechtsorden voor. De beslissing daarover wordt overgelaten aan de nationale constituties. Dat roept de vraag op naar de werking die het EVRM heeft in de Nederlandse rechtsorde.⁹⁹

2.3.2 *Het EVRM en de Straatsburgse rechtspraak als onderdeel van het Nederlandse recht*

In Nederland is het uitgangspunt dat al het bindende internationale recht, zoals het EVRM, automatisch doorwerkt in de nationale rechtsorde. Het internationale recht heeft, anders gezegd, *interne werking*. Dit betekent dat de drie staatsmachten – wetgever, rechter en bestuur – daaraan zijn gebonden en daarmee niet in strijd mogen handelen. Vervolgens doet zich de vraag voor in hoeverre justitiabelen zich voor de rechter kunnen beroepen op dit bindende internationale recht en welke status dit recht dan heeft ten opzichte van het overige geldende recht (de vraag naar, respectievelijk, *rechtstreekse werking* en *voorrang*). Deze kwestie is geregeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet waaruit volgt dat er in beginsel sprake is van rechtstreekse werking wanneer het gaat om ‘eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties’.¹⁰⁰ De vraag of het gaat om een eenieder verbindende bepaling wordt uiteindelijk beantwoord door de rechter. De bepalingen van het EVRM worden in de Nederlandse rechtspraak in het algemeen aangemerkt als eenieder verbindend. Een uitzondering wordt aangenomen met betrekking tot de artikelen 6 en 13 EVRM als het gaat om de uitbreiding van de rechts-

99 Daarover is veel literatuur beschikbaar. Hier zij volstaan met een verwijzing naar M.G. Boekhorst & F.M.C. Vlemminx, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet: een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle 2000, p. 455-478; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer 2001, p. 172-179 (met nadere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen); J.W.A. Fleuren & M.L.W.M. Viering, *Rechtstreekse werking en eenieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?*, in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, Deventer 2001, p. 101-138; J.W.A. Fleuren, *Eenieder verbindende verdragsbepalingen* (diss. Nijmegen), Den Haag 2004.

100 De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens kan volgens HR 23 november 1984, NJ 1985, 604, m.nt. EAA niet als een dergelijk besluit worden beschouwd omdat ze is vastgesteld door de Algemene Vergadering van de VN, die niet de bevoegdheid heeft bindende besluiten te nemen.

macht van de rechter.¹⁰¹ Aan de bepalingen van het EVRM komt voorrang toe boven nationaal recht (ook boven formele wetten, de Grondwet en het Statuut). Op grond van art. 94 Grondwet blijven bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende verdragsbepalingen in het concrete geschil buiten toepassing. Het buiten toepassing laten van nationaal recht is geen exclusieve bevoegdheid c.q. verplichting van de rechter. Ook het bestuur is daartoe gehouden.¹⁰² Het gaat daarbij om een concrete toetsing; ook wanneer de regel in abstracto niet onverenigbaar is met de verdragsbepaling, moet deze toch buiten toepassing blijven indien de toepassing daarvan in het concrete geval zich niet verdraagt met de verdragsbepaling.

Aangenomen wordt dat de uitspraken van het EHRM, al dan niet gewezen tegen Nederland, als gezaghebbende interpretatie van de betreffende verdragsbepalingen deel uitmaken, zodat de nationale rechter, de wetgever en het bestuur daarmee ook rekening dienen te houden.¹⁰³

101 HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62; HR 30 januari 1996, NJ 1996, 288. Zie nader T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, 50 jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, Leiden 2000, p. 329-331. Martens 2000, p. 751 en noot 67 stelt dat het in de zojuist genoemde uitspraken niet gaat om het ontkennen van de rechtstreekse werking op dit punt maar om uitleg van de artikelen 6 en 13 EVRM. Daarin zou namelijk geen recht op een hogere voorziening besloten liggen. In de betreffende zaken lijkt het echter juist te gaan om een kwestie waarvoor de wet in het geheel geen voorziening openstelde, terwijl de artikelen 6 en 13 EVRM dat in ieder geval wel vereisen.

102 Vgl. Kortmann 2001, p. 179. Anders G.J. Vonk, Overijverige rechter of tekortschietende wetgever (oratie VU), Deventer 1999, p. 35. Hij is van mening dat een dergelijke positie van het bestuur niet zou passen in het stelsel van bevoegdheidsverdeling. Verder wijst hij op grote praktische problemen indien het bestuur, zonder dat de rechter daarover heeft geoordeeld, wettelijke bepalingen buiten toepassing zou laten. Het bestuur moet naar zijn oordeel daarom wettelijke bepalingen, waarvan wordt beweerd dat deze in strijd zijn met eenieder verbindend verdragsrecht, volgen en verdedigen voor de rechter. Uit CRvB 17 februari 2004, JB 2004, 162, m.nt. Van Eijs, kan – anders dan gesteld in G.E. van Maanen & R. de Lange, Onrechtmatige overheidsdaad, Deventer 2005, p. 110 – ook niet worden afgeleid dat art. 94 Grondwet niet eveneens gericht is tot het bestuur. In deze zaak was het bestuur namelijk alleen niet gehouden om toepassing te geven aan art. 6 EVRM omdat het aan de orde zijnde aspect van deze bepaling ('equality of arms') – kort gezegd – niet geldt voor de betreffende bestuurlijke fase.

103 Vgl. HR 10 november 1989, NJ 1990, 628. Daarin komt de Hoge Raad terug op zijn eerdere beslissingen t.a.v. het begrip 'family life' in art. 8 EVRM n.a.v. EHRM 21 juni 1988, Berrehab t. Nederland. Zie ook HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 met een verwijzing naar EHRM 27 maart 1996, Goodwin t. Verenigd Koninkrijk. Vgl. ABRvS 10 april 2002, JB 2002, 146.

Daarmee is in de Nederlandse rechtspraak feitelijk de *erga omnes* werking van Straatsburgse uitspraken erkend. Hoewel strikt genomen op grond van art. 46 lid 1 EVRM een einduitspraak alleen bindend is voor een staat als die een zaak betreft waarbij hij partij is, lijkt het EHRM – impliciet – ook uit te gaan van een zekere feitelijke *erga omnes* werking van dat gedeelte van zijn uitspraken waarin het verdrag in algemene zin wordt geïnterpreteerd.¹⁰⁴ Voor een dergelijke werking pleit ook art. 1 EVRM dat eraan in de weg staat een belanghebbende te dwingen naar aanleiding van een bepaalde handeling van de Nederlandse overheid in Straatsburg een klacht in te dienen, wanneer uit een uitspraak van het EHRM tegen een ander land duidelijk zou blijken dat deze handeling in strijd is met het verdrag. Daarbij moet wel worden bedacht dat het in veel gevallen niet makkelijk is een algemeen geldende regel af te leiden uit Straatsburgse uitspraken, aangezien deze veelal zijn toegesneden op de specifieke omstandigheden van een concrete casus. Hoe dit ook zij, voor de Nederlandse jurist is het in ieder geval van belang de Straatsburgse jurisprudentie goed in de gaten te houden.¹⁰⁵

Een belangrijke vraag in dit verband is of de Nederlandse rechter zou mogen afwijken van de rechtspraak van het EHRM door een ruimere uitleg aan het EVRM te geven dan het Hof doet. Het EVRM staat daaraan in beginsel niet in de weg, tenzij andere rechten in het gedrang dreigen te komen. Art. 53 EVRM staat het verdragsstaten immers expliciet toe een verdergaande mensenrechtenbescherming toe te kennen; het EVRM biedt slechts minimumwaarborgen. Ook het feit dat het Hof steeds zijn subsidiaire plaats ten opzichte van de nationale rechter benadrukt en de nationale autoriteiten in het kader van zijn toetsing vaak een meer of minder ruime ‘margin of appreciation’ gunt, laat zien dat er vanuit Straatsburgs perspectief geen bezwaar zou bestaan tegen een dergelijk optreden van de nationale rechter. In de literatuur is daarom ook gesteld dat de Nederlandse rechter niet zonder meer zou mogen afgaan

104 Vgl. EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, par. 154 (uitspraken zijn ook bedoeld om de regels voortvloeiend uit het EVRM te verduidelijken en toepassing daarvan te waarborgen); EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België. Ook een aanwijzing is dat in EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, par. 58, de werking van de daarin aan het EVRM gegeven algemene interpretatie in de tijd werd beperkt. Vgl. ook EHRM 27 september 1990, Cossey t. Verenigd Koninkrijk, par. 35 waarin het Hof aangeeft zoveel mogelijk vast te houden aan precedentes om de rechtszekerheid te waarborgen.

105 Behalve de uitspraken ten gronde, dienen daarbij ook de niet-ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM te worden betrokken. Deze laatste beslissingen bevatten belangrijke informatie over de materiële reikwijdte van de verdragsbescherming.

op de Straatsburgse minimumjurisprudentie en steeds zou moeten bezien of de concrete Nederlandse omstandigheden niet dwingen tot een ruimere uitleg.¹⁰⁶ Waar het EVRM dit echter niet eist en de verdragsstaten ook vrijlaat bij de implementatie daarvan in de nationale rechtsorde, moet ook het antwoord op deze vraag worden gezocht in het Nederlandse constitutionele recht. De vraag is dan in eerste instantie of de Nederlandse rechter gelet ook op zijn plaats in het staatsbestel op basis van art. 94 Grondwet een wetsbepaling buiten toepassing zou mogen laten op grond van zijn eigen ruimere uitleg van het EVRM. De Hoge Raad heeft deze vraag in negatieve zin beantwoord en daarbij aangegeven dat het bieden van verdergaande bescherming in het Nederlandse staatsbestel een keuze voor de wetgever is.¹⁰⁷ De toetsing van formele wetten aan verdragsbepalingen op grond van art. 94 Grondwet geldt in het Nederlandse staatsbestel namelijk als een beperkte uitzondering op het voor het overige op grond van art. 120 Grondwet geldende toetsingsverbod.¹⁰⁸ Daarbij speelt ook een rol dat de wetgever een verdergaande toepassing van het EVRM door de rechter ook (bijna) niet terug zou kunnen draaien. De uitspraak van de Hoge Raad betrof overigens een formele wet, zodat het strikt genomen nog de vraag is of de rechter zich bij de toetsing van lagere wetgeving of besluiten niet zijnde algemeen verbindende voorschriften ook zou moeten houden aan de Straatsburgse minimumuitleg, aangezien zijn plaats

106 Zie bijv. Schokkenbroek 1996, p. 313-315 met nadere verwijzingen.

107 HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278, m.nt. JdB. Vgl. hierover A.S. Hartkamp, De Nederlandse rechter en het EVRM, in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, Leiden 2000, p. 23-35.

108 Uit art. 120 Grondwet wordt afgeleid dat een formele wet in beginsel niet aan de Grondwet en niet aan fundamentele rechtsbeginselen mag worden getoetst, tenzij het gaat om bij de totstandkoming van de wet niet verdisconteerde omstandigheden. Zie HR 14 april 1989, AB 1989, m.nt. FHvdB, NJ 1989, m.nt. MS. Het verbod strekt zich uit tot materiële (de inhoud van de wet) en formele (de totstandkomingsprocedure van de wet) toetsing. Zie HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248, m.nt. D.J. Veegens. Verder acht de rechter zich zelfs niet vrij om te bezien of handelingen in het kader van de voorbereiding van een wetsvoorstel al dan niet rechtmatig zijn op het moment waarop deze wet nog niet tot stand is gekomen. Zie HR 19 november 1999, AB 2000, m.nt. ThGD, NJ 2000, 160, m.nt. TK. Ten slotte staat de mede uit art. 120 Grondwet voortvloeiende plaats van de rechter in het staatsbestel in de weg aan een rechterlijk bevel tot het totstandbrengen van formele wetgeving ter implementatie van een EG-richtlijn. Zie HR 21 maart 2003, NJ 2003, 60, AB 2004, 39, m.nt. ChB. Datzelfde geldt – los van art. 120 Grondwet – blijkens HR 1 oktober 2004, JB 2004, 385, NJ 2004, 679, m.nt. TK voor een bevel tot intrekking van een provinciale verordening ter implementatie van EG-recht. Vgl. hierover o.a. W. Voermans, De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet, JB-plus 2003, p. 142-151.

in het staatsbestel hier niet mede wordt bepaald door het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet, dat alleen geldt voor formele wetten. Een recente uitspraak van de Hoge Raad lijkt echter te wijzen in de richting van een bevestigende beantwoording van deze vraag.¹⁰⁹ Ook los van het toetsingsverbod geldt overigens echter dat de rechter een zekere afstand in acht moet nemen ten opzichte van de (lagere) wetgever en het bestuur, hetgeen aan een ruimere uitleg in de weg zou kunnen staan. De rechtspraak op dit punt laat van dat laatste, voorzover kon worden nagegaan, ook geen voorbeelden zien.

2.3.3 *De tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland*

Bij de bespreking van de tenuitvoerlegging van Straatsburgse uitspraken in Nederland kan worden onderscheiden tussen tenuitvoerlegging in meer abstracte zin en het verbinden van gevolgen aan een uitspraak voor de in het gelijk gestelde klager. In beide gevallen gaat het om verplichtingen die voortvloeien uit de bindende uitspraak van het EHRM, namelijk het voorkomen van verdere schendingen in de toekomst en het bieden van rechtsherstel of een schadevergoeding aan de klager. Op beide aspecten wordt toezicht gehouden door het Comité van Ministers dat uiteindelijk ook een resolutie aanneemt waarin wordt vastgelegd of en op welke wijze de staat aan de uitspraak is tegemoetgekomen (art. 46 lid 2 EVRM).

Bij het verbinden van gevolgen in algemene zin aan een Straatsburgse uitspraak – gewezen tegen Nederland of tegen een andere staat – kan het gaan om aanpassing van wetgeving of een bestaande bestuurspraktijk. Nederland heeft hiermee inmiddels een ruime ervaring opgebouwd. Daarbij blijkt dat het nemen van maatregelen vaak relatief lang duurt, hoewel uiteindelijk altijd de noodzakelijke maatregelen worden getroffen. Daarmee bestaat het risico dat het EHRM Nederland in een andere zaak wegens een vergelijkbare schending veroordeelt.¹¹⁰ Het valt overigens op dat het, vanwege de vaak op het concrete geval toegesneden motivering van het Hof, in veel gevallen moeilijk blijkt te bepalen

109 HR 1 oktober 2004, JB 2004, 385, NJ 2004, 679, m.nt. TK (de plaats van de rechter in het staatsbestel staat los van art. 120 Grondwet in de weg aan een rechterlijk bevel tot intrekking van een provinciale verordening ter implementatie van EG-recht).

110 Dat overkwam België toen het de op basis van de zaak EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België vereiste aanpassing van wetgeving niet snel genoeg doorvoerde. Zie de veroordeling in EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België.

of en, zo ja, welk gevolg zou moeten worden gegeven aan tegen andere staten gerichte uitspraken. Tegelijkertijd blijkt de wetgever zich vaak erg terughoudend op te stellen.¹¹¹

De tenuitvoerlegging van een Straatsburgse uitspraak in een concrete zaak kan op verschillende manieren plaatsvinden. Het voert te ver om hier daarop uitgebreid in te gaan. Van belang is om in herinnering te roepen dat de uitspraak van het EHRM – op een schadevergoedingsuitspraak op grond van art. 41 EVRM na – alleen een declaratoir karakter heeft en niet leidt tot, bijvoorbeeld, vernietiging van het onderliggende besluit en/of de wettelijke regeling waarop het is gebaseerd, noch tot doorbreking van de kracht van gewijsde van de betreffende uitspraak van de nationale rechter. Een staat kan zelf bepalen hoe tegemoet te komen aan de uit de uitspraak voortvloeiende verplichting te zorgen voor rechtsherstel. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door een eerder geweigerde naam alsnog te erkennen, dan wel door alsnog een juridische band te erkennen tussen een kind en zijn biologische ouders. Als een dergelijk rechtsherstel niet meer mogelijk is, zou een schadevergoeding kunnen worden uitgekeerd (waartoe het Hof staten overigens ook bij uitspraak kan verplichten op grond van art. 41 EVRM).¹¹² Mocht de staat daaraan niet (op eigen initiatief) willen meewerken, dan kan de door het EHRM in het gelijk gestelde klager op nationaal niveau een officieel verzoek doen om een nieuwe EVRM-conforme beschikking en kan over de eventuele afwijzing daarvan worden geprocedeerd. Ook kan, bijvoorbeeld, een actie uit onrechtmatige daad tegen de staat worden ingesteld.

Een probleem is echter dat een Straatsburgse uitspraak geen grond is voor heropening van een afgesloten civielrechtelijke (art. 382 Rv) of bestuursrechtelijke (art. 8:88 Awb) procedure, zodat deze niet kan worden overgedaan met inachtneming van het EVRM-recht waarvan het EHRM een schending heeft vastgesteld, terwijl aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak ook slechts in een zeer beperkt aantal gevallen wordt aangenomen.¹¹³ Het strafrecht kent inmiddels wel een derge-

111 Zie voor een analyse de diverse bijdragen aan T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The execution of Strasbourg and Geneva human rights decisions in the national legal order*, The Hague/Boston/London 1999. Zie ook Lawson 1999 (preadvies), p. 103-105.

112 Vgl. M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten, De rechtspraktijk in Nederland vergeleken met die onder het EVRM* (diss. Leiden), Leiden 1997.

113 Nog steeds maatgevend is HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. G.J. Scholten.

lijke heropeningsmogelijkheid (art. 457 Sv). Een studie naar een vergelijkbare regeling voor het civiele recht en het bestuursrecht is wel aangekondigd. Daarbij is de moeilijkheid vooral de regeling van de positie van de partij die niet in de Straatsburgse maar wel in de nationale procedure is betrokken. Deze laatste partij kan immers in de nationale procedure in het gelijk zijn gesteld en het zou in beginsel onredelijk zijn hem – in strijd met de rechtszekerheid – te confronteren met de gevolgen van een Straatsburgse uitspraak. Personen in een vergelijkbare positie als de klager die echter niet in Straatsburg hebben geklaagd, hebben, ten slotte, nog minder mogelijkheden om te profiteren van een veroordelende uitspraak.¹¹⁴

2.3.4. *Het EVRM en andere grond- en mensenrechtencatalogi*

Van belang is nog dat het EVRM geen afbreuk doet aan op grond van andere verdragen of nationaal recht reeds verzekerde grond- en mensenrechten (art. 53 EVRM). Dit betekent, bijvoorbeeld, dat indien een in de Nederlandse Grondwet opgenomen grondrecht in een concreet geval meer bescherming biedt dan het EVRM, de bepaling uit de Grondwet voorgaat. Zo eist art. 7 Grondwet een formeelwettelijke grondslag voor een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting, terwijl art. 10 EVRM een veel ruimere beperkingsmogelijkheid kent: de beperking moet slechts ‘prescribed by law’ zijn. Daarbij kan het zelfs gaan om ongeschreven recht of beleidsregels, mits maar voldoende kenbaar en voorzienbaar.¹¹⁵ Anderzijds biedt art. 10 EVRM weer meer bescherming dan art. 7 Grondwet, onder meer omdat het doelcriteria geeft voor een beperking. In een concrete casus dienen daarom de waarborgen van het EVRM als het ware bij die van het nationale recht en overige relevante verdragen te worden ‘opgeteld’.

In dat verband moet er op worden gewezen dat het EVRM, naast de Nederlandse Grondwet, niet het enige document is waarin voor Nederland geldende grond- en mensenrechten zijn neergelegd. Er zijn veel andere verdragen die ook voor het privaatrecht relevante rechten bevatten waarvan in bepaalde gevallen geen equivalent in het EVRM opgenomen is.

114 Zie hierover uitgebreid met verwijzingen P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen 2002; Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2002, p. 60-61.

115 EHRM 26 april 1979, *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*.

2.3.5 *De meerwaarde van het EVRM ten opzichte van de Nederlandse grondwettelijke grondrechtencatalogus*

Een belangrijke oorzaak voor het grote belang in de Nederlandse rechtspraktijk van de Europese dimensie van de grondrechtenbescherming is – zoals bekend – gelegen in het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet, op grond waarvan het de rechter niet vrij staat formele wetten te toetsen op grondwettigheid. De in art. 94 Grondwet opgenomen bevoegdheid c.q. verplichting om in Nederland geldende wettelijke bepalingen te toetsen aan eenieder verbindende verdragsbepalingen, heeft geleid tot een omvangrijke jurisprudentie, waarin zelfs met enige regelmaat bepalingen van wetten in formele zin buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met bepalingen uit het EVRM, zoals op het terrein van het personen- en familierecht. Daarin ligt voor een belangrijk deel ook de verklaring voor het feit dat in het privaatrecht vaak een beroep wordt gedaan op het EVRM en niet op de grondwettelijk verankerde grondrechten. Dit geldt ook voor particuliere – horizontale – verhoudingen, ondanks het feit dat de regering in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot grondwetsherziening nu juist expliciet aangaf dat de grondwettelijke grondrechten in deze verhoudingen zouden kunnen werken.¹¹⁶

Ook na de mogelijke (gedeeltelijke) opheffing van het toetsingsverbod,¹¹⁷ zal het EVRM zijn meerwaarde voor de rechtspraktijk behouden. In de eerste plaats bevat het EVRM ook voor het privaatrecht relevante rechten die onze eigen Grondwet niet of niet zo uitgewerkt kent, zoals het recht op familieleven en het recht op eigendom (zoals hierna nader zal blijken). In de tweede plaats geldt dat voor beperking van wel in de Nederlandse Grondwet beschermde grondrechten vaak slechts formele vereisten gelden (namelijk een formeelwettelijke basis), terwijl voor beperkingen van EVRM-rechten een aantal materiële vereisten geldt. In de derde plaats is door het toetsingsverbod de ontwikkeling van de grondrechten in Hoofdstuk 1 van de Grondwet in de jurisprudentie achtergebleven, in vergelijking met EVRM-rechten en het is

116 Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16; ook opgenomen in de documentatiereeks: Naar een nieuwe Grondwet: Algehele grondwetsherziening, Eerste lezing, deel IA Grondrechten, Den Haag 1979, p. 15-16.

117 Zie het initiatief-wetsvoorstel van het Tweede-Kamerlid Halsema, Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nrs. 1-3, dat thans aanhangig is in de Eerste Kamer.

maar de vraag hoe snel deze ‘achterstand’ kan worden ingelopen.¹¹⁸ Hierbij is van belang dat het EHRM de ontwikkeling van EVRM-normen enorm heeft gestimuleerd door een vaak autonome en dynamische interpretatie van EVRM-normen en daarbij met het genoemde concept van de positieve verplichtingen een geheel eigen dimensie heeft gegeven aan deze normen.¹¹⁹ De mogelijkheid van een Straatsburgse procedure zal bovendien als een stok achter de deur blijven fungeren, ook in nationale procedures waarin vooral de grondwettelijke grondrechten aan de orde zijn. In de vierde plaats is het voorstel tot opheffing van het toetsingsverbod beperkt tot – kort gezegd – de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Verder zullen ongeschreven rechtsbeginselen, zoals het vertrouwens-, rechtzekerheids- en proportionaliteitsbeginsel ook in de toekomst onder het toetsingsverbod vallen. Deze beginselen liggen echter wel besloten in het EVRM, meer in het bijzonder in art. 1 EP (zoals in hoofdstuk 3 van dit preadvies zal blijken) en in het vereiste dat een beperking van rechten voorzienbaar en proportioneel moet zijn, wil deze gerechtvaardigd zijn.

2.4 De gevolgen voor het privaatrecht

2.4.1 *Introductie*

We naderen het centrale thema van dit preadvies, maar alvorens daarop in te gaan is het zaak eerst nog verder te bezien wat de gevolgen zijn van het hiervoor geschetste over de (door)werking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde voor het privaatrecht. Met het oog daarop wordt hierna eerst een zeer beknopte schets gegeven van enkele basismodellen voor de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht, zoals die in de literatuur zijn beschreven (onder 2.4.2). Daarna zal in paragraaf 2.4.3 worden bezien op welke wijze EVRM-rechten in het Nederlandse privaatrecht doorwerken, waarbij zal worden voortgebouwd op hetgeen daarover – al dan niet tussen de regels – al is gebleken in de paragrafen over de (door)werking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde in algemene zin.

118 Vgl. L.F.M. Verhey, Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?, NJCM-Bulletin 2003, p. 216-232; A.W. Heringa, Grondrechten in de Grondwet, Een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen, NJCM-Bulletin 2003, p. 276-288.

119 Zie bijv. F. Vlemminx, Onze tadeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM, NJCM-Bulletin 2003, p. 233-244.

2.4.2 *Doorwerking van grondrechten in het privaatrecht: enkele basismodellen*

Over de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht is overvloedig geschreven en het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om daarvan verslag te doen. Wel relevant is dat uit de literatuur een aantal basismodellen voor deze doorwerking kan worden gedestilleerd.¹²⁰ Kennisname daarvan maakt het mogelijk de in de volgende subparagraaf aan de orde komende wijze(n) van doorwerking van de EVRM-rechten in Nederland beter te kunnen plaatsen en doorgronden. Het gaat om de volgende modellen:

- Directe werking van grondrechten in particuliere – horizontale – verhoudingen, ook wel directe derdenwerking genoemd. Dit houdt in dat grondrechten in particuliere verhoudingen op precies dezelfde wijze als rechtstreeks toepasbare normen gelden als in de klassieke verticale verhouding. Daarbij gelden ook dezelfde voorwaarden voor de rechtmatige beperking van grondrechten, zoals die onder meer voortvloeien uit de beperkingsclausules. Het achterliggende idee daarvan is met name dat publiek- en privaatrecht niet strikt van elkaar kunnen worden gescheiden, dat de grondrechtennormen van een dusdanig gewicht zijn dat ook private actoren daaraan zouden moeten zijn gebonden, terwijl tegelijkertijd denkbaar is dat deze laatstbedoelde actoren deze normen niet altijd in acht nemen.
- Indirecte werking van grondrechten in particuliere verhoudingen via de invulling van daarin geldende algemene open rechtsnormen als goede trouw, redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke zorgvuldigheid, bijvoorbeeld in het kader van de onrechtmatige daad. Achtergrond daarvan is de aanvaarding van het uitgangspunt dat grondrechten alleen zijn bedoeld voor de verhouding overheid - burger. Nu deze grondrechten echter ook uitdrukking geven aan be-

120 K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in de private verhoudingen*, Antwerpen 1982 (met diverse relevante bijdragen); A.K. Koekoek, *De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht*, WPNR 1985, p. 385-389 (deel 1), p. 405-412 (deel 2) en p. 425-434 (deel 3); Verhey 1992, p. 135-145; J. Mestre, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations*, ERPL 1994, p. 31-45; Alkema 1995, p. 22-32 en p. 115-122; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles 1995; A. Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in: D. Friedmann & D. Barak-Eretz (eds.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland 2001, p. 13-42; Smits 2003, p. 14-64 (met nadere verwijzingen).

paalde waarden in de samenleving die ook in particuliere relaties relevant kunnen zijn, gaat er in deze visie toch een zekere beïnvloeding van de daarin geldende normen van uit.¹²¹

- Indirecte werking via in particuliere verhoudingen geldende wetgeving waarmee grondrechten worden geïmplementeerd. Hierbij kan het gaan om normen van diverse aard die een specifieke uitwerking van grondrechten geven in particuliere verhoudingen, zoals onder meer de bescherming van de eigendom, de persoonlijke levenssfeer en het gelijkheidsbeginsel.
- Indirecte werking van grondrechten door deze als het ware in te lezen in een algemeen geldend (persoonlijkheids)recht, dat werking heeft in het gehele recht en dus ook in particuliere rechtsverhoudingen.¹²²
- Een zekere werking van grondrechten via betrokkenheid van de (overheids)rechter bij een geschil tussen particuliere partijen. Uitgangspunt daarbij is dat grondrechten als zodanig noch direct, noch indirect gelding hebben tussen particuliere partijen, maar dat als deze partijen in een geschil de overheidsrechter te hulp roepen deze zelf wel gebonden is aan grondrechten, hetgeen repercussies kan hebben voor de voorziening die hij in het onderhavige geschil kan bieden.
- Geen enkele werking van grondrechten in particuliere verhoudingen. In dit model is de werking van grondrechten strikt gereserveerd voor de verhouding overheid - burger en kan geen sprake zijn van enige vorm van werking in particuliere rechtsrelaties.

Overigens wijst Lindenberg er terecht op dat indirecte werking niet noodzakelijkerwijs leidt tot ‘minder doorwerking’ van fundamentele rechten dan de hiervoor eveneens genoemde directe werking. Verder geeft hij aan dat verschillende wijzen van doorwerking goed naast elkaar kunnen bestaan en dat grondrechten – ook waar hun toepassing strikt genomen niet verplicht is – kunnen bijdragen aan de articulering van partijbelangen en aan een adequate belangenafweging.¹²³

121 Deze gedachte, die kan impliceren dat het privaatrecht voortdurende confrontatie behoeft met grondrechten, is ook te vinden in J.M. Polak, Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?, Preadvies NJV, Zwolle 1969. Vgl. H. Drion, Civielrechtelijke werking van de grondrechten, NJB 1969, p. 585-594.

122 Vgl. R. Nehmelman, Het algemeen persoonlijkheidsrecht, Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland (diss. Utrecht), Deventer 2002; Lindenberg 2004 (WPNR), p. 979.

123 Lindenberg 2004 (WPNR), p. 979-986.

Bij de voorgaande schets van de basismodellen past voorts de kanttekening dat de overheid als deelnemer aan het privaatrechtelijke rechtsverkeer daarin geen duidelijke plaats heeft. De verschillende modellen gaan er vanuit dat in het privaatrecht optredende partijen geen overheden zijn. Toch is dat laatste een veelvoorkomend verschijnsel. Uitgangspunt is daarbij dat – in ieder geval in de Nederlandse rechtsorde – de overheid in het privaatrechtelijk rechtsverkeer ten volle is gebonden aan publiekrechtelijke normen en dus ook – direct – aan grondrechten.¹²⁴ Op privaatrechtelijk optreden van de overheid zijn in beginsel privaatrechtelijke én publiekrechtelijke rechtsnormen van toepassing, hoewel dat in de praktijk niet altijd zichtbaar hoeft te zijn en dit soort zaken vaak langs zuiver privaatrechtelijke weg worden opgelost.¹²⁵

2.4.3 *Doorwerking van EVRM-rechten in het Nederlandse privaatrecht op grond van het verdrag en de Grondwet*

2.4.3.1 *Het kader van het EVRM en de Grondwet*

Uit het samenstel van het EVRM en de Nederlandse grondwettelijke bepalingen over de doorwerking van verdragen volgt dat EVRM-bepalingen onderdeel uitmaken van het Nederlandse recht en dat publiekrechtelijke rechtspersonen daaraan direct zijn gebonden. De EVRM-bepalingen gelden in de Nederlandse rechtsorde als hoogste rechtsnormen die de wetgever en het bestuur bij al hun handelen in acht moeten nemen en waaraan de rechter – die zelf ook gebonden is aan het EVRM – toetst bij de beoordeling van de rechtmatigheid van met name overheidsoptreden of -nalaten. Daarbij dient te worden bedacht dat de

124 Zie t.a.v. grondrechten bijv. HR 26 april 1996, NJ 1996, 728, m.nt. EAA (Rasti Rostelli).

125 Zie voor het EVRM paragraaf 2.2.3 van dit preadvies. Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727, m.nt. MS (Amsterdam/Ikon) en de artikelen 3:14 BW en 3:1 lid 2 Awb. Zie nader Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, Den Haag 2002, p. 405-407; M.C. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, Zwolle 1989, p. 166 e.v.; Verhey 1992, p. 91 (met nadere verwijzingen); G.A. van der Veen, Openbare zaken (diss. Utrecht), Deventer 1997, p. 385-397; M.W. Scheltema & M. Scheltema, Gemeenschappelijk recht, Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht, Deventer 2003. Zie echter Hartkamp 2000, p. 29 die in rechtsverhoudingen van overheden met andere actoren waarin de privaatrechtelijke aspecten overheersen alleen indirecte werking van grondrechten lijkt te willen aannemen. Asser/Hartkamp 2002, p. 286-287 en p. 293-294 gaat wel uit van een volle en directe werking van publiekrechtelijke rechtsnormen in alle rechtsverhoudingen van de overheid, zij het dat daarbij de grondrechten niet expliciet worden genoemd.

EVRM-normen ook direct gelden voor privaatrechtelijke rechtspersonen voorzover zij zijn bekleed met overheidsgezag. Deze directe binding van de overheid aan het EVRM geldt in alle rechtsverhoudingen, zodat het niet uitmaakt of gebruik wordt gemaakt van publiek- of privaatrecht.

Er bestaat geen verplichting tot het verlenen van directe werking aan EVRM-rechten in de – horizontale – verhouding tussen particuliere partijen, maar staten hebben op grond van het EVRM wel de vrijheid een dergelijke werking toe te kennen.

Via het concept van de positieve verplichtingen, zoals ten aanzien van vele rechten ontwikkeld door het EHRM, zijn staten in sommige situaties echter wel verplicht een zekere – indirecte – werking aan EVRM-normen toe te kennen in relaties tussen particuliere partijen.¹²⁶ In dat verband kan de staat immers aansprakelijk worden gehouden indien hij onvoldoende bescherming biedt aan EVRM-normen in deze horizontale relaties. De staat kan de EVRM-normen dan waarborgen door wetgeving tot stand te brengen of handhavend op te treden. Zijn in een zaak positieve verplichtingen aan de orde en hebben wetgever en bestuur hun verplichting de EVRM-rechten te waarborgen in de betreffende particuliere rechtsrelatie niet vervuld, dan ligt er ook een taak voor de nationale rechter. Deze moet dan een effectief rechtsmiddel verschaffen door alsnog in de vereiste bescherming te voorzien. Daarbij kan hij strijdige nationale wetgeving buiten toepassing laten en/of het nationale recht verdragsconform interpreteren of invullen. In een dergelijke situatie kan de nationale rechter zelfs verplicht zijn tussen particuliere partijen geldende privaatrechtelijke rechten en verplichtingen verdragsconform te interpreteren, zoals blijkt uit een recente Andorrese zaak over de uitleg van een testament die hierna nader aan de orde wordt gesteld.¹²⁷ Zijn er geen positieve verplichtingen in het spel en benaderen particuliere partijen de rechter, bijvoorbeeld, ter afdwinging van een tussen hen geldende overeenkomst, dan lijkt de rechter daarbij niet verplicht deze overeenkomst op EVRM-conformiteit te toetsen, hoewel de jurisprudentie op dit punt nog niet geheel duidelijk is, zij het dat deze het EVRM wel onverplicht kan gebruiken als extra rechtsbron. Wat daarvan ook zij, in ieder geval opent de betrokkenheid van een rechter bij particuliere geschillen de mogelijkheid om daarover een klacht in te die-

126 Voor het Franse recht komt tot een vergelijkbare conclusie A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil* (diss. Paris II), Paris 2002, p. 405-406.

127 EHRM 13 juli 2004, Pla & Puncernau t. Andorra.

nen in Straatsburg, waarmee een dergelijk geschil onder de reikwijdte van het EVRM kan vallen.

2.4.3.2 *Welke ruimte biedt dit kader aan particulieren om grondrechten te schenden?*

Om een nog scherper beeld te krijgen van de werking van EVRM-normen in particuliere – horizontale – relaties is het van belang meer in het bijzonder stil te staan bij de vraag of en, zo ja, in hoeverre particulieren bij het aangaan van privaatrechtelijke relaties EVRM-normen mogen schenden.

Smits meent dat burgers in de private sfeer een ‘recht op willekeur’ hebben: zij mogen in beginsel contracteren en testeren op de wijze die zij wensen en daarbij, bijvoorbeeld, inbreuk maken op het discriminatieverbod. Smits nuanceert zijn stelling terecht door te wijzen op uitwerkingen van grondrechten in het Burgerlijk Wetboek (zoals het gelijkheidsbeginsel in art. 7:646 BW) die uiteraard ook door particuliere partijen in acht moeten worden genomen.¹²⁸

Desalniettemin gaat Smits wat licht voorbij aan het hiervoor omschreven concept van de positieve verplichtingen op grond waarvan de rechter gehouden kan zijn in horizontale verhoudingen werking aan het EVRM te verlenen, bijvoorbeeld bij de interpretatie van overeenkomsten en testamentaire beschikkingen. Meer in het bijzonder kan in dit verband worden gewezen op de zojuist aangehaalde Andorrese erfrechtzaak *Pla & Puncernau*, die op dit punt illustratief is en waarin het EHRM belangwekkende overwegingen wijdt aan het hier aangesneden vraagstuk.

Eerst de casus. In 1939 maakte Carolina Pujol Oller haar testament op met als een van de voorwaarden dat haar zoon en erfgenaam, Fransesc-Xavier Pla Pujol, de geërfde goederen bij zijn overlijden moest overdragen aan een zoon of kleinzoon uit een wettig en kerkelijk huwelijk. Indien niet aan deze voorwaarden zou worden voldaan, diende het bezit over te gaan op de andere kinderen en kleinkinderen van de erflater, althans voorzover deze wel uit een dergelijk huwelijk zouden zijn geboren. Haar zoon ging een wettig en kerkelijk huwelijk aan met Roser Puncernau Pedro. Het echtpaar adopteerde twee kinderen. Bij een in 1995 opgemaakt testament liet Fransesc Xavier de bezittingen die hij in 1949 van zijn moeder had geërfd na aan zijn echtgenote en bij haar overlijden aan zijn geadopteerde zoon Antoni. Na het overlijden van

128 Smits 2003, p. 21-23.

Fransesc-Xavier Pla Pujol in 1996 startten twee achterkleinkinderen van Carolina Pujol Oller een civiele procedure voor het *Tribunal des Battles*. Zij stelden dat de geadopteerde kleinzoon niet kon erven volgens het in 1939 door de erflaatster opgemaakte testament. Het *Tribunal des Battles* wees dit beroep af, terwijl deze claim in hoger beroep wel werd gehonoreerd. De rechters in hoger beroep interpreteerden de wil van de erflaatster in het licht van de juridische tradities en de samenleving in Andorra in 1939. Volgens deze rechters kwam ten tijde van het opstellen van het testament (1939) en het openvallen van de nalatenschap (1949) adoptie nauwelijks voor in de Andorrese samenleving en voorzover dit wel voorkwam, bevonden geadopteerde kinderen zich zowel in juridisch als sociaal opzicht buiten het familieverband en waren ze daarmee als onwettig te beschouwen. Een beroep (*empara*) tegen deze uitspraak werd afgewezen door het Constitutionele Hof. Vervolgens dienden de geadopteerde zoon en zijn moeder een klacht in bij het EHRM. De klagers beriepen zich hierbij op art. 8 (recht op familielevens) juncto art. 14 (verbod van discriminatie) EVRM. Volgens hen heeft de Andorrese rechter bij de uitleg van het testament ten onrechte een onderscheid gemaakt tussen geadopteerde kinderen en andere (wettige) kinderen in strijd met genoemde verdragsbepalingen.

Het EHRM concludeert – zij het niet unaniem – dat de interpretatie en toepassing door de rechters in Andorra van het testament een verboden discriminatie oplevert van een geadopteerd kind, in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM. Volgens het Hof wijst niets in het testament erop dat de erflaatster de bedoeling had om geadopteerde kleinzonen van haar nalatenschap uit te zonderen. Het Hof overweegt enerzijds dat het zich in theorie niet bezig houdt met het beslechten van geschillen tussen particulieren. Anderzijds is het EHRM belast met de Europese supervisie op de naleving van mensenrechten en kan het Hof niet passief blijven wanneer de uitleg door een nationale rechter van een juridische handeling, zoals een clause in een testament, een privaatrechtelijke overeenkomst, een publiek document, een wettelijke bepaling of een administratieve praktijk onredelijk of willekeurig blijkt te zijn, of, zoals in het onderhavige geval, duidelijk in strijd met het verbod van discriminatie uit art. 14 EVRM en in bredere zin met de beginselen die aan de Conventie ten grondslag liggen. Het Hof roept in herinnering dat het EVRM een dynamische tekst is die ook positieve verplichtingen met zich brengt. In het bijzonder is de Conventie een ‘living instrument’ dat moet worden uitgelegd in het licht van de hedendaagse omstandigheden, waaronder het zeer grote belang dat door de lidstaten van de Raad van Europa wordt toegekend aan de gelijke behandeling van wettige en

onwettige kinderen. In het licht van deze ontwikkelingen konden de Andorrese rechters bij de uitleg van het testament niet enkel letten op de maatschappelijke omstandigheden ten tijde van het opstellen van het testament en het openvallen van de nalatenschap in respectievelijk 1939 en 1949. Het Hof concludeert met vijf stemmen tegen twee tot een schending van art. 14 in samenhang met art. 8 EVRM.

Rechter Bratza keert zich tegen het meerderheidsstandpunt en benadrukt dat het privé-personen – anders dan de overheid – vrij staat om te discrimineren, bijvoorbeeld bij het beschikken over hun eigendom (via een testament). Met rechter Garlicki, een andere *dissenter*, meent hij dat deze vrijheid van de erflater juist wordt beschermd door art. 8 EVRM (waarschijnlijk is bedoeld het daarin besloten liggende recht op privé-leven) en art. 1 EP (het recht op ongestoord eigendomsgenot). Bratza meent dat de staat gelet daarop, in beginsel, via zijn rechterlijke organen, uitvoering moet geven aan een dergelijke discriminerende bepaling in particuliere verhoudingen. Als de nationale rechter een dergelijke discriminerende verplichting effectueert, handelt hij daarmee niet in strijd met het EVRM. Dit is volgens hem slechts anders in uitzonderlijke omstandigheden, waarin het ten uitvoer leggen van de discriminerende bepaling in strijd zou komen met de fundamentele idealen van de Conventie of indien zij ten doel heeft de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden te ‘vernietigen’, waarvan in casu geen sprake zou zijn.

De uitspraak van de Kamer van het Hof is echter nog niet definitief en de zaak wordt mogelijk in het kader van een intern appel bij de Grote Kamer van het Hof opnieuw behandeld. Hoe deze zaak afloopt, valt niet precies te voorspellen. Indien de Grote Kamer echter zou vasthouden aan het oordeel van de Kamer dat hier een positieve verplichting van de staat in het geding is ten aanzien van het discriminatieverbod en het recht op familieleven – wat gelet op eerdere jurisprudentie aangenomen kan worden – dan lijkt het volgen van het oordeel van de Kamer voor de hand te liggen. De *dissenters* nemen namelijk ten onrechte aan dat aan positieve verplichtingen alleen voldaan zou moeten worden door de wetgever en het bestuur en dat deze niet ook – onverkort en dus niet alleen voor zeer ernstige aantastingen van de belangrijkste fundamentele rechten – op de rechter zouden rusten wanneer deze met overeenkomsten tussen particulieren of testamenten wordt geconfronteerd. Tegen de opvatting van de *dissenters* pleit ook art. 13 EVRM op basis waarvan bij het in gebreke blijven van de wetgever of het bestuur terzake juist op nationaal niveau een rechtsmiddel moet worden verschaft om zo te voorkomen dat dit soort zaken direct

in Straatsburg moeten worden voorgelegd.¹²⁹ Daarnaast moet worden benadrukt dat ook de *dissenters* aan particulieren geen onbegrensde mogelijkheden willen geven om EVRM-rechten te schenden en in extreme gevallen zelfs ingrijpen door het EHRM wenselijk achten.

Smits kan wel worden nagegeven dat particulieren vanuit EVRM-perspectief strikt genomen pas worden geconfronteerd met uit positieve verplichtingen voortvloeiende normen wanneer de wetgever ter uitvoering daarvan regels stelt die gelden in particuliere verhoudingen of wanneer zij over een overeenkomst of een testament een geschil krijgen en dat aan de rechter moeten voorleggen. Ook is denkbaar dat het bestuur op de hoogte raakt van particuliere afspraken die in strijd zijn met EVRM-normen waaruit positieve verplichtingen voortvloeien en ambtshalve optreedt om de betreffende rechten te beschermen. Een en ander heeft echter wel als gevolg dat de betreffende EVRM-normen hun schaduw in zekere zin vooruit werpen in particuliere verhoudingen en daarin toch een feitelijke werking kunnen krijgen ook wanneer daarbij nog geen overheidsonderdeel is betrokken. Met het oog op een eventueel geschil is het namelijk goed denkbaar dat particulieren alleen voor de rechter afdwingbare afspraken vastleggen. In dit verband spreekt Spielmann ook wel van secundaire positieve verplichtingen.¹³⁰

2.4.3.3 *Afstand van recht in particuliere relaties?*

Bij het voorgaande dient nog wel de vraag te worden betrokken of particulieren afstand kunnen doen van rechten voortvloeiend uit EVRM-normen en wat dit dan betekent voor de met deze normen verband houdende positieve verplichtingen van de staat. Vooropgesteld dient te worden dat uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat afstand van EVRM-rechten in de verhouding tot de overheid in beginsel geoorloofd is, maar dat hierbij een strenge toets geldt ten aanzien van de vrijwilligheid en ondubbelzinnigheid van deze afstand.¹³¹ In verhoudingen tussen particuliere partijen bestaat in beginsel een grotere vrijheid om bij contract beperkingen te stellen aan grondrechten. Echter ook hier kunnen zich beperkingen doen gelden via het genoemde concept van de positieve verplichtingen, zoals blijkt uit de hiervoor beschreven Andorrese erfrechtzaak. Deze zaak betrof weliswaar een eenzijdige privaatrechtelijke

129 Barkhuysen 1998, p. 96-100 (met nadere verwijzingen).

130 Spielmann 1995, 88.

131 Zie bijv. E.A. Alkema, Contractvrijheid als grondrecht; de vrijheid om over grondrechten te contracteren of er afstand van te doen, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractvrijheid, Deventer 1999, p. 33-46.

rechtelijk rechtshandeling (namelijk een testament), het Hof geeft echter uitdrukkelijk aan dat het in het kader van zijn Europese toezicht op de naleving van mensenrechten tevens is belast met de toetsing van de uitleg die de nationale rechter heeft gegeven van allerlei rechtshandelingen, waaronder ook meezijdige handelingen zoals een privaatrechtelijke overeenkomst kunnen worden begrepen. Indien het gaat om uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen (zoals in het geval van het discriminatieverbod in samenhang met het recht op familielevens), acht het Hof zich derhalve bevoegd de staat in kwestie tot de orde te roepen, zelfs als het gaat om oorspronkelijk in een zuiver privaatrechtelijke verhouding – met instemming van beide partijen – gemaakte afspraken. Het oordeel van het EHRM kan uiteraard pas aan de orde komen, indien er op nationaal niveau op enigerlei wijze een overheidsorgaan bij de kwestie is betrokken. Dit zal doorgaans de rechter zijn die betrokken wordt in een geschil tussen particulieren waarbij, bijvoorbeeld, een van de contractspartijen alsnog de vrijwilligheid van de afstand van zijn grondrechten in twijfel trekt of terugkomt op deze afstand. Bij de toetsing van de vrijwilligheid van deze afstand van recht, zal vermoedelijk een rol spelen in hoeverre een zeer fundamenteel recht in het geding is dat kan worden beschouwd als een belangrijk beginsel dat aan de Conventie ten grondslag ligt, zoals in de Andorrese zaak het verbod van onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen. Indien een dergelijk recht in het geding is, ligt het voor de hand dat het Hof eerder geneigd is de oorspronkelijk tussen particuliere personen gemaakte afspraken te doorbreken ten faveure van het aan de orde zijnde fundamentele recht. Vaak zijn bij dergelijke zeer fundamentele rechten de genoemde positieve verplichtingen in het geding, zij het dat de Straatsburgse jurisprudentie op dit punt nog niet is uitgekristalliseerd. In zoverre zouden de positieve verplichtingen ook op indirecte wijze hun invloed kunnen doen gelden in particuliere verhoudingen en lijken zij daarmee enige gelijkens te vertonen met de in het BW neergelegde norm, dat een rechtshandeling die door inhoud en strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde nietig is (art. 3:40 BW). In dit verband bestaat er een parallel met de door Smits uitgebreid besproken pachtzaken uit de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw, waarin de afspraak dat de pachtovereenkomst mocht worden ontbonden indien de pachter van geloof veranderde, nietig werd geacht wegens strijd met de godsdienstvrijheid en daarmee in strijd met de goede zeden en de openbare orde.¹³²

132 Smits 2003, p. 34-35.

2.4.3.4 *De Nederlandse rechtspraak*

Nu het kader is geschetst, kan een korte blik worden geworpen op de rechtspraak in Nederland. Grondrechten spelen in eerste instantie een rol in verticale – vaak bestuursrechtelijke – verhoudingen tussen overheid en burgers. In Nederland wordt in particuliere – horizontale – verhoudingen doorgaans geen directe werking van grondrechten aangenomen.¹³³

Om de volgende redenen zijn grondrechten, in het bijzonder EVRM-normen toch van belang voor het privaatrecht.

In de eerste plaats bestaan in het privaatrecht ook geschillen tussen overheid en burgers, waarin het EVRM wordt ingeroepen. Een beroep op het EVRM kan, bijvoorbeeld, de basis zijn voor een actie uit onrechtmatige daad tegen de overheid bij de civiele rechter, omdat schending van een EVRM-bepaling kan vallen onder alle drie in art. 6:162 BW genoemde onrechtmatigheidscategorieën, namelijk inbreuk op een (subjectief) recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (waaronder immers ook eenieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet kunnen worden begrepen¹³⁴) en een doen of nalaten met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹³⁵ In dat kader kan schadevergoeding worden gevorderd, maar ook, bijvoorbeeld, een gebod of een verbod met betrekking tot een bepaald overheidshandelen.¹³⁶ Ten aanzien van wetgeving kan ook onverbindendverklaring c.q. buitentoepassinglating (in het concrete geval) worden gevorderd. EVRM-normen spelen daarnaast, bijvoorbeeld, ook een rol in contractuele verhoudingen van de overheid met particulieren.¹³⁷

In de tweede plaats blijkt uit de jurisprudentie dat grondrechten steeds vaker indirect werking krijgen in particuliere verhoudingen via

133 Alkema 1995, p. 29, is van mening dat in dit verband ten onrechte wel wordt verwezen naar HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder) om directe horizontale werking van grondrechten aan te nemen. Het ging hier naar zijn mening namelijk om een actie uit onrechtmatige daad waardoor directe grondrechtentoe-passing niet strikt noodzakelijk was, terwijl gedaagde niet een gewone particulier was maar adjunct-directeur van de gemeentelijke Sociale Dienst.

134 Van Emmerik 1997, p. 15 en 316; Asser/Hartkamp, 4-III, Verbintenissenrecht, Verbintenis uit de wet, Deventer 2002, p. 39.

135 S.D. Lindenbergh, De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht, TPR 1999, p. 1665-1707 (op p. 1677-1682); Lindenbergh 2004 (TVP), p. 110-111.

136 Vgl. art. 3:296 BW, maar zie voor beperkingen vanwege het algemeen belang art. 6:168 BW.

137 Alkema 1999, p. 41-43.

de invulling van privaatrechtelijke normen, zoals neergelegd in de artikelen 3:12 BW (invulling van redelijkheid en billijkheid), 3:40 BW (goede zeden), 6:162 BW (onrechtmatige daad), 6:2 en 6:248 (redelijkheid en billijkheid).¹³⁸ Zo wordt het onrechtmatige-daadscriterium ‘inbreuk op een (subjectief) recht’, waaronder uitdrukkelijk ook persoonlijkheidsrechten vallen, nader ingevuld door grondrechten, zoals het recht op privé-leven en het eigendomsrecht.¹³⁹ Dit is in lijn met het door de regering bij de grondwetsherziening ten aanzien van nationale grondrechten ingenomen standpunt dat deze ook in particuliere verhoudingen kunnen werken (zie hiervoor onder 2.3.5 van dit preadvies). Ook via wetgeving krijgen grondrechten werking in relaties tussen particulieren, waarbij als voorbeeld de Algemene wet gelijke behandeling kan worden genoemd of strafrechtelijke bepalingen ter bescherming van de eigendom of de lichamelijke integriteit. Verder kan worden gewezen op de erkenning van het algemeen persoonlijkheidsrecht dat ook in particuliere verhoudingen geldt en waaraan onder meer het recht kan worden ontleend om te weten van wie men afstamt.¹⁴⁰

2.5 Conclusie

Het voorgaande laat zien dat het toepassingsbereik van het EVRM de afgelopen decennia fors is uitgebreid en dat er een stelsel van relatief verfijnde mensenrechtelijke normen tot stand is gekomen die in ons nationale recht een supra-constitutionele status hebben en mede om deze reden de nationale grondrechten hebben overvleugeld. Deze normen blijken ook van belang te zijn voor het privaatrecht. Voor het personen- en familierecht en het burgerlijk procesrecht is zelfs sprake van een grote invloed. Op de andere terreinen van het privaatrecht geldt dat de EVRM-normen daar met name van belang zijn in de verhouding overheid - burger. Via het concept van de positieve verplichtingen blijkt echter ook sprake van een (indirecte) werking van EVRM-bepalingen in particuliere rechtsverhoudingen waarvan zelfs een zekere beperking van de contract- en testeervrijheid lijkt uit te gaan. Deze vrijheid wordt in ieder geval begrensd daar waar als gevolg van het gebruik daarvan strijd zou ontstaan met de fundamentele idealen van de Conventie of

138 Vgl. Verhey 1992, p. 289-333; Smits 2003, p. 22-23; Ch. Mak, Concurrentiebeding, onrechtmatige concurrentie en vrijheid van arbeidskeuze – Over doorwerking van grondrechten in het verbintenissenrecht, AAe 2003, p. 428-436; Lindenbergh 2004 (WPNR).

139 Zie nader Lindenbergh 1999.

140 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S (Valkenhorst).

indien dit ten doel heeft de in het EVRM neergelegde rechten en vrijheden te ‘vernietigen’. Daarbij lijkt er een tendens te bestaan een nog scherpere grens te trekken, zoals blijkt uit het oordeel van het EHRM in de Andorrese erfrechtzaak. Hoewel niet altijd direct duidelijk is of de EVRM-normen materieel iets toevoegen aan hetgeen tussen particulieren op grond van het privaatrecht reeds geldt, betekent een en ander wel dat uiteindelijk niet de Nederlandse rechter op grond van het eigen privaatrecht, maar het EHRM kan uitmaken wat rechtens is in een dergelijke verhouding. Ten slotte kan het EVRM ook in situaties waarin zijn toepassing niet verplicht is een rol spelen als extra rechtsbron.

3. ANALYSE OP HOOFDLIJNEN VAN ARTIKEL 1 EP EN DE STRAATSBURGSE JURISPRUDENTIE

3.1 Inleiding

Nu het kader waarbinnen het EVRM in de Nederlandse rechtsorde en meer in het bijzonder het privaatrecht functioneert is geschetst, kan de aandacht worden gericht op het centrale thema van dit preadvies: het eigendomsrecht van art. 1 EP. Zoals in het inleidend hoofdstuk van dit preadvies reeds gesignaleerd, wordt in de rechtspraak in toenemende mate een beroep gedaan op art. 1 EP, terwijl – mede als gevolg daarvan – ook de aandacht daarvoor in de wetenschap is gegroeid.¹⁴¹ In dit hoofdstuk worden aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM en de literatuur de hoofdlijnen van de in art. 1 EP neergelegde rechtsregels geschetst.¹⁴² Daarbij zal worden teruggegrepen op de in hoofdstuk 2 van dit preadvies behandelde Straatsburgse leerstukken, zoals het concept van de positieve verplichtingen en de ‘margin of appreciation’. Op deze wijze kan een beeld worden verkregen van de werking van art. 1 EP, waarop in de daarna volgende hoofdstukken vanuit een meer Nederlands perspectief wordt voortgebouwd.

141 Afgezien van annotaties onder met name EHRM-uitspraken kan worden verwezen naar W. Snijders 1991; Hartlief 1996; de verschillende bijdragen in J.P. Loof a.o. (eds.), *The right to property, The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht 2000; H.D. Ploeger, *Eigendom in het licht van het EVRM*, WPNR 2000, p. 687-695; Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten, 2002, p. 18-19.

142 Mede ontleend aan T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De betekenis van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid*, O&A 2002, p. 102-116.

3.2 Introductie van het verdragsartikel

Hoewel de bescherming van het eigendomsrecht gemeengoed is in vele constituties over de hele wereld, konden de partijen het bij de totstandkoming van het EVRM niet eens worden over een daartoe strekkende bepaling.¹⁴³ Daarin slaagde men na moeizame onderhandelingen pas later, waarna het eigendomsartikel in het Eerste Protocol terecht is gekomen, dat overigens geacht moet worden deel uit te maken van het EVRM zelf.

De tekst van art. 1 EP – die gelet op de formulering en de vele clausuleringen duidelijk de sporen draagt van de moeizame totstandkoming – luidt in de officiële Nederlandse vertaling als volgt:

‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Mogelijk mede als gevolg van de gekozen formulering heeft art. 1 EP in de Straatsburgse jurisprudentie lange tijd een ondergeschikte rol gespeeld. In het besef dat de bescherming van de vrijheid van het individu het niet kan stellen zonder een reële bescherming van het eigendomsrecht, zijn het EHRM en zijn inmiddels opgeheven voorportaal – de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) – in de loop der tijd echter toch gaan bouwen aan een uitgebreide jurisprudentie. Daarmee werd het bereik en de betekenis van art. 1 EP steeds meer verduidelijkt, hoewel er – zoals bij de hiernavolgende bespreking

¹⁴³ Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht A.J. van der Walt, *Constitutional property clauses*, Dordrecht 1999. De totstandkoming van art. 1 EP wordt o.m. beschreven in D.J. Harris, M. O’Boyle & C. Warbrick, *Law of the ECHR*, London/Dublin/Edinburgh 1995, p. 516-517; C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property*, Deventer 2004, p. 16-22. Zie voor een analyse van de bescherming van het recht op eigendom als mensenrecht Th.R.G. van Banning, *The Human Right to Property* (diss. Utrecht), Antwerpen 2002. Vgl. ook U. Mattei, *Basic Principles of Property Law, A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport/Connecticut/London 2000.

van de hoofdlijnen van deze jurisprudentie zal blijken – nog belangrijke vragen onbeantwoord zijn gebleven.¹⁴⁴

Een belangrijke uitspraak in dit verband deed het Hof in 1982 in de zaak *Sporrong en Lönnroth t. Zweden*,¹⁴⁵ waarin het in art. 1 EP drie afzonderlijke hoofdregels onderscheidde:

- het beginsel van ongestoord eigendomsgenot (eerste zin van het eerste lid);
- bescherming tegen de ontneming van eigendom (tweede zin van het eerste lid);
- de mogelijkheid van regulering van eigendom (tweede lid).

Het EHRM ziet de eerste regel als het algemene beginsel, terwijl de twee volgende regels daar een uitwerking van zijn. Deze regels dienen in onderlinge samenhang te worden gezien. Opvallend is dat expliciet

144 Zie nader over art. 1 EP o.m. P. van den Broek, *The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights*, in: *Legal Issues of European Integration* 1986, p. 52-90; R. Dolzer, *Eigentumsschutz als Abwägungsgebot, Bemerkungen zu Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK*, in: W. Fürst u.a. (Hrsgb.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Berlin/New York 1987, p. 1677-1691; C. Russo, *L'applicabilité aux nationaux des 'principes généraux du droit international' visés à l'article 1 du Protocole no. 1*, in: F. Matscher & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Studies in Honour of Gérard J. Wiarda, Köln/Berlin/Bonn/München 1988, p. 547-554; J.A. Frowein, *The Protection of Property*, in: R.St.J. Macdonald a.o. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London 1993, p. 515-530; F. Massias, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit de propriété*, ERPL 1994, p. 47-78; Harris, O' Boyle & Warbrick 1995, p. 516-539; W. Fiedler, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und der Schutz des Eigentums*, EuGRZ 1996, p. 354-357; O. Müller-Michaels, *Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union* (diss. Bochum), Berlin 1997; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 618-643; J.G.C. Schokkenbroek, *Het Eerste Protocol – Artikel 1 Eigendom*, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Rechtspraak & Commentaar EVRM* (losbladig), Lelystad 1998; P. Mittelberger, *Der Eigentumsschutz nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK im Lichte der Rechtsprechung der Strassburger Organe* (diss. Basel), Bern 2000; M. Carss-Frisk, *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 4, Strasbourg 2001; E. van der Schans, *Possessions and the Rule of Law in Europe*, in: B.P.M. van Ravens & M.A. van Voorst van Beest (red.), *Natuurlijk van belang, Opstellen aangeboden aan prof. mr. P.C.E. van Wijmen*, Deventer 2003, p. 97-105; Y. Haeck, *Artikel 1 Eerste Protocol, Recht op bescherming van de eigendom*, in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijze Commentaar*, Antwerpen/Oxford 2004, p. 295-397 (met uitgebreide literaturopgave); Schutte 2004.

145 EHRM 23 september 1982.

uit de tekst van art. 1 EP blijkt dat naast natuurlijke personen ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op de bescherming van het eigendomsrecht.

3.3 Positieve verplichtingen en rechtsbeschermingsvereisten met betrekking tot artikel 1 EP

Voor een geslaagd beroep op art. 1 EP moet het wel gaan om een aan een verdragsstaat toerekenbare schending van het eigendomsrecht. Primair moet hierbij worden gedacht aan schendingen van het eigendomsrecht die door handelen van de staat worden veroorzaakt. De staat dient zich te onthouden van niet gerechtvaardigde inmengingen in het eigendomsrecht. Het EVRM heeft namelijk in beginsel betrekking op de verhouding staat - burgers. Alleen de staat kan, met andere woorden, direct wegens een schending van art. 1 EP in rechte worden betrokken. Toch kunnen de bepalingen van het EVRM, en meer in het bijzonder het eigendomsrecht, ook van belang zijn in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen tussen burgers en private rechtspersonen. Daarvoor is echter vereist dat een aansprakelijkheid van de staat kan worden geconstrueerd. Dat wil zeggen dat de staat verantwoordelijk kan worden gesteld voor de schending van het eigendomsrecht in de horizontale verhouding. Dit zou kunnen doordat de staat heeft nagelaten de ene burger te beschermen tegen de eigendomsinbreuk door een andere burger, bijvoorbeeld door het niet of niet voldoende bieden van wettelijke (rechts)bescherming tegen inbreuken of door het niet-optreden van politieke en justitiële autoriteiten tegen strafbare inbreuken op het eigendomsrecht, zoals vernieling of brandstichting.¹⁴⁶ Uit art. 1 EP kunnen derhalve voor de staat ook positieve verplichtingen voortvloeien. Zo oordeelde het Hof dat de Italiaanse overheid had moeten helpen bij de uitzetting van mensen uit een woning toebehorend aan de klager door een daarop betrekking hebbend rechterlijk vonnis daadwerkelijk ten uitvoer te leggen.¹⁴⁷

Tussen art. 1 EP en art. 6 EVRM (het recht op toegang tot de rechter en een ‘fair trial’ bij geschillen over ‘civil rights and obligations’) bestaat

146 Vgl. EHRM 25 april 1996, Gustafsson t. Zweden; EHRM 10 mei 2001, Cyprus t. Turkije.

147 EHRM 11 januari 2001, Lunari t. Italië; EHRM 11 januari 2001, Tangenelli t. Italië; EHRM 11 januari 2001, P.M. t. Italië; EHRM 29 januari 2004, Sorrentino Prota t. Italië.

een nauw verband, nu een eigendomsrecht meestal ook kwalificeert als een naar nationaal recht erkend 'civil right'.¹⁴⁸ Datzelfde geldt ten aanzien van art. 13 EVRM (het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij – vermeende – schendingen van het EVRM). Dit impliceert dat er met betrekking tot geschillen over eigendomsrechten moet zijn voorzien in een adequaat systeem van nationale rechtsbescherming, hetgeen nog eens wordt onderstreept door de hiervoor aangehaalde jurisprudentie over de positieve verplichtingen voor de staat op grond van art. 1 EP zelf.¹⁴⁹ Het voorgaande betekent dat waar de staat de positieve verplichting heeft het eigendomsrecht te beschermen in particuliere – horizontale – relaties, particulieren in dat kader ook recht hebben op effectieve nationale rechtsbescherming terzake van het eigendomsrecht in deze verhoudingen.

De positieve verplichtingen en daarmee de mogelijkheden van staatsaansprakelijkheid vanwege eigendomsinmengingen in particuliere relaties onder art. 1 EP zijn echter niet onbegrensd. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Gustafsson t. Zweden* uit 1996 dat art. 1 EP de staat niet verplicht om op te treden tegen leveranciers van een restaurant die hun leveranties daaraan hebben stopgezet in het kader van een – ook onder het EVRM – rechtmatige vakbondsactie. Het EHRM beschouwt dit als een zuiver contractuele kwestie die de betrokken partijen onderling moeten regelen.¹⁵⁰ Ook bestaat er – zoals blijkt uit een andere zaak – geen positieve verplichting voor de staat om spaartegoeden te beschermen tegen ontwaarding door een systematische indexering daarvan.¹⁵¹

Met enige voorzichtigheid, omdat de jurisprudentie op dit terrein nog beperkt is, kan echter worden geconstateerd dat in de meer recente uitspraken van het EHRM de werking van het concept van de positieve verplichtingen met betrekking tot art. 1 EP verder wordt uitgebreid. Een zaak uit 2002 over de verwatering van het bij aandelen behorend stemrecht als gevolg van een beslissing van het ondernemingsbestuur, wijst in die richting. Het EHRM geeft in deze zaak aan dat de

148 Zie bijv. EHRM 6 december 2001, *Yagtzilar e.a. t. Griekenland* (onteigening van een olijfgaard zonder enige compensatie, waarbij de betrokkenen na 63 jaar wegens verjaring niet-ontvankelijk in hun vordering werden verklaard, hetgeen volgens het Hof een schending van de artikelen 6 EVRM en 1 EP inhoudt).

149 Zie E.A. Alkema, *The concept of property – In particular in the ECHR*, in: Loof a.o. 2000, p. 17-28.

150 EHRM 25 april 1996, *Gustafsson t. Zweden*.

151 ECieRM 6 maart 1980, X. t. Duitsland, D&R 20, 229. Vgl. EHRM 7 september 1999, *Rudzinska t. Polen* (ontv. besl.). Vgl. Haeck 2004, p. 313-314 en p. 389-390.

staat op grond van art. 1 EP verplicht is de eigendom – waaronder ook de betreffende aandelen vallen – in particuliere (horizontale) verhoudingen te beschermen en dat in dat verband moet worden voorzien in een effectieve nationale rechtsgang waarin de betreffende particulieren ten opzichte van de onderneming bescherming moeten kunnen krijgen van dat eigendomsrecht.¹⁵² Hiermee komt de uitkomst van dit geschil tussen particulieren onder het bereik van art. 1 EP en een ultieme toetsing door het EHRM te staan. Een voorbeeld van dat laatste biedt ook de zaak *Nerva e.a. t. Verenigd Koninkrijk*. Daarin ging het om een geschil tussen een aantal werknemers en hun werkgever (een restauranthouder) over de vraag aan wie via creditcards betaalde fooien toekwamen. De Engelse rechter kwam tot de conclusie dat de werknemers geen recht hadden op de aldus betaalde bedragen, waarop deze laatsten hun zaak aan het EHRM voorlegden. Het Hof toetste vervolgens of de nationale rechter zich binnen de grenzen van art. 1 EP had bewogen.¹⁵³

3.4 Gelijke behandelingsvereisten met betrekking tot artikel 1 EP

Het is de staat op grond van art. 14 EVRM verboden om een ongerechtvaardigd onderscheid te maken of te laten bestaan waar het betreft de uitoefening van het eigendomsrecht. Daarbij kan het gaan om relatief technische kwesties, met vaak grote (financiële) gevolgen. Zo is Nederland door het EHRM veroordeeld wegens discriminatie, omdat het AOW-pensioen – dat door art. 1 EP wordt beschermd – van een klaagster werd gekort vanwege het feit dat haar echtgenoot jarenlang in het buitenland had gewerkt, terwijl een getrouwde man in dezelfde situatie als klaagster niet op zijn pensioen zou zijn gekort.¹⁵⁴ Op het terrein van het privaatrecht speelt art. 14 EVRM in combinatie met het eigen-

152 EHRM 25 juli 2002, *Sovtransavto Holding t. Oekraïne*.

153 EHRM 24 september 2002, *Nerva e.a. t. Verenigd Koninkrijk* (uiteindelijk werd er geen schending van art. 1 EP aangenomen, met name vanwege de afspraak dat de aldus betaalde fooien zouden worden gebruikt voor een aanvulling van het salaris tot boven het wettelijk minimumloon).

154 EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*. Een ander voorbeeld van een schending van art. 1 EP juncto 14 EVRM, ditmaal m.b.t. de verplichting van ongetrouwde kinderloze mannen ouder dan 45 jaar premie te betalen voor de Algemene kinderbijslagwet, terwijl er voor vrouwen in dezelfde situatie was voorzien in een vrijstelling, biedt EHRM 21 februari 1997, *Van Raalte t. Nederland*. Vgl. ook de veroordeling in EHRM 11 juni 2002, *Willis t. Verenigd Koninkrijk* (discriminatie o.g.v. geslacht m.b.t. een weduwenpensioen).

domsrecht van art. 1 EP een belangrijke rol in verband met erfrechtelijke aanspraken van onwettige kinderen.¹⁵⁵

3.5 Autonome en ruime uitleg van het eigendomsbegrip

Voor de betekenis van art. 1 EP is het van groot belang dat het EHRM een autonoom – ongeacht de classificatie naar nationaal recht – en ruim eigendomsbegrip hanteert. Behalve wat onder het nationale recht als eigendom kwalificeert (af te leiden uit de nationale wetgeving en rechtspraak), kunnen ook eigendom zijn in de zin van art. 1 EP ‘certain other rights and interests constituting assets’.¹⁵⁶ De Nederlandse jurist, die het eigendomsbegrip van het Burgerlijk Wetboek¹⁵⁷ in zijn hoofd heeft, zal opkijken van wat er allemaal onder het Straatsburgse eigendomsbegrip kan vallen.

Zo hebben het Hof en de Commissie bepaald dat onder eigendom in de zin van art. 1 EP (‘possessions’ in de Engelse authentieke tekst en ‘biens’ in de Franse authentieke tekst) kunnen vallen: door (verplichte) bijdragen opgebouwde pensioenrechten met dien verstande dat het eigendomsrecht geen recht geeft op een pensioen van een bepaalde (onveranderlijke) omvang,¹⁵⁸ de (waarde van) aandelen in een vennootschap,¹⁵⁹

155 EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk; EHRM 22 december 2004, Merger et Cros t. Frankrijk. In beide zaken neemt het EHRM een schending aan van art. 14 EVRM juncto 1 EP.

156 Vgl. EHRM 5 januari 2000, Beyeler t. Italië. Zie hierover nader Schutte 2004, p. 42-51.

157 Artikel 5:1 lid 1 BW luidt: ‘Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.’ Vgl. J.C. van der Steur, Grenzen van rechtsobjecten, Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten (diss. Leiden), Deventer 2003, m.n. p. 99-104.

158 ECieRM 1 oktober 1975, Müller t. Oostenrijk, D&R 3, 25. Zie ook EHRM 1 juni 1999, Skorkiewicz t. Polen. Een bijzonder geval is EHRM 20 juni 2002, Azinas t. Cyprus I, waarin geen sprake was van verplichte premie-afdracht, maar waarin het Hof onder de bescherming van art. 1 EP bracht de rechten voortvloeiend uit de verplichting tot pensioenbetaling die de werkgever bij het aangaan van de arbeidsrelatie op zich had genomen (in het kader van een intern appel bij de Grote Kamer werd de klacht overigens alsnog niet-ontvankelijk verklaard wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen in EHRM 28 april 2004, Azinas t. Cyprus II). Vgl. ook EHRM 12 oktober 2004, Kjartan Ásmundsson t. IJsland (reductie tot nul op grond van nieuw wettelijk regime van een WAO-uitkering disproportioneel en in strijd met art. 1 EP).

159 ECieRM 12 december 1983, Bramelid & Malmström t. Zweden, D&R 38, 18; EHRM 7 november 2002, Olczak t. Polen. Art. 1 EP biedt ook bescherming tegen ‘verwatering’ van het bij aandelen behorend stemrecht volgens EHRM 25 juli 2002, Sovtransavto Holding t. Oekraïne. Vgl. ook EHRM 16 januari 2001, Offerhaus & Offerhaus t. Nederland (ontv. besl.) (verplichte uitkoop van aandelen en wijze van taxatie van de waarde van de aandelen in dat kader).

goodwill,¹⁶⁰ het recht van onwettige kinderen om te erven van hun natuurlijke ouders wanneer testament of wet op enigerlei wijze in erfrechtelijke aanspraken voor wettige kinderen voorzien,¹⁶¹ de economische belangen verband houdend met het drijven van een restaurant,¹⁶² de op basis van een in een publiek register opgenomen vergunning gerechtvaardigde verwachting dat een aangekocht stuk land zou mogen worden ontwikkeld voor industriële doeleinden,¹⁶³ een door de rechter of arbitrale uitspraak erkende claim tegen de staat,¹⁶⁴ een zekerheidsrecht,¹⁶⁵ intellectuele eigendomsrechten,¹⁶⁶ het recht van erfpacht,¹⁶⁷ een erfdiensbaardheid,¹⁶⁸ een bestaand vorderingsrecht uit onrechtmatige daad,¹⁶⁹ een klantenbestand van een bioscoop,¹⁷⁰ het in de nationale procedure geldend kunnen maken van het recht om op grond van een – door de staat niet-tijdig geïmplementeerde – EG-richtlijn geen BTW te hoeven afdragen, zo nodig ook met doorbreking van de kracht van gewijsde van een eerdere rechterlijke uitspraak als dat de enige mogelijkheid is om het eigendomsrecht geldend te kunnen maken,¹⁷¹ een illegale maar door de autoriteiten gedoogde woning,¹⁷² uit pachtovereenkomsten met de staat voortvloeiende visrechten¹⁷³ en een (schuld) vordering op de staat als gevolg van te veel betaalde belasting.¹⁷⁴ Het eigendomsrecht bood ook bescherming in een zaak waarin een particulier stelde eigenaar of in ieder geval vruchtgebruiker te zijn van een aantal eilanden met omliggende viswateren, hetgeen door de staat werd betwist. De nationale rechter besliste in het voordeel van de staat die het

160 EHRM 26 juni 1986, Van Marle t. Nederland.

161 EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk; EHRM 22 december 2004, Merger et Cros t. Frankrijk.

162 EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden.

163 EHRM 29 november 1991, Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland.

164 EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland.

165 EHRM 23 februari 1995, Gasus Dossier- und Fördertechnik t. Nederland.

166 ECieRM 4 oktober 1990, Smith Kline & French Laboratories Ltd. t. Nederland, D&R 66, 79; ECieRM 9 september 1998, Lenzing AG t. Verenigd Koninkrijk, D&R 94-A, 146.

167 EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk.

168 ECieRM 13 december 1984, S. t. Verenigd Koninkrijk, D&R 41, 232.

169 EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België.

170 EHRM 25 maart 1999, Iatridis t. Griekenland.

171 EHRM 16 april 2002, S.A. Dangeville t. Frankrijk.

172 EHRM 18 juni 2002, Öneriyildiz t. Turkije I (het betrof hier een illegale woonconstructie in een Istanbulse sloppenwijk). Deze uitspraak is door de Grote Kamer bevestigd in EHRM 30 november 2004, Öneriyildiz t. Turkije II.

173 EHRM 24 september 2002, Posti en Rahko t. Finland.

174 EHRM 3 juli 2003, Buffalo t. Italië.

recht om te vissen aan een andere partij had toegekend. Het EHRM geeft in deze zaak aan zich in het kader van de toetsing aan art. 1 EP in beginsel niet te bemoeien met de interpretatie van het nationale recht door de rechter, tenzij deze duidelijk willekeurig of kennelijk onjuist zou zijn, waarvan in casu geen sprake was. Niettemin overweegt het Hof dat er in casu sprake was van een eeuwenoude huurovereenkomst die vanwege de vereisten van art. 1 EP niet – zoals de staat met instemming van de nationale rechter had gedaan – zonder vooraankondiging en compensatie beëindigd had mogen worden.¹⁷⁵ Onder het eigendomsrecht valt voorts ook het recht om vrijelijk over deze eigendom te contracteren en te beschikken, zoals de testeervrijheid.¹⁷⁶

Uiteraard heeft het Hof ook de meer klassieke zaken onder het eigendomsbegrip geschaard, zoals de eigendom van een stuk land of een huis.¹⁷⁷ Ook de beperkingen op het gebruik van de eigendom vallen onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip, bijvoorbeeld de verplichting om jacht op een in eigendom toebehorend perceel te gedogen.¹⁷⁸

Uit de uitspraak van het Hof in de zaak *Stretch t. Verenigd Koninkrijk* blijkt dat eveneens door het eigendomsrecht wordt beschermd de gerechtvaardigde verwachting van een particulier op basis van een optie in de oorspronkelijke erfpachtovereenkomst met een gemeente dat deze voor een bepaalde periode kan worden verlengd. Daaraan doet volgens het Hof in het concrete geval niet af, dat inmiddels is komen vast te staan dat de betreffende gemeente niet de bevoegdheid had een dergelijke optie in de overeenkomst op te nemen. Partijen gingen bij het aangaan van de overeenkomst er immers beide van uit dat dit wel zou zijn toegestaan, terwijl een dergelijke optie bovendien blijkens de praktijk terzake ook niet in strijd met het algemeen belang wordt geacht.¹⁷⁹

Een categorie waarover nog enige onduidelijkheid bestaat, is die van wettelijke sociale zekerheidsaanspraken die niet gebaseerd zijn op premiebetaling. Duidelijk is dat deze ‘within the ambit’ van art. 1 EP vallen, hetgeen voldoende is om het discriminatieverbod van art. 14 EVRM

175 EHRM 16 november 2004, *Bruncrona t. Finland*.

176 EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*.

177 Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, *Papamichalopoulos t. Griekenland*. Vgl. ook EHRM 22 januari 2004, *Jahn e.a. t. Duitsland* (onteigening na Duitse eenwording o.g.v. het ‘Einigungsvertrag’ van in de nadagen van het DDR-regime verworven grondeigendom zonder schadevergoeding is in strijd met art. 1 EP).

178 EHRM 29 april 1999, *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*.

179 EHRM 24 juni 2003, *Stretch t. Verenigd Koninkrijk*, par. 32-41.

van toepassing te doen zijn.¹⁸⁰ Of het hier ook gaat om als zodanig erkende eigendomsrechten in de zin van art. 1 EP is niet geheel zeker. In sommige sociale zekerheidszaken over uitkeringen legt het Hof toch vaak een verband met premiebetaling alvorens aan te nemen dat sprake is van een eigendomsrecht. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Gaygusuz t. Oostenrijk*, waarin het ging om een nooduitkering wegens werkloosheid. Daarin lijkt het Hof waarde te hechten aan het feit dat er betalingen zijn verricht.¹⁸¹ In de recentere zaak *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, lijkt het Hof dit criterium echter los te hebben gelaten en aan te nemen dat er sprake is van een eigendomsrecht omdat het gaat om een wettelijke aanspraak op een AOW-uitkering ondanks het feit dat daarvoor geen premie was betaald.¹⁸² Ook uit een latere uitspraak over een gehandicaptenuitkering lijkt te volgen dat premiebetaling in ieder geval niet doorslaggevend is om een sociale zekerheidsaanspraak als eigendomsrecht aangemerkt te krijgen.¹⁸³ Zeker is dat echter niet, omdat ook in deze beide laatste zaken het ongelijke behandelingsaspect van art. 14 EVRM centraal stond. Overigens kan worden aangenomen dat hier – net als ten aanzien van wel door premiebetaling opgebouwde rechten – ook geldt dat uit het eigendomsrecht niet het recht voortvloeit op (het behoud van) een uitkering van een bepaalde omvang.¹⁸⁴

Een belangrijke beperking op het brede bereik van het eigendomsrecht is echter de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan.¹⁸⁵ Volgens vaste jurisprudentie is de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende voor de toepasselijkheid van art. 1 EP. Dit artikel houdt in die zin geen recht in om eigendom te verwerven.¹⁸⁶ Daarmee roept de bescherming onder het eigendomsrecht associaties op met de werking van het rechtszekerheids-

180 Vgl. EHRM 11 juni 2002, *Willis t. Verenigd Koninkrijk*, par. 40 (waar het Hof om die reden in het midden kon laten of de aanspraak op weduwenpensioen als een eigendomsrecht kon worden gekwalificeerd).

181 EHRM 16 september 1996, *Gaygusuz t. Oostenrijk*, par. 39-41.

182 EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, par. 43.

183 EHRM 30 september 2003, *Koua Poirrez t. Frankrijk*, par. 37-42. Zie in deze zin ook EHRM 9 december 2003, *Meyne-Moskalczuk e.a. t. Nederland* (ontv. besl.); EHRM 16 december 2003, *Van den Bouwhuijsen & Schuring t. Nederland* (ontv. besl.).

184 Vgl. EHRM 12 december 2000, *Truhli t. Kroatië* (ontv. besl.).

185 EHRM 12 juli 2001, *Hans Adam II of Liechtenstein t. Duitsland*; EHRM 7 mei 2002, *Burdov t. Rusland*, par. 40-41.

186 EHRM 13 december 2000, *Malhous t. Tsjechische Republiek* (ontv. besl.).

vertrouwensbeginsel in het Nederlandse recht. Zo kan het eigendomsrecht niet worden ingeroepen in verband met een nog niet opengevallen nalatenschap,¹⁸⁷ een nog niet-gedane schenking¹⁸⁸ of een niet onherroepelijke rechterlijke uitspraak over een vorderingsrecht.¹⁸⁹ Het moet in de woorden van het Hof gaan om: ‘assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right.’¹⁹⁰ In deze lijn past ook de constante jurisprudentie dat de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende is voor de toepasselijkheid van art. 1 EP.¹⁹¹ Daarin past eveneens dat de enkele hoop dat een reeds lange tijd geleden verloren gegaan eigendomsrecht zou kunnen herleven door wijziging van het nationale recht, door het Hof niet onder de bescherming van art. 1 EP wordt gebracht.¹⁹²

Het voorgaande impliceert dat art. 1 EP niet kan worden gezien als een sociaal-economisch mensenrecht dat is gericht op een eerlijke(re) verdeling van eigendom onder burgers, bijvoorbeeld door het garanderen van een bepaald minimum aan loon of sociale zekerheidsuitkeringen. Het beschermt immers alleen bestaande economische posities – het behoud van eigendom staat voorop. Ook de uit art. 1 EP afgeleide positieve verplichtingen zien alleen op optreden van de staat ter bescherming van bestaande eigendom in particuliere relaties.¹⁹³

3.6 Inmenging in het eigendomsrecht en rechtvaardiging daarvan

Het eigendomsrecht is niet absoluut, het kan worden beperkt. Hiervoor dienen wel rechtvaardigingsgronden aanwezig te zijn. Het Hof heeft een uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld over de vraag of inmengingen in het eigendomsrecht al dan niet gerechtvaardigd en daarmee rechtmatig zijn. De hoofdlijnen van deze rechtspraak worden hierna weergegeven, nu in de meeste geschillen over het eigendomsrecht deze vraag centraal staat.

187 EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België.

188 EHRM 22 december 2004, Merger et Cros t. Frankrijk.

189 EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland.

190 EHRM 12 juli 2001, Hans Adam II of Liechtenstein t. Duitsland.

191 Vgl. ECieRM 13 december 1979, D&R 18, 216; EHRM 19 oktober 2000, Ambruosi t. Italië.

192 EHRM 10 juli 2002, Gratzinger e.a. t. Tsjechië (ontv. besl.).

193 Vgl. Van den Broek 1986, p. 78; Van Banning 2003.

3.6.1 *Inmenging*

Alvorens aan de vraag over de rechtvaardiging toe te komen, zal het Hof natuurlijk eerst moeten bepalen of er een inmenging bestaat in het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP. De meest vergaande inmenging in het eigendomsrecht is de ontneming van eigendom (de hiervoor genoemde tweede hoofdregel uit art. 1 EP). Er moet dan sprake zijn van een eigendomsoverdracht in juridische dan wel – en daarover gaan de meeste uitspraken van het Hof – in feitelijke zin, zodanig dat het recht om te beschikken over het eigendom verloren gaat.¹⁹⁴ Een minder vergaande inmenging wordt gevormd door de regulering van eigendom (de derde hoofdregel uit art. 1 EP). Daarvan is sprake wanneer de gebruiksmogelijkheden van de eigendom worden beperkt, zonder dat echter het beschikkingsrecht daarover (geheel) verloren gaat. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan beperkingen van de gebruiksmogelijkheden van land als gevolg van ruimtelijke regelgeving of een wettelijk maximum voor toegestane periodieke huurprijsstijgingen.¹⁹⁵

Opgemerkt moet worden dat de jurisprudentie in het algemeen geen duidelijkheid geeft over de precieze grens tussen ontneming en regulering (respectievelijk de tweede en derde hoofdregel), welke onduidelijkheid sterk samenhangt met het feit dat er vaker discussie mogelijk is over de vraag wat als eigendom kwalificeert in een concrete zaak. Een voorbeeld hiervan biedt de al eerder aangehaalde zaak *Tre Traktörer Aktiebolag* waarin het Hof een ondernemingsgebonden drankvergunning niet als zodanig aanmerkte als een ‘possession’, maar slechts als belangrijk onderdeel van de totale bedrijfsuitoefening van het restaurant in kwestie. De intrekking van de vergunning, die op zich een zelfstandige waarde vertegenwoordigde, werd dan ook niet beschouwd als een ontneming van eigendom maar als te rechtvaardigen regulering.¹⁹⁶ Tot een vergelijkbare conclusie komt het Hof in een zaak over de intrekking van visrechten, waarbij het er op wijst dat het recht om te vissen niet volledig teniet is gegaan.¹⁹⁷ Ontneming lijkt overigens voor-

194 Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, *Papamichalopoulos t. Griekenland* en EHRM 28 oktober 1999, *Brumaresco t. Roemenië*.

195 Zie resp. EHRM 29 november 1991, *Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland*; EHRM 19 december 1989, *Mellacher e.a. t. Oostenrijk*.

196 EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*. Zie ook EHRM 18 februari 1991, *Fredin t. Zweden* (waarin de intrekking van een ontgrondingsvergunning ook als gerechtvaardigde regulering werd aangemerkt).

197 EHRM 24 september 2002, *Posti & Rahko t. Finland*.

al te worden aangenomen in de meer klassieke eigendomszaken (zoals onteigening van grond). In sommige zaken wordt ook in het midden gelaten of sprake is van ontneming dan wel regulering en wordt direct de eerste hoofdregel toegepast, het algemene beginsel van ongestoord eigendomsgenot. Het Hof lijkt zo lastige juridische vragen te willen omzeilen.¹⁹⁸ Los daarvan zijn er ook eigendomsinmengingen denkbaar die duidelijk noch onder ontneming, noch onder regulering vallen.¹⁹⁹

Niet ieder handelen of nalaten van de overheid terzake van eigendom levert overigens een inmenging daarin op. Een louter immateriële aantasting van het woongenot door geluidhinder wordt in beginsel niet beschouwd als een inmenging in het eigendomsrecht.²⁰⁰

3.6.2 *Rechtvaardiging*

Indien eenmaal is vastgesteld dat er een inmenging in het eigendomsrecht bestaat, beziet het Hof volgens een vast algemeen toetsingskader of deze kan worden gerechtvaardigd. Dit kader is in beginsel voor alle te onderscheiden vormen van inmenging vergelijkbaar, ook als het Hof in het midden laat of sprake is van ontneming of regulering en het de eerste hoofdregel van art. 1 EP toepast.

In de eerste plaats gaat het Hof na of de inmenging bij wet is voorzien, hetgeen ook betekent dat de inmenging niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel noch met het verbod van willekeur.²⁰¹ De nationale rechtsbasis voor de inmenging moet voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar zijn. In het kader van deze toets speelt verder een rol de vraag in hoeverre in de beschikbare nationale procedures de kwestie van inmenging in het eigendomsrecht aan de orde kon komen.²⁰²

198 Zie bijv. EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth t. Zweden*, par. 63; EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland*; EHRM 20 juni 2002, *Azinas t. Cyprus I*.

199 EHRM 20 juli 2000, *Antonetto t. Italië* (weigering tenuitvoerlegging rechterlijke uitspraak tot afbraak van een naastgelegen waardedrukkend illegaal bouwwerk).

200 Zie bijv. ECieRM 17 mei 1990, *S. t. Frankrijk*, D&R 65, 250; ECieRM 16 juli 1986, *Rayner t. Verenigd Koninkrijk*, D&R 47, 5.

201 Zie bijv. EHRM 9 november 1999, *Spacek s.r.o. t. Tsjechië*; EHRM 30 mei 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië*.

202 Zie bijv. EHRM 24 oktober 1986, *Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*.

Daarna wordt bezien of de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient, hetgeen in de rechtspraak meestal wordt aangenomen.²⁰³

Voorts is het de vraag of de inmenging proportioneel is, dat wil zeggen of er een ‘fair balance’ c.q. rechtvaardig evenwicht bestaat tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu, waarbij behalve het optreden van de staat ook het gedrag van de klager een rol kan spelen.²⁰⁴ Dit betekent dat een inmenging in het algemeen belang moet plaatsvinden en geen onevenredige last (‘excessive burden’) op de betrokkene mag leggen.²⁰⁵ De vraag of aan dit laatste criterium is voldaan, staat centraal in een meerderheid van de art. 1 EP-zaken voor het Hof en kan vergeleken worden met de toepassing van het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de ‘égalité devant les charges publiques’ in het Nederlandse recht.²⁰⁶ Net als in de Nederlandse jurisprudentie, waar laatstgenoemde beginselen een rechtsplicht kunnen inhouden tot schadevergoeding, gaat ook het Hof in het kader van de toets aan dit criterium na of, en zo ja in welke mate, er schadevergoeding is geboden voor de ondervonden last. Naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, dient – zo blijkt uit de jurisprudentie – ruimere compensatie te worden geboden voor het creëren van een ‘fair balance’.²⁰⁷

Indien aan één van de hiervoor onderscheiden rechtvaardigingsvereisten niet wordt voldaan, is sprake van strijd met art. 1 EP. Een voor het privaatrecht interessant en recent voorbeeld daarvan vormt de zaak *Schirmer t. Polen*. Een eigenaar van een appartement klaagt in deze zaak

203 Alleen in evidente gevallen neemt het Hof aan dat de maatregel niet in het algemeen belang is. Vgl. EHRM 19 juni 2001, *Zwierzynski t. Polen* (de autoriteiten weigerden een aan de klager toebehorend pand terug te geven, terwijl zij dit op volstrekt onrechtmatige wijze in gebruik hadden als politiebureau).

204 Zie over de proportionaliteitstoets uitvoerig S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme*, Prendre l’idée simple au sérieux, Bruxelles 2001, die wijst op onder meer de nadelen voor de rechtszekerheid van het onderwerpen van overheidsmaatregelen aan een individuele proportionaliteitstoets.

205 Zie bijv. EHRM 20 juli 2004, *Bäck t. Finland* (waarin het Hof een gedwongen schuldsaneringsregeling, als gevolg waarvan klager een groot deel van een schuldvordering verliest, als een gerechtvaardigde inmenging in diens eigendomsrecht beschouwt vanwege het belangrijke sociaal-economische doel van de regeling en het feit dat klager niet onevenredig is getroffen met name omdat de schuldenaar vrijwel zeker geen volledig verhaal had geboden).

206 Vgl. daarover ook de VAR-preadviezen van G.E. van Maanen, J.E. Hoitink, B.P.M. van Ravels en B.J. Schueler, *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag 2002.

207 Vgl. EHRM 29 april 1999, *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*.

over een schending van art. 1 EP omdat de geldende Poolse huurwetgeving het haar onmogelijk maakt een huurovereenkomst terzake van deze woning te beëindigen. Een van de voorwaarden daarvoor was namelijk dat de verhuurder de huurder vervangende woonruimte aanbiedt waarvan de verhuurder eigenaar is. Op grond van een letterlijke uitleg van de geldende wetgeving kwam de Poolse rechter tot de conclusie dat in casu niet aan deze voorwaarde was voldaan omdat de verhuurder slechts een – wat wij zouden noemen – appartementsrecht bezat ten aanzien van de vervangende woonruimte, wat niet gelijk zou staan aan een eigendomsrecht. Het EHRM is van oordeel dat daarmee een ‘excessive burden’ op de verhuurder werd gelegd temeer omdat met het appartementsrecht voldoende zekerheid aan de huurder werd geboden voor continuering van het huurgenot. Uiteindelijk wordt een schending van art. 1 EP vastgesteld.²⁰⁸

Het spreekt voor zich dat het eigendomsrecht van art. 1 EP binnen het hiervoor geschetste kader ook kan worden beperkt met een beroep op de rechten die andere personen aan het EVRM kunnen ontlenen. Enerzijds leidt het EHRM uit art. 1 EP het recht af om vrijelijk over eigendom te beschikken en te contracteren, zoals bijvoorbeeld de testteervrijheid.²⁰⁹ Anderzijds vindt deze vrijheid haar begrenzing in andere EVRM-rechten, zoals het recht op privé-leven uit art. 8 EVRM.

Zo staat het een fabriekseigenaar niet vrij met zijn eigendom ongebreidelde overlast te veroorzaken (geluid, luchtvervuiling). Bij ernstige milieuoverlast kan de staat hiervoor immers via het concept van de positieve verplichtingen onder art. 8 EVRM aansprakelijk worden gesteld.²¹⁰

Een belangrijke zaak waaruit blijkt dat een eigenaar in de vrije uitoefening van zijn eigendomsrecht kan worden beperkt door andere EVRM-rechten, is die van *Appleby e.a. t. Verenigd Koninkrijk*. Daarin werd geklaagd over een schending van art. 10 EVRM, omdat van het private bedrijf dat eigenaar was van een winkelgebied geen toestemming werd verkregen om folders met een politieke boodschap uit te delen. Voor het Hof was daarmee de vraag aan de orde of de staat een positieve verplichting had om de vrijheid van meningsuiting van klagers te beschermen tegen inbreuken door derden, in casu de eigenaar van het

208 EHRM 21 september 2004, Schirmer t. Polen.

209 EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België.

210 Zie bijv. EHRM 9 december 1994, López Ostra; EHRM 16 november 2004, Moreno Gómez t. Spanje.

winkelcentrum. Het Hof overweegt dat de vrijheid van meningsuiting belangrijk is, maar dat ook rekening moet worden gehouden met de (eigendoms)rechten van het private bedrijf. Verder geeft het Hof aan dat de vrijheid van meningsuiting niet een vrijheid van forumkeuze impliceert: er vloeit geen automatisch recht op toegang tot privaat of zelfs publiek eigendom (zoals overheidsgebouwen) uit voort. Pas wanneer deze toegangsbeperkingen er toe leiden dat geen effectief gebruik van de vrijheid van meningsuiting overblijft of de kern van dit recht wordt geraakt, zou volgens het Hof mogelijk een positieve verplichting tot bescherming kunnen worden aangenomen, ook ten aanzien van privé-eigendom. Van dat laatste was in casu geen sprake omdat er nog voldoende andere mogelijkheden bestonden voor een effectieve meningsuiting. Belangrijk is echter dat het Hof een positieve verplichting van de staat ten aanzien van uitingen op privé-terrein niet geheel uitsluit.²¹¹

Ook de eerder uitgebreid behandelde Andorrese erfrechtzaak laat zien dat het eigendomsrecht (in casu het recht van een ieder om vrijelijk over zijn nalatenschap te beschikken) kan worden beperkt door andere EVRM-rechten, namelijk het uit de artikelen 14 juncto 8 EVRM volgende verbod om te discrimineren tussen wettige en onwettige en daarmee geadopteerde en niet-geadopteerde kinderen.²¹² In een dergelijke zaak is zelfs denkbaar dat de betrokken particulieren beiden jegens de overheid een beroep kunnen doen op het eigendomsrecht uit art. 1 EP: enerzijds het recht van de testateur om vrijelijk over zijn eigendom te beschikken en, anderzijds, het eventueel ook door het eigendomsrecht beschermde recht van geadopteerde (door de nationale rechter bij de uitleg van het testament als onwettig aangeduide) kinderen om op dezelfde voet als niet-geadopteerde (wettige) kinderen van hun ouders te erven.²¹³ Om het nog verder te compliceren zou het in de Andorrese erfrechtzaak in de situatie dat de rechter aldaar – anders dan in werkelijkheid gebeurde – het testament naar de huidige omstandigheden had uitgelegd en het geadopteerde kind als enig erfgenaam had aangewezen, ook goed verdedigbaar zijn geweest dat dan de familieleden die op basis van een letterlijke uitleg van het testament zouden hebben geërfd – en nu dus niets zouden ontvangen – zich met een beroep op art. 1 EP tot het EHRM hadden gewend.

211 EHRM 6 mei 2003, *Appleby t. Verenigd Koninkrijk*, par. 11-49 (met verwijzing naar jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof over dit onderwerp).

212 EHRM 13 juli 2004, *Pla & Puncernau t. Andorra*.

213 Vgl. EHRM 28 oktober 1987, *Inze t. Oostenrijk*.

3.7 Bijzondere waarborgen bij ‘ontneming’ van eigendom

Uit het voorgaande blijkt dat de grenzen tussen ontneming en regulering in de praktijk behoorlijk zijn gerelativeerd, maar toch blijft dit onderscheid van betekenis. Bij ontneming geldt namelijk – zo volgt uit de jurisprudentie – een aantal bijzondere waarborgen.

Zo lijkt uit de jurisprudentie te volgen dat de toetsing aan de hiervoor geschetste rechtvaardigingscriteria strenger is in gevallen van ontneming.

Daarnaast – en dat is mogelijk nog belangrijker – blijkt uit de rechtspraak dat een ontneming van eigendom in het algemeen belang zonder enige vorm van compensatie – buitengewone omstandigheden daargelaten – als disproportioneel en daarmee in strijd met art. 1 EP wordt beschouwd. Bij ontneming is het uitgangspunt een ‘full market value’, dat wil zeggen een volledige schadevergoeding.²¹⁴ Vergoedingen die in geringe mate van dit uitgangspunt afwijken, worden echter in bepaalde gevallen door het Hof eveneens geaccepteerd.²¹⁵ Bovendien laat het Hof staten een ruime beoordelingsvrijheid bij het taxeren van de waarde van een eigendom volgens het genoemde uitgangspunt. Daarbij kan het voorkomen dat in verschillende procedures met betrekking tot een zelfde eigendom verschillen optreden. Deze kunnen dus meestal door de beugel, zij het dat het Hof bij evident tegenstrijdige taxaties, waarbij de indruk van misbruik is ontstaan, strijd met art. 1 EP kan aannemen wegens overtreding van de eerste hoofdregel. Een dergelijk geval deed zich voor in een Finse onteigeningszaak waarbij – ten voordele van de staat – de waarde van de grond in de onteigeningsprocedure aanzienlijk lager werd getaxeerd dan in de successiebelastingprocedure.²¹⁶ De bescherming van art. 1 EP bij ontneming van eigendom (onteigening) strekt zich blijkens de jurisprudentie in bepaalde gevallen ook uit tot na het moment waarop een – volgens de dan geldende maatstaven – toereikende schadevergoeding is uitgekeerd. Het Hof heeft een schending van art. 1 EP aangenomen in een Franse zaak waarin de overheid de daadwerkelijke uitvoering van het project ten behoeve waarvan was onteigend pas na negentien jaar ter hand nam, zonder daarvoor een goede in het algemeen belang gelegen reden te hebben, terwijl tegelijkertijd de waarde van de grond fors was toegenomen. Volgens het Hof

214 EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. Verenigd Koninkrijk; EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland.

215 EHRM 25 maart 1999, Papachelas t. Griekenland.

216 EHRM 21 mei 2002, Jokela t. Finland.

waren klagers onevenredig getroffen, omdat hen geen aanvullende schadevergoeding werd toegekend. Het lijkt er op dat het Hof hiermee wil voorkomen dat staten onteigeningsinstrumenten gebruiken louter om ten koste van het individu te kunnen profiteren van waardestijgingen van de betreffende grond.²¹⁷

Bij regulering van eigendom lijkt minder snel te worden aangenomen dat bij ontbrekende compensatiemaatregelen sprake is van een disproportionele inmenging.²¹⁸

Op grond van art. 1 EP noodzakelijke compensatie moet, ten slotte, tijdig en zonder disproportionele procedurele obstakels kunnen worden verkregen.²¹⁹

3.8 Ruimte voor de staat: de ‘margin of appreciation’

In het kader van de toetsing of is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een rechtmatige inmenging in het eigendomsrecht van art. 1 EP genieten verdragsstaten in het algemeen een ruime ‘margin of appreciation’, ofwel beoordelingsvrijheid. De overheid komt de vrijheid toe om in het algemeen belang, in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen, bepaald beleid te voeren waarbij inmenging plaats kan vinden in eigendomsrechten. Hierbij valt onder meer te denken aan maatregelen op het gebied van de controle van de woningmarkt, belastingheffing, ruimtelijke ordening en grondpolitiek. Volgens het Hof zijn de nationale autoriteiten vanwege hun directe kennis over (de behoeften van) de samenleving in beginsel beter geëquipeerd dan de Straatsburgse organen om te beoordelen wat in het algemeen belang is. De nationale autoriteiten zullen dus in eerste instantie moeten beoordelen of een bepaald maatschappelijk probleem het rechtvaardigt om maatregelen te nemen die een inmenging in het eigendomsrecht opleveren. Het Hof is van oordeel dat de beoordelingsvrijheid voor staten als het gaat om de implementatie van sociaal-economische maatregelen

217 EHRM 2 juli 2002, *Motais de Narbonne t. Frankrijk* (overigens bevatten de Nederlandse Onteigeningswet en de verwante Wet voorkeursrecht gemeenten een voorziening voor de vergoeding van waardestijgingen bij vertraging in de uitvoering van projecten). Het was al vaste jurisprudentie dat art. 1 EP individuen bescherming biedt tegen geldontwaarding in het geval de staat talmt met uitbetaling van een na een onteigening vastgestelde schadevergoeding. Zie bijv. EHRM 9 juli 1997, *Akkus t. Turkije*. Vgl. EHRM 28 maart 2002, *Dudu Çalkan t. Turkije*.

218 EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*; EHRM 18 februari 1991, *Fredin t. Zweden*.

219 EHRM 19 september 2002, *Azas t. Griekenland*.

ruim moet zijn. Gelet daarop zal het Hof het oordeel van de nationale autoriteiten over wat in het algemeen belang is dan ook in beginsel accepteren, tenzij deze beoordeling kennelijk zonder enige redelijke grond is.²²⁰ Het Hof zal in ieder geval wel nagaan of er een belangenafweging op nationaal niveau heeft plaatsgevonden. Bij afwezigheid van een dergelijke belangenafweging zal het Hof oordelen dat art. 1 EP is geschonden. Als er echter een nationale procedure is geweest, waarin is getoetst of de inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen belang en in overeenstemming met het nationale recht heeft plaatsgevonden en waarin de belangen zorgvuldig zijn afgewogen en zonodig een redelijke schadevergoeding is aangeboden, zal het Hof niet licht aannemen dat art. 1 EP is geschonden.

Overigens is het de vraag of de nationale rechter bij de toetsing van overheidsmaatregelen aan art. 1 EP ook gehouden is de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten te respecteren vanwege het concept van de ‘margin of appreciation’. Hoewel de Nederlandse rechter – waarover in het volgende hoofdstuk meer – dit lijkt te doen, zou ook betoogd kunnen worden dat het concept van de ‘margin of appreciation’ alleen moet gelden in de verhouding van het Straatsburgse Hof tot de nationale autoriteiten.²²¹ De nationale rechter zou zijn positie los van de Straatsburgse ‘margin’ moeten bepalen op grond van de nationale constitutionele verhoudingen en zijn feitelijke mogelijkheden. Hoe dit ook zij, in elk geval moet worden vastgesteld dat de toepassing van de ‘margin of appreciation’ de staat een relatief grote ruimte biedt bij inmengingen in het eigendomsrecht.

3.9 Conclusie

Uit de Straatsburgse jurisprudentie volgt enerzijds dat van een ruim eigendomsbegrip wordt uitgegaan en dat de eigendomsbescherming van art. 1 EP via het concept van de positieve verplichtingen en het vereiste van effectieve nationale rechtsbescherming ook een zekere werking heeft in particuliere – horizontale – rechtsrelaties. Vertaald naar het Nederlandse BW, zou kunnen worden gesteld dat het EHRM goederen in de zin van art. 3:1 BW (dus alle zaken en alle vermogensrechten) onder de bescherming heeft gebracht van het begrip eigendom in de zin van art. 1 EP, dat daarmee een ruimere reikwijdte heeft dan het eigendoms-

220 EHRM 21 februari 1986, James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk.

221 In deze zin Schokkenbroek 1996, p. 517.

begrip van art. 5:1 BW (dat eigendom beperkt tot zaken). Uit het voorgaande blijkt daarenboven dat de bescherming van art. 1 EP – los van de daarin besloten liggende bescherming van zaken in de zin van het BW – zelfs verder gaat dan wat doorgaans wordt begrepen onder de bescherming van Nederlandse vermogensrechten.²²² Voorts geldt bij inmengingen in het eigendomsrecht een proportionaliteitstoets die ook betekenis heeft voor (wetgeving die ingrijpt in) particuliere rechtsrelaties.

Voor het privaatrecht is met name dit ruimere eigendomsbegrip en de proportionaliteitstoets relevant, maar ook het feit dat het EHRM onder art. 1 EP relatief snel aanneemt dat sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht waarmee de daaruit voortvloeiende bescherming wordt geactiveerd alsmede de wijze waarop het EHRM onder art. 1 EP bepaalt of schadevergoeding op haar plaats is. Anderzijds blijkt echter ook dat er ruime mogelijkheden zijn voor de staat om beperkingen te stellen aan de daaruit voortvloeiende eigendomsbescherming.

Het grote aantal Straatsburgse uitspraken ten aanzien van art. 1 EP overziend, kan worden geconcludeerd dat het EHRM verdragsstaten in geval van inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen een ruime beoordelingsmarge laat en niet snel een schending van art. 1 EP constateert.²²³ De arresten waarin het Hof een schending van art. 1 EP heeft aangenomen, zijn in de eerste plaats gevallen waarin de onteigening niet ‘lawful’ was in de betreffende staat en, in de tweede plaats, zaken waarin de klager lange tijd in onzekerheid werd gelaten terwijl er allerlei gebruiksbeperkingen op zijn eigendom waren gelegd.²²⁴ In de derde plaats kan worden gewezen op gevallen waarin de overheid de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, waarin een claim tegen de overheid wordt gehonoreerd, doorkruist, bijvoorbeeld door een latere wet.²²⁵ Ten slotte is het Hof ook bereid een schending van art. 1 EP aan

222 Zie in die zin ook Van der Steur 2003, p. 103. Daarmee kan worden vastgesteld dat het eigendomsbegrip van art. 625 (oud) BW dat zag op zaken en vermogensrechten – hoewel niet geheel dekkend – beter aansloot bij art. 1 EP dan het huidige art. 5:1 BW. Vgl. Asser/Mijnssen/Van Dam/Van Velten 2002, p. 20.

223 Zo zal een wettelijke regeling ter bescherming van cultuurgoederen, zoals besproken door Salomons in zijn Amsterdamse oratie, waarschijnlijk de toets aan art. 1 EP kunnen doorstaan. Vgl. A.F. Salomons, *De genade en ongenade van de eigenaar* (oratie UvA), Deventer 2002.

224 A.W. Heringa, Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: het eigendomsrecht, in: *Eigendom in het milieurecht*, Utrecht 2001, p. 17-27 (op p. 26). Zie bijv. EHRM 5 januari 2000, *Beyeler t. Italië* (de staat heeft vijf jaar gewacht met het uitoefenen van zijn voorkeursrecht op de aankoop van een schilderij van Van Gogh).

225 Zie bijv. EHRM 28 maart 2000, *Dimitrios Georgiadis t. Griekenland*.

te nemen in gevallen van eigendomsontneming waarin duidelijk te weinig of ten onrechte geen schadevergoeding door de overheid wordt aangeboden²²⁶ of in geval van een (anderszins) evident onevenredige inmenging in het eigendomsrecht.

4. ANALYSE VAN DE NATIONALE RECHTSPRAKTIJK INZAKE ARTIKEL 1 EP OP HET TERREIN VAN HET BURGERLIJK RECHT

4.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de hoofdlijnen van de Straatsburgse jurisprudentie over art. 1 EP zijn geschetst, is het tijd om te bezien wat voor effect art. 1 EP tot nu toe in de nationale rechtspraak heeft gehad. Vooropgesteld dient te worden dat dit hoofdstuk niet beoogt een uitputtende beschrijving en analyse te geven van deze rechtspraak. Wel heeft het tot doel een illustratie te geven van de wijze waarop art. 1 EP in de rechtspraak zijn weg vindt. Hierbij past nog de kanttekening dat voorzover in deze rechtspraak de verhouding tussen particulieren onderling centraal staat daarbij extra terughoudendheid is betracht, ten einde mede-preadviseur Ploeger niet te veel gras voor de voeten weg te maaien.

Om te beginnen wordt de nationale jurisprudentie onder de loep genomen. Vastgesteld kan worden dat er de laatste jaren steeds vaker een beroep wordt gedaan op art. 1 EP en dat de rechter regelmatig overwegingen wijdt aan dit verdragsartikel. In paragraaf 4.2 zullen de meest in het oog springende zaken in kaart worden gebracht. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen overheidsaansprakelijkheidszaken en particuliere geschillen. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 kort aandacht besteed aan de (mogelijke) invloed van art. 1 EP bij de totstandkoming van wetgeving en andere bestuurshandelingen. Ook hierbij wordt onderscheiden tussen wetgeving die van belang is voor de relatie overheid - burger en wetgeving die ingrijpt in de verhouding tussen burgers onderling. Ten slotte wordt in paragraaf 4.4 de balans van dit hoofdstuk opgemaakt.

²²⁶ Zie bijv. EHRM 11 januari 2001, *Platakou t. Griekenland* (de staat bood slechts 25 procent van de waarde van het onroerend goed volgens een officiële taxatie zonder deze afwijking te kunnen rechtvaardigen).

4.2 Rechtspraak

4.2.1 *Overheidsaansprakelijkheidszaken*

In deze subparagraaf worden besproken zaken betreffende overheidsaansprakelijkheid, in het bijzonder op de voet van art. 6:162 BW. Daarbuiten komen ook zaken aan de orde die, hoewel bestuurs- c.q. fiscaal-rechtelijk van aard, raakvlakken hebben met (onderdelen van) het burgerlijk recht. Niet besproken worden zaken betreffende uitkeringen, waarin art. 1 EP ook een belangrijke rol speelt, maar waarin het geschil met de overheid via een zuiver bestuursrechtelijke weg aan de orde is. Bij dit alles wordt uitgegaan van de volgende indeling: verkregen rechten, vorderingsrechten, terugwerkende kracht, pensioenrechten, regulering grondgebruik, huur en onteigening en uitkoop van aandelen.

4.2.1.1 *Verkregen rechten*

In een arrest van de Hoge Raad dat betrekking heeft op verkregen rechten en art. 1 EP staat centraal het verlies van de bevoegdheid van scheepsbemiddelaars tot het opstellen, ondertekenen en inschrijven van aktes van verkoop en levering van binnenschepen. Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek op 1 januari 1992 werd hiervoor een notariële akte vereist, zodat enkele scheepsmakelaars die zich beroepsmatig bezighielden met aktes van verkoop en levering van binnenschepen inkomsten derfden, nu zij hun activiteiten niet konden voortzetten. De wetgever trof nog wel een overgangsregeling voor een beperkte groep scheepsmakelaars: zij kregen de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden aangewezen te worden tot personen die gerechtigd waren om onderhandse akten op te stellen, te ondertekenen en te laten inschrijven in de openbare registers. De verzoeker in kwestie – Kooren Maritiem – viel echter buiten deze groep en wendde zich tot de rechter met een beroep op art. 1 EP.

De zaak komt uiteindelijk bij de Hoge Raad terecht die het arrest van het gerechtshof vernietigt, aangezien het hof weliswaar veronderstellenderwijs heeft geoordeeld dat sprake was van een ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP maar niet heeft nagegaan of hier een rechtvaardiging voor bestond en of in dat kader een schadevergoeding zou moeten worden geboden. De Hoge Raad verwijst de zaak naar een ander gerechtshof voor het alsnog uitvoeren van een deugdelijke toets aan art. 1 EP.²²⁷

²²⁷ HR 14 april 2000, NJ 2000, 713, m.nt. ARB, AB 2001, 135, m.nt. Van Kampen.

Een andere belangrijke zaak over verkregen rechten is die met betrekking tot de zogenaamde ‘varkensrechten’. De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) uit 1998 beoogt de varkensstapel te reduceren door middel van het terugbrengen van het aantal toegekende varkensrechten. Deze varkensrechten waren eerder ingevolge een wet aan de varkenshouders toegekend op basis van het aantal varkens dat zij bezaten in een bepaalde periode. Vervolgens stond deze wet het vrij verhandelen van de rechten toe, hetgeen ertoe leidde dat varkenshouders hun varkensstapel uit konden breiden door van anderen rechten te kopen.

Volgens de rechtbank kunnen deze rechten worden aangemerkt als vermogensbestanddelen in de zin van art. 1 EP. De rechtbank is van oordeel dat de maatregelen op grond van de Whv zijn te beschouwen als ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP, waarvoor – buitengewone omstandigheden daargelaten – een adequate schadevergoeding moet worden geboden.²²⁸ Nu een schadevergoedingsregeling in de Whv ontbreekt, dienen de op de ontneming van eigendom van de rechten betrekking hebbende gedeelten van de wet buiten toepassing te worden gelaten totdat zal zijn voorzien in een adequate schadevergoedingsregeling voor de eigenaren van de varkensrechten.²²⁹

Het gerechtshof is in hoger beroep echter van oordeel dat de maatregelen in kwestie moeten worden beschouwd als regulering van eigendom: de varkensrechten worden gezien als onderdeel van het gehele bedrijf, waarmee het hof, anders dan de rechtbank, niet het accent legt op de zelfstandige verhandelbaarheid van de rechten. Vervolgens verricht het hof een toets naar de rechtvaardiging van de inmenging en concludeert dat de eerste korting van de varkensstapel (met 25%) proportioneel is en dat voor een tweede voorziene korting (met 10%) de noodzaak nog niet is aangetoond.²³⁰

De Hoge Raad meent met het gerechtshof dat sprake is van regulering van eigendom en lijkt daarmee de varkensrechten, hoewel zelfstandig verhandelbaar, in zekere zin op één lijn te stellen met niet als zelfstandige eigendomsrechten te kwalificeren publiekrechtelijke vergunningen. Daarbij speelt voor de Hoge Raad een belangrijke rol dat de

228 De rechtbank verwijst hierbij naar EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland.

229 Rb. ’s Gravenhage 23 december 1998, JB 1999, 35, m.nt. Heringa, Agrarisch recht 1999, 4949, JMR 1999, 34, m.nt. Lambers/Douma/Vucsán, NJCM-Bulletin 1999, p. 494 e.v., m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

230 Gerechtshof ’s Gravenhage 20 januari 2000, JB 2000, 59, m.nt. Vernimmen-De Jong, Agrarisch Recht 2000, p. 115-132, m.nt. Bruil, NJCM-Bulletin 2000, p. 1193 e.v., m.nt. Loof.

varkensrechten het resultaat zijn van een publiekrechtelijke regeling tot beperking van de vrijheid van bedrijfsuitoefening. Verder is de Hoge Raad van oordeel dat er een evenredigheidstoets moet worden verricht waarbij de verplichting tot compensatie bestaat, indien in een concreet geval sprake is van een individuele en onevenredig zware last als gevolg van de wettelijke maatregelen. De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk dat art. 1 EP geen grond biedt om de Whv buiten toepassing te laten ten aanzien van varkenshouders die door de bestreden maatregelen slechts getroffen zijn in de varkensrechten die ingevolge de wet aan hen zijn toegekend en die zij niet op andere wijze tegen betaling hebben verworven. De maatregelen zijn jegens hen niet onevenredig. Wel is de Hoge Raad van oordeel dat nader onderzoek naar de evenredigheid moet plaatsvinden van de maatregelen jegens individuele varkenshouders, die bijvoorbeeld in verband met de door de overheid gewekte verwachtingen kosten hebben gemaakt die zij anders niet zouden hebben gemaakt (waarbij bijvoorbeeld aan het bijkopen van rechten zou kunnen worden gedacht). De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het gerechtshof Den Haag op deze grond en verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof Arnhem.²³¹

Felle (juridische) strijd heeft ook plaatsgevonden terzake van de liberalisatie van de markt voor taxivergunningen. In strijd met de wet was jarenlang een praktijk ontstaan en gedoogd waarbij taxivergunningen een schaars en verhandelbaar goed waren en – mede als gevolg daarvan – alleen tegen forse vergoedingen waren te verkrijgen. Met de invoering van de nieuwe Taxiwet werd aan deze praktijk een einde gemaakt, met name doordat de minister in plaats van de lokale autoriteiten bevoegd werd vergunningen te verstrekken en tegelijkertijd het maximumstelsel bij de uitgifte van vergunningen werd losgelaten. Als gevolg van deze

231 HR 16 november 2001, AB 2002, 25, m.nt. PvB, JB 2002, 2, m.nt. AWH, JM 2002, 56, m.nt. Lambers, Agrarisch Recht 2002, 5020, Gemeentestem 2002, p. 133 e.v., m.nt. JT, M&R 2002, 14, m.nt. Hoitink & Jans, NJCM-Bulletin 2003, p. 142 e.v., m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, AB-Klassiek 2003, 45, m.nt. J.E.M. Polak. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze uitspraak T.A. van Kampen, De ontdekking van art. 1 Eerste Protocol EVRM: een toereikende basis voor rechtsbescherming bij aantasting van verkregen rechten?, NTB 2002, p. 58-66. Naar verluidt is naar aanleiding van deze uitspraak in Straatsburg een klacht ingediend. Vgl. over de intrekking van verkregen rechten in het agrarisch recht ook Vzgnr. Rb. Den Haag, Sector Civiel, 2 juni 2004, LJN-nr. AP0470 (innemen deel melkquotum als sanctie behelst regulering van eigendomsrechten en is – naar voorlopig oordeel – niet in strijd met art. 1 EP).

maatregel verwaterde de waarde van de onder het oude regime verstrekte vergunningen sterk. Gedupeerde taxichauffeurs die zo hun investering en – veelal – oudedagsvoorziening zagen verdampen, stelden zich op het standpunt dat de wettelijke maatregelen de toets aan onder meer art. 1 EP niet zouden kunnen doorstaan: er zou sprake zijn van ontneming van eigendom zonder de daarbij verplichte compensatie te bieden. De rechtbank Den Haag maakt echter korte metten met dit betoog. Er zou noch sprake zijn van ontneming, noch van regulering van eigendom, nu de Taxiwet de markt juist vrijmaakt en eerder verstrekte vergunningen respecteert. Ten overvloede – althans volgens de rechtbank – wordt daarbij aangegeven dat zelfs als al aangenomen zou kunnen worden dat het gaat om regulering, er geen sprake is van een individuele en excessieve last, zodat deze inmenging als gerechtvaardigd beschouwd zou kunnen worden.²³²

4.2.1.2 *Vorderingsrechten*

In twee arresten heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de positie van crediteuren in een faillissement in verband met het recht op eigendom, zoals gegarandeerd door art. 1 EP. De Hoge Raad overweegt in dit verband: ‘De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn.’ Deze grondslag ontbreekt echter volgens de Hoge Raad.²³³ Daaruit volgt dat crediteuren in een situatie van een faillisse-

232 Rb. 's Gravenhage 2 februari 2000, LJN-nr. AA4654. Zie hierover ook T.A. van Kampen, *De handel en wandel binnen het publiekrecht, Verhandelbaarheid van publiekrechtelijke rechten*, NJB 2001, p. 339-345.

233 HR 21 december 2001, JOR 2002, 37 en 38, m.noten Faber en Bartman, TvI 2002, p. 173 e.v., m.nt. Van Koppen (die meent dat de artikelen 2:138 en 248 BW wel een voldoende wettelijke grondslag bieden). Vgl. J.C. van Apeldoorn, *Mensenrechten en insolventie*, TvI 2002, p. 60-67. In HR 26 november 2004, LJN-nr. AR3138 betreffende de verjaring van een asbestclaim wordt de m.b.t. vorderingsrechten ook belangrijke vraag aangesneden of het wettelijk overgangsregime ten aanzien van deze verjaring de toets aan art. 1 EP kan doorstaan. Het betreft echter een kortgedingprocedure die de Hoge Raad niet geëigend acht voor de beantwoording van deze – ook in de noot van Bloembergen in NJ 2000, 431 – gestelde vraag.

ment mede op basis van art. 1 EP een eigen vorderingsrecht behouden naast dat van de curator.

4.2.1.3 *Terugwerkende kracht*

De Hoge Raad heeft bepaald dat de toekenning van terugwerkende kracht aan een wijziging in de overdrachtsbelasting niet in strijd is met art. 1 EP. Bij wet van 18 december 1995 is aan de Wet op de belastingen van rechtsverkeer een bepaling toegevoegd waarin voor de toepassing van die wet onder verkrijging van een onroerende zaak mede wordt begrepen de verkrijging van de economische eigendom van een dergelijke zaak. Een en ander met terugwerkende kracht tot en met 31 maart 1995, tenzij wordt aangetoond dat de verkrijging nadien van de economische eigendom van een onroerende zaak het gevolg is van een op 31 maart 1995, 18.00 uur bestaande schriftelijke overeenkomst. Het laatstgenoemde tijdstip lag kort na het tijdstip waarop het voornemen van de wetwijziging bij persbericht was aangekondigd.

De Hoge Raad verwerpt de stelling van een belanghebbende, die als gevolg van de wetwijziging met een naheffingsaanslag in de overdrachtsbelasting is geconfronteerd, dat de terugwerkende kracht niet wordt toegestaan door art. 1 EP. De Hoge Raad overweegt daartoe in eerste instantie dat het EVRM uitdrukkelijk niet het recht aantast van verdragsstaten om belastingen te heffen, mits daarbij de door het EVRM gegarandeerde rechten worden gerespecteerd, terwijl geen van de in het EVRM neergelegde rechten een verbod inhoudt aan een wet op grond waarvan belasting wordt geheven terugwerkende kracht toe te kennen. Verder overweegt de Hoge Raad dat, anders dan het geval is ten aanzien van het bestraffen van gedragingen – waarvoor art. 7 EVRM een voorziening biedt – het EVRM – waaronder begrepen het Eerste Protocol – geen bepaling bevat die het verdragsstaten verhindert bij wet een bepaling in te voeren waarbij transacties die voor de inwerkingtreding van die wet tot stand zijn gekomen, aan belasting worden onderworpen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar EHRM 28 oktober 1999, *Zielinski, Gonzalez e.a. t. Frankrijk*, waarin werd overwogen dat het de wetgever in zaken met betrekking tot burgerlijke rechten en verplichtingen niet is verboden om nieuwe, terugwerkende regelingen te treffen ten aanzien van rechten onder bestaande wetten. De Hoge Raad concludeert dat er geen reden bestaat om ten aanzien van de onderhavige regeling anders te oordelen, omdat de wetgever door terugwerkende kracht te beperken tot het tijdvak gelegen na het tijdstip waarop het voornemen tot wetwijziging bekend was gemaakt, niet is getreden bui-

ten de beoordelingsvrijheid die hem toekomt bij het tot stand brengen van belastingwetten.²³⁴

In een bodemsaneringszaak heeft het gerechtshof Leeuwarden zich gebogen over de gestelde onrechtmatigheid van een in de Wet bodembescherming opgenomen bijzondere vorderingsmogelijkheid uit ongerechtvaardigde verrijking en de terugwerkende kracht daarvan. Deze mogelijkheid is in 1994 in de genoemde wet opgenomen om het vermogensrechtelijk voordeel van bodemsaneringen voor grondeigenaren af te romen in geval er op kosten van de staat wordt gesaneerd. In casu is de sanering in 1993 afgerond, op welk moment alleen nog de algemene regeling inzake vorderingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking uit het BW (art. 6:212) van toepassing was. Gesteld werd dat de toepassing van de regeling uit de Wet bodembescherming en de terugwerkende kracht daarvan in strijd zou komen met art. 1 EP.

Het gerechtshof meent dat er geen strijd is met art. 1 EP, omdat deze bepaling in het geheel niet van toepassing zou zijn. Volgens het hof is er namelijk geen sprake van enige inmenging in het eigendomsrecht, aangezien tegenover de bezwaring van de eigendom met de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking immers een vermeerdering van de waarde van de grond als gevolg van de sanering staat. Voor wat betreft het gestelde over de onrechtmatigheid van de terugwerkende kracht, geeft het gerechtshof in algemene zin aan dat daarbij een 'fair-balance'-toets moet worden uitgevoerd, waaraan in casu echter niet wordt toegekomen, nu er geen sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht als gevolg van de vordering. Los daarvan wijst het gerechtshof er op dat voor de vordering hoe dan ook een basis bestaat gelet op de algemene regeling van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 BW.²³⁵

4.2.1.4 *Pensioenrechten*

Zonder succes bleef een procedure van een man die zich met een beroep op art. 1 EP verzette tegen de toepassing van de nieuwe Wet verevening pensioenrechten, op grond waarvan hij en zijn vrouw na hun scheiding ieder recht hadden op een gelijk deel van de door hem opgebouwde pensioenrechten. Volgens de Hoge Raad gaat het daarbij om regulering van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang, namelijk dat om redenen van sociale rechtvaardigheid mannen en vrouwen na

234 HR 8 februari 2002, BNB 2002, 137c, m.nt. Van Kesteren.

235 Gerechtshof Leeuwarden 17 december 2003, JM 2004, 54, m.nt. Bos.

een scheiding gelijkelijk moeten kunnen profiteren van de tijdens het huwelijk opgebouwde rechten. De wetgever heeft daarmee volgens de Hoge Raad geen onevenredige last op de oorspronkelijke pensioenge-rechtigden gelegd.²³⁶

4.2.1.5 *Regulering grondgebruik*

Ook op het terrein van de regulering van grondgebruik is art. 1 EP in stelling gebracht, zij het zonder succes.

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt door het vestigen van een voorkeursrecht op grond van de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg) niet in strijd gehandeld met art. 1 EP. Als gevolg van de vestiging van een dergelijk recht op een perceel grond, dient de eigenaar van een perceel dit bij een voorgenomen ver-vreemding – kort gezegd – als eerste aan de gemeente aan te bieden. Deze kan het perceel dan tegen een normale – eventueel door deskun-digen – vast te stellen marktprijs verwerven. Met de Wvg wordt beoogd gemeenten een instrument te geven om het tijdig verwezenlijken van bestemmingen beter te waarborgen. Hoewel de vestiging van een voor-keursrecht is te beschouwen als een inmenging in het eigendomsrecht (regulering), is volgens de Afdeling een redelijk evenwicht bereikt tus-sen het met de Wvg nagestreefd algemeen belang en de fundamentele rechten van de grondeigenaren.²³⁷

In een andere uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat een bestemmingsplanregeling die permanen-te bewoning van een recreatiewoning verbiedt, niet buiten toepassing hoeft te worden gelaten wegens strijd met art. 1 EP. De Afdeling over-weegt daartoe dat in zoverre de in deze verdragsbepaling neergelegde beperkingen van het gebruik van de recreatiewoning al zijn aan te mer-ken als een aantasting van het recht op ongestoord genot van het eigen-dom, de bedoelde verdragsbepaling de toepassing van wetten die nood-zakelijk kunnen worden geacht om het gebruik van eigendom te regu-leren in overeenstemming met het algemeen belang onverlet laat. Volgens de Afdeling is de desbetreffende bestemmingsplanregeling aan te merken als een dergelijke toepassing.²³⁸

236 HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 395, m.nt. JdB.

237 ABRvS 20 juni 2000, AB 2002, 23, m.nt. Mus. In vergelijkbare zin over de Wvg oor-deelt HR 17 november 2000, NJ 2001, 289, m.nt. Van Wijmen.

238 ABRvS 28 november 2001, JB 2002, 23. In dezelfde zin ABRvS 12 november 2003, JB 2004, 13 en idem JB 2004, 14, m.nt. CLGFHA. Vgl. ABRvS 1 november 1999, JB 1999, 299, m.nt. Heringa (betreffende een tracébesluit ten behoeve van de aanleg van de Betuweroute).

4.2.1.6 *Huur en onteigening*

In een arrest uit 1994 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de verhouding tussen art. 42 lid 2 van de Onteigeningswet (Ow) en art. 1 EP. Art. 42 lid 2 Ow maakte om praktische redenen een uitzondering op het beginsel van volledige schadeloosstelling in het onteigeningsrecht door de schadevergoeding voor een anders dan als bedrijfsruimte verhuurde onroerende zaak in het geval dat de huurtijd nog één of meer jaren moet duren, te fixeren op de huurprijs van twee jaar. De Hoge Raad overweegt dat de huurder in casu aan art. 1 EP dezelfde bescherming kan ontlenen als een eigenaar omdat het huurrecht, dat op grond van de wet eindigt als gevolg van de onteigening, is te beschouwen als een ‘possession’ in de zin van art. 1 EP. Naar het oordeel van de Hoge Raad staat de op grond van art. 42 lid 2 Ow toegekende schadeloosstelling niet in een redelijke verhouding tot het bedrag van de door de huurder als gevolg van de onteigening geleden schade. De Hoge Raad concludeert dat hierdoor sprake is van een ongerechtvaardigde inmenging (ontneming) in het eigendomsrecht en daarmee van een schending van art. 1 EP.²³⁹

4.2.1.7 *Uitkoop aandelen*

Minder succes had een minderheidsaandeelhouder die op grond van art. 2:92a BW gedwongen werd uitgekocht en zich met een beroep op art. 1 EP beklaagde over de prijsbepaling terzake van zijn aandelen. Daarvoor was de Ondernemingskamer uitgegaan van de beurskoers op een bepaald moment, terwijl de aandeelhouder meende dat de intrinsieke waarde van de aandelen een meer objectieve indicatie was. De Hoge Raad overweegt dat uit art. 1 EP niet is af te leiden dat een voor uit te kopen aandelen te betalen prijs een andere dan een reële prijs zou moeten zijn, en met name niet dat steeds de prijs in aanmerking zou moeten worden genomen, die volgens (theoretische) berekeningen het hoogste resultaat oplevert.²⁴⁰

239 HR 30 november 1994, AB 1995, 321, m.nt. Drupsteen (‘Het witte paard’). Vgl. ook de conclusie van AG-Wattel bij HR 12 juli 2002. LJN-nr. AE5582, die van mening is dat in het kader van het bepalen van een onteigeningsvergoeding o.g.v. art. 1 EP ook compensatie moet worden geboden aan de huurder van bedrijfsruimte voor het verlies van door deze huurder aangebrachte verbeteringen die door de beëindiging van de huurovereenkomst als gevolg van de onteigening waardeloos zijn geworden. De Hoge Raad doet deze kwestie conform de conclusie van de AG ten voordele van de huurder af, echter zonder daarbij art. 1 EP te noemen.

240 HR 11 september 1996, NJ 1997, 176. Een klacht bij het EHRM terzake werd niet-ontvankelijk verklaard in EHRM 16 januari 2001, Offerhaus & Offerhaus t. Nederland (ontv.besl.).

4.2.2 *Particuliere geschillen*

4.2.2.1 *Toepassing limiteringsregeling schadevergoeding openbaar vervoer*

De eerste hier te bespreken zaak waarin art. 1 EP toepassing vindt in een zaak tussen particulieren, betreft een schadevergoedingsprocedure tegen N.S. Reizigers B.V. (hierna: NS) naar aanleiding van een ernstig ongeval op een station waarbij een vrouw zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen als gevolg van het feit dat zij bekneld raakte tussen de treindeuren en de trein zich desalniettemin in beweging zette. De aansprakelijkheid van de NS was in deze procedure komen vast te staan. NS weigerde echter een volledige schadevergoeding te betalen en beriep zich daartoe op de limiteringsregeling van art. 8:110 lid 1 BW. Op basis van deze regeling is de aansprakelijkheid van de vervoerder beperkt tot een bij of krachtens Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) bepaald bedrag van in casu 300.000 gulden, terwijl de gestelde geleden en te lijden materiële en immateriële schade als gevolg van het ongeval een veelvoud daarvan beliep.

Het slachtoffer stelt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat NS zich op de limitering beroept en doet daarbij een beroep art. 1 EP waaronder naar haar mening ook valt het recht op volledige (dat wil zeggen ongelimiteerde) schadevergoeding. NS verweert zich daartegen.

Het gerechtshof Amsterdam – waar de zaak op verzoek van NS in appel wordt behandeld nadat de rechtbank het slachtoffer in het gelijk had gesteld – stelt om te beginnen vast dat de stelling van NS dat het recht op volledige schadevergoeding niet op grond van art. 1 EP wordt beschermd omdat het slachtoffer – vanwege de wettelijke limitering – dit recht nooit heeft gehad, onjuist is. Volgens het hof is er namelijk sprake van regulering van het recht van het slachtoffer op volledige schadevergoeding. Zij kan op grond van artikel 8:110 lid 1 BW en de AMvB de betaling van haar vordering namelijk slechts tot een bedrag van 300.000 gulden in rechte afdwingen. Dat staat er volgens het hof echter niet aan in de weg dat NS zou kunnen afzien van een beroep op de wettelijke limitering en (alsdan niet onverschuldigd) de volledige schuld aan het slachtoffer zou kunnen vergoeden.

Daarnaast is volgens het gerechtshof ook onjuist de stelling van NS dat de vordering van het slachtoffer (deels) ziet op toekomstige (inkomens)schade en het dus gaat om een toekomstige vordering, zodat de vordering niet onder art. 1 EP valt omdat deze bepaling slechts ‘existing possessions’ beschermt. De vordering van het slachtoffer ten opzichte

van een al vaststaande debiteur (NS) komt in zoverre immers neer op een vordering wegens verlies aan arbeidsvermogen. Vaststaat dat die schade al wel is geleden en (ook) in zoverre is dus geen sprake van een toekomstige vordering.

Daarna buigt het gerechtshof zich over de vraag of de inmenging in het eigendomsrecht van het slachtoffer als gevolg van de toepassing van de limiteringsregeling al dan niet gerechtvaardigd is.

Het hof overweegt dat de bescherming van eigendom in de zin van art. 1 EP niet absoluut is. Regulering ervan is toegelaten wanneer dat in overeenstemming is met het algemeen belang. Uit art. 1 EP vloeit volgens het hof dan ook niet voort dat het slachtoffer zonder meer recht heeft op volledige schadevergoeding. Aan de limitering van aansprakelijkheid kunnen immers legitieme belangen ten grondslag liggen. Het hof verwierpt dan ook de stelling van het slachtoffer dat art. 8:110 BW zonder meer in strijd is met art. 1 EP. Naar algemeen wordt aangenomen is in het vervoersrecht limitering van schadevergoeding gerechtvaardigd vanwege de noodzaak om het ondernemersrisico beheersbaar te houden en vanwege de verzekerbaarheid ervan. Limitering op dit terrein is – zo overweegt het hof verder – in overeenstemming met de internationale praktijk en de verdragen op het terrein van het vervoersrecht.

Het komt volgens het hof evenwel niet uitsluitend aan op de vraag of er een legitiem doel gediend wordt door de limitering. Er dient ook een ‘fair balance’ te bestaan tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Aan het vereiste van een ‘fair balance’ is volgens het hof niet voldaan, indien er sprake is van een ‘individual and excessive burden’, een individuele en buitensporige last, voor het slachtoffer. Om te bepalen of daarvan al dan niet sprake is acht het hof de volgende omstandigheden van belang.

- De argumenten om bij personenletsel tot limitering over te gaan verliezen aan kracht, mede gezien Europees- en internationaalrechtelijke ontwikkelingen, waarbij enerzijds limiteringen worden afgeschaft en anderzijds een tendens bestaat tot een aanzienlijke verhoging van de aansprakelijkheidslimieten.
- De limitering tot 300.000 gulden is neergelegd in een AMvB uit 1991 en deze limiet is sindsdien niet meer verhoogd, zelfs niet met de inflatie.
- De ratio van de limitering is dat de schade bij grote treinongevallen onverzekerbaar is. In het onderhavige geval gaat het slechts om de schade van één persoon. De situatie dat een individu schade van deze

omvang lijdt, is – naar NS heeft gesteld – een zeldzaamheid. Gesteld noch gebleken is volgens het hof dat ongevallen als het onderhavige onverzekerbaar zijn.

- Er is sprake van letselschade aan de zijde van het slachtoffer, die het bedrag van 300.000 gulden in hoge mate overstijgt.
- NS heeft door na te laten nadere veiligheidsmaatregelen te treffen, bewust de aanzienlijke kans genomen dat zich op enig moment een ongeval zou voordoen met zeer ernstige gevolgen als de onderhavige. Daar doet volgens het hof niet aan af de stelling van NS dat de eigen gedragingen van het slachtoffer ook een rol hebben gespeeld bij het ongeval.

Op grond van het voorgaande komt het hof uiteindelijk tot de conclusie dat het algemeen belang bij handhaving van de limitering in het onderhavige geval niet opweegt tegen de bescherming van de individuele rechten van het slachtoffer. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid acht het hof het dan ook onaanvaardbaar dat NS jegens het slachtoffer een beroep doet op de limitering van de aansprakelijkheid.²⁴¹

4.2.2.2 *Echtscheidingsovereenkomst*

De rechtbank Maastricht heeft zich uitgelaten over de EVRM-conformiteit van een aantal voorwaarden gesteld in een nadere overeenkomst ter regeling van de gevolgen van een echtscheiding tussen twee personen, die onder huwelijkse voorwaarden waren getrouwd. Deze overeenkomst bepaalde dat de vrouw een bedrag van 35.000 gulden aan de ex-echtgenoot zou dienen te betalen indien zich een van de in de overeenkomst omschreven omstandigheden zou voordoen. Deze afspraak hing samen met de tijdens het huwelijk door de vrouw gekochte woning terzake waarvan de man de hypotheeklasten mede voor zijn rekening had genomen.

De rechtbank acht de afspraak met betrekking tot twee opgenomen omstandigheden, namelijk indien zij gaat samenwonen met een andere partner en/of zij opnieuw in het huwelijk treedt, in strijd met het horizontaal werkende artikel 12 EVRM, op grond waarvan een ieder het recht heeft om te huwen en een gezin te stichten.

De derde in de overeenkomst genoemde omstandigheid komt volgens de rechtbank, gelet op de verwoording daarvan, neer op een totaal en in tijd onbegrensd verbod voor de vrouw om zonder het bedrag van

241 Gerechtshof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN-nr. AR2333.

35.000 gulden te moeten betalen de haar in eigendom toebehorende woning te vervreemden. Dit onderdeel van de overeenkomst komt volgens de rechtbank in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid, die mede gekleurd worden door het recht op eigendom, zoals neergelegd in art. 5:1 BW en art. 1 EP.²⁴²

4.3 Wetgeving en bestuurshandelingen

Een andere belangrijke waarborgfunctie van art. 1 EP ligt op het meer preventieve vlak, namelijk bij de voorbereiding van wetgeving en bestuurshandelingen. De laatste jaren is zeker sprake van een groeiende aandacht voor art. 1 EP bij de wetgever en het bestuur. Een zoekopdracht op <www.overheid.nl> levert toch al snel meer dan 200 treffers op.

Bij de voorbereiding en behandeling van wetsvoorstellen gaat de regering ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen – soms op aandringen van het parlement – in op de mogelijke betekenis van art. 1 EP, zij het dat de conclusie meestal – al dan niet terecht – is dat de voorgestelde regeling in kwestie voldoet aan de eisen van dit verdragsartikel. Hierbij komt het eigendomsrecht van art. 1 EP meestal aan de orde bij wetsvoorstellen die de verticale verhouding tussen overheid en burger betreffen, maar af en toe ook bij voorstellen van wetten die ingrijpen in de horizontale verhouding tussen burgers onderling.

Van de gevallen waarin art. 1 EP aan de orde komt in de relatie overheid - burger, kunnen onder meer worden genoemd de beperking van het jachtrecht in de Flora- en Faunawet, de Wet herstructurering varkenshouderij (zij het dat daarmee niet kon worden voorkomen dat de Hoge Raad – zoals hiervoor aan de orde kwam – niet uitsluit dat de toepassing van deze wet in individuele gevallen in strijd komt met art. 1 EP), de wijzigingen van de Algemene nabestaandenwet en de Algemene Ouderdomswet die leiden tot beperking van uitkeringsrechten, de Wet Victor op basis waarvan drugspanen bij ernstige overlast kunnen worden gesloten, de Wet beperking export uitkeringen, het Legkippenbesluit dat kippenboeren dwingt de hokruimte per kip te vergroten op basis waarvan gedane investeringen waardeloos zouden kunnen worden, het verbod op de pelsdierhouderij, de wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten, de nieuwe Wet op de Ruimtelijke Ordening die

²⁴² Rb. Maastricht, Sector Civiel, 3 maart 2004, LJN-nr. AO8592.

voorziet in een beperking van de mogelijkheden van planschadevergoeding en het wetsvoorstel inzake de handel in broeikasgasemissierechten. Het in deze categorie het meest in het oog springende voorbeeld is het voorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en beroep. Dit voorstel beoogde de mogelijkheid van vergoeding van in bestuurlijke voorprocedures gemaakte kosten sterk te beperken, onder meer door de bevoegdheid om hierover te oordelen exclusief bij de bestuursrechter te leggen.²⁴³ In het oorspronkelijke regeringsvoorstel was bepaald dat de wet ook zou gelden voor alle ten tijde van de inwerkingtreding reeds lopende voorprocedures. Na vragen van de SGP-fractie of deze overgangsregeling zich wel verdroeg met art. 1 EP, heeft de regering teneinde mogelijke strijdigheid met art. 1 EP te voorkomen bij nota van wijziging de overgangsregeling in die zin gewijzigd dat het oude recht van toepassing blijft, indien het besluit waartegen bezwaar of administratief beroep kan worden gemaakt vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen.²⁴⁴ Aanleiding hiervoor was het feit dat de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad laat zien dat het voor de wetgever slechts in beperkte mate mogelijk is om bestaande vorderingsrechten te beperken.²⁴⁵

Ook in meer algemene zin geven de wetgever en het bestuur zich steeds meer rekenschap van de mogelijke gevolgen van art. 1 EP. Zo wordt in het rapport van de MDW-werkgroep Verhandelbare rechten uitgebreid aandacht besteed aan art. 1 EP, onder meer via een toetsings-schema over verhandelbare rechten en art. 1 EP.²⁴⁶ Een van de aanbevelingen heeft geleid tot de uitgave van een 'Handleiding Verhandelbare

243 Kamerstukken II 1999/2000, 27 024, nrs 1-3. Het ging om een in de jurisprudentie van de civiele rechter erkend vorderingsrecht. Zie HR 17 november 1989, AB 1990, 80 (Velsen/De Waard).

244 Kamerstukken II 1999/2000, 27 024, nr. 5, p. 16-17. De wet is op 12 maart 2002 in werking getreden, Stb. 2002, 55. Zie nader B.J. van Ettekoven, *Advocatenkosten in de bezwaarprocedure: Wie, wat & waar?*, O&A 2002, p. 41-48.

245 Zie onder meer EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*.

246 Rapporten van de MDW-werkgroep verhandelbare rechten: *Verhandelbare rechten*, februari 2000, Kamerstukken II 1999/2000, 24 036, nr. 148 (inclusief kabinetsstandpunt waarin het rapport geheel werd overgenomen) en *Verhandelbare rechten Fase II, Ingrijpen en compenseren?*, september 2000, Kamerstukken II 2000/01, 24 036, nr. 182 (ook vrijwel alle daarin opgenomen aanbevelingen zijn door het kabinet overgenomen). Vgl. ook het rapport van de MDW-werkgroep 'Veilen en andere allocatiemechanismen' en het desbetreffende kabinetsstandpunt, Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 254.

Rechten', met een checklist voor het geval de overheid wil kiezen voor de introductie van een systeem van verhandelbare rechten, waarbij ook de met het toetsingskader van art. 1 EP verband houdende vragen aan de orde komen. De handleiding biedt bouwstenen voor een op te richten stelsel van verhandelbare rechten, onder meer door eventueel ingrijpen door de overheid zo voorzienbaar mogelijk vast te leggen en daarbij aan te geven of er in een dergelijk geval grond bestaat voor het aanbieden van compensatie.²⁴⁷

Ook in wetsvoorstellen die vooral betrekking hebben op de relaties tussen burgers onderling, heeft art. 1 EP een rol gespeeld. Zo is bij de behandeling van het nieuwe erfrecht in de Eerste Kamer de vraag gesteld of de beperking van de testeervrijheid van de erflater (door de aanspraken van de langstlevende echtgenoot en van eventuele kinderen) niet in strijd zou komen met artikel 1 EP. Het standpunt van de regering dat deze beperking in casu gerechtvaardigd kan worden met het oog op de bevordering van voldoende verzorging van de achterblijvende echtgenoot en eventuele kinderen, werd door het parlement gedeeld.²⁴⁸ Ook bij de regeling van het schenkingsrecht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek²⁴⁹ en recentelijk het wetsvoorstel collectieve afwikkeling van massaschade²⁵⁰ komt art. 1 EP aan de orde, evenals bij het wetsvoorstel inzake gedwongen schuldsanering.²⁵¹

4.4 Conclusie

Uit het voorgaande, zeker niet uitputtende, overzicht van Nederlandse jurisprudentie inzake overheidsaansprakelijkheid op grond van art. 1 EP blijkt dat niet licht wordt aangenomen dat dit verdragsartikel is geschonden. De nadruk ligt op het voldoen aan formele vereisten, zoals het aanwezig zijn van een wettelijke basis en – voor de rechter die een beroep op art. 1 EP beoordeelt – het volgen van het uit de Straatsburgse jurisprudentie voortvloeiende toetsingsschema om te bepalen of sprake is van een inmenging en, zo ja, of deze te rechtvaardigen is. Daarbij

247 Handleiding Verhandelbare Rechten, juli 2001, Ministerie van Economische Zaken.

248 Kamerstukken I 1998/99, 17 141, nr. 120a, p. 5-6 en 12. Zie daarover reeds J.H.M. van Erp, Europees privaatrecht en rechtsvergelijking (2), WPNR 2000, p. 473-478 (op p. 478).

249 Kamerstukken II 2000/01, 17 213, nr. 6, p. 14.

250 Kamerstukken II 2003/04, 29 414, nrs. 4 en 7; Kamerstukken I 2004/05, 29 414, nr. 8.

251 Kamerstukken II 2004/05, 29 942, nrs. 1-3.

dient in beginsel een toetsing op individueel niveau plaats te vinden, waarbij moet worden nagegaan of een inmenging al dan niet leidt tot een onevenredig zware last. Op het meer materiële vlak is de jurisprudentie terughoudend. Waar het betreft de noodzaak van een inmenging wordt het oordeel van het bestuur dan wel de wetgever gerespecteerd, vaak zonder dit grondig te motiveren (de eerder genoemde uitspraken van de Hoge Raad inzake de varkensboeren en – in mindere mate – die inzake de scheepsmakelaars vormen positieve uitzonderingen in dit verband). Verder wordt ook niet snel aangenomen dat er een onevenredige last bestaat, ondanks in sommige casus evident optredende schade dan wel beschaamd vertrouwen.

De Nederlandse jurisprudentie laat (vooralsnog) relatief weinig voorbeelden zien van zaken waarin art. 1 EP een rol speelt in geschillen tussen particulieren. In de zaken die in het kader van dit preadvies zijn behandeld, speelt art. 1 EP een rol via de invulling van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Opvallend is dat in de beide besproken zaken waarin art. 1 EP aan de orde was, het beroep op de mede door dit verdragsartikel ingekleurde redelijkheid en billijkheid materieel iets opleverde voor degene die daarop een beroep deed. Zoals in het inleidende hoofdstuk van dit preadvies aangegeven, wordt hier niet nagegaan of dit resultaat ook zonder art. 1 EP had kunnen worden bereikt. Feit is echter wel dat uit art. 1 EP en de Straatsburgse jurisprudentie daarover kennelijk normen voortvloeien die bruikbaar zijn in dit soort particuliere relaties en de rechter houvast bieden bij het bepalen wat redelijk en billijk is.

Wetgever en bestuur raken, mede onder invloed van de zich nog steeds uitbreidende jurisprudentie over art. 1 EP van zowel de Nederlandse rechter als het EHRM, ten slotte, steeds meer overtuigd van de noodzaak om maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat de overheid in een latere fase door de rechter wordt gecorrigeerd wegens een schending van art. 1 EP. Een snelle blik op parlementaire stukken leert in ieder geval dat de toets onder art. 1 EP een steeds belangrijkere rol speelt bij de vraag of overheidsmaatregelen, zowel die zien op de verhouding overheid - burger als die zien op de relatie tussen burgers onderling, in abstracto rechtmatig kunnen worden geacht en daarmee kunnen worden ingevoerd. Ervaringen met rechterlijke correcties, zoals in het geval van de varkensrechten, blijken op dit vlak een stimulerende rol te spelen.

5. MET ARTIKEL 1 EP VERWANTE PUBLIEK-RECHTELIJKE NORMEN

5.1 Inleiding

Art. 1 EP is niet de enige fundamentele – publiekrechtelijke – norm die het eigendomsrecht beschermt. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan met art. 1 EP verwante publiekrechtelijke rechtsnormen en wordt bezien wat eventueel de meerwaarde is van het in het EVRM gewaarborgde eigendomsrecht ten opzichte van deze normen.²⁵² Achtereenvolgens komen daarbij aan de orde EG/EU-recht en overig internationaal recht (onder 5.2), de Nederlandse Grondwet (onder 5.3) en publiekrechtelijke rechtsbeginselen (onder 5.4). Ook dit hoofdstuk wordt afgesloten met een korte conclusie (onder 5.5).

5.2 EG/EU-recht en overig internationaal recht

5.2.1 EG/EU-recht

Binnen het EG-recht vinden fundamentele rechten eveneens bescherming. De grondrechtenbescherming is bij gebreke aan een bindende catalogus met fundamentele rechten in het EG-recht ontwikkeld in het kader van de jurisprudentie van het in Luxemburg gevestigde HvJ EG. In dat verband ontleent het HvJ EG grondrechten onder meer aan het EVRM, waarbij deze worden geacht als algemene beginselen deel uit te maken van het gemeenschapsrecht.²⁵³ De instellingen van de EG en de lidstaten, indien en voorzover zij uitvoering geven aan EG-recht, zijn daaraan gebonden. Artikel 6 lid 2 EU-verdrag codificeert deze jurisprudentie en breidt de binding aan grondrechten als algemene beginselen van gemeenschapsrecht zelfs uit tot de hele Europese Unie:

‘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

252 Mede ontleend aan Barkhuysen & Van Emmerik 2002.

253 HvJ EG 28 oktober 1975, Rutili, C-36/75; HvJ EG 21 september 1989, Hoechst, C-46/87 en 227/88. Zie over de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming in de EG o.a. H.W. Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, München 1993; R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen* (diss. Leiden), Deventer 1999.

zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.’

Het HvJ EG laat zich bij de uitleg en toepassing van deze grondrechtelijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht vaak leiden door de rechtspraak van het EHRM, maar heeft nooit aangegeven daartoe strikt gehouden te zijn. Verder is de EG geen partij bij het EVRM en daarmee ook niet onderworpen aan de rechtsmacht van het EHRM. Daardoor ontstaat het gevaar van een uiteenlopend Straatsburgs en Luxemburgs beschermingsniveau, hetgeen vooral problematisch is indien Luxemburg onder de Straatsburgse maat blijft. De lidstaten van de EG zijn immers ook allemaal partij bij het EVRM en uit dien hoofde gehouden het EVRM-beschermingsniveau te verzekeren, terwijl zij tegelijkertijd ook hun verplichtingen op grond van het EG-recht moeten nakomen. Daardoor kan een conflict van verplichtingen ontstaan.²⁵⁴ Door omzichtig opereren heeft het HvJ EG tot nu toe echte problemen op dit punt kunnen voorkomen. Mede om deze reden is ook steeds gepleit voor toetreding van de EG tot het EVRM en het onderwerpen van deze organisatie aan de rechtsmacht van het EHRM.²⁵⁵

In 2000 is wel een juridisch niet-bindend EU-Handvest van grondrechten tot stand gebracht met daarin alle relevante burgerlijke, politieke, economische, sociale en maatschappelijke rechten van alle Europese burgers en personen die op het grondgebied van de Unie verblijven.²⁵⁶ In het ontwerp van de Europese Grondwet (formeel het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa genoemd), als aangenomen door de Europese Raad op 18 juni 2004 en thans ter ratificatie voorliggend in de lidstaten,²⁵⁷ wordt aan het Handvest een bindende status toe-

254 Vgl. M. Bulterman & R. Lawson, De rechten van de mens en internationale organisaties, in: C. Flinterman & W. van Genugten (red.), Niet-staatelijke actoren en de rechten van de mens; gevestigde waarden, nieuwe wegen, Den Haag 2003, p. 137-159.

255 Lawson 1999 (diss.); M.L.W.M. Viering, Straatsburgse rechten in de Luxemburgse rechtspraak, in: L.F.M. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), Grenzen aan grenzenloosheid, Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming in de Europese Unie, Deventer 1998, p. 67-103.

256 De tekst is o.m. gepubliceerd in *Stcrt.* 2000, nr. 207, p. 32 e.v. Zie daarover nader J.W. Sap, Het EU-Handvest van de grondrechten, De opmaat voor de Europese Grondwet, Deventer 2003. Vgl. over de betekenis van dit handvest voor het (Europese) privaatrecht, Zeno-Zencovich & Vardi 2004, p. 205-214.

257 Versie d.d. 6 augustus 2004, CIG 87/04.

gekend en wordt het als deel II in de Grondwet geïntegreerd. Het ontwerp van de Europese Grondwet creëert met artikel I-9 lid 2 tevens de juridische mogelijkheid voor de Europese Unie om toe te treden tot het EVRM. Tegelijk bepaalt artikel I-9 lid 3 van de ontwerp-Grondwet dat de grondrechten, zoals die mede worden gewaarborgd door het EVRM, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie en bevatten de artikelen II-112 en II-113 een nadere regeling die moet voorkomen dat er afwijkingen in negatieve zin ontstaan van het door het EVRM gewaarborgde beschermingsniveau.²⁵⁸ Afgewacht dient nu te worden of de ontwerptekst van de Europese Grondwet uiteindelijk wordt aanvaard door de lidstaten en – daarna – of de EU inderdaad zal toetreden tot het EVRM, zodat het EHRM weer het laatste woord krijgt over het minimum in het kader van de EU te bieden niveau van mensenrechtenbescherming. Zolang dat niet het geval is, blijft steeds het risico van een uiteenlopend beschermingsniveau bestaan.

Ook het eigendomsrecht vindt bescherming in het (nog) niet bindende EU-Grondrechtenhandvest. Art. 17 daarvan (art. II-77 van de Europese Grondwet) luidt als volgt:

‘1. Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken. Niemand mag zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang, in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits het verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed. Het gebruik van de goederen kan bij wet worden geregeld, voorzover het algemeen belang dit vereist.

2. Intellectuele eigendom is beschermd.’

In de toelichting bij het Grondrechtenhandvest is aangegeven dat dit artikel is gebaseerd op art. 1 EP en dat, ondanks de afwijkende, modernere tekst daarvan, is beoogd de waarborgen van art. 1 EP en de daarop gebaseerde jurisprudentie over te nemen. Uit deze toelichting wordt eveneens duidelijk waarom er voor is gekozen de bescherming van de intellectuele eigendom – waaronder niet alleen auteursrechten en artistieke rechten zijn begrepen, maar ook merkenrecht, patenten en daar-

258 Zie daarover o.a. S.C. van Bijsterveld & E.M.H. Hirsch Ballin, *De integratie van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in de constitutie van de Europese Unie*, WRR-papierserie ‘De Nederlandse stem in de Europese Conventie’, Den Haag 2003.

mee verwante rechten – apart in het tweede lid te noemen. Aangegeven wordt dat de intellectuele eigendom reeds bescherming vindt in het algemene eigendomsrecht van het eerste lid, maar dat deze apart vermelding verdient vanwege het toenemend belang ervan en de grote bemoeienis ermee vanuit de EU. De garanties van het eerste lid gelden volgens de toelichting ook voor de in het tweede lid genoemde intellectuele eigendom. Overigens gaat deze toelichting bij het Grondrechtenhandvest bindend deel uitmaken van de Europese Grondwet en de in dit laatste document opgenomen grondrechten wanneer deze in werking zou treden (vgl. art. II-112 lid 7 en de Preambule van hoofdstuk II van de Europese Grondwet).

Daarnaast bepaalt art. 295 EG-verdrag (art. III-425 Europese Grondwet) dat het Verdrag de nationale regelingen van het eigendomsrecht onverlet laat. Deze bepaling lijkt er vooral op te zijn gericht om te benadrukken dat de EG/EU op het terrein van het eigendomsrecht niet in regelgevende zin mag optreden en dat de soevereiniteit op dit punt bij de lidstaten blijft liggen.²⁵⁹

Bijzondere vermelding verdient voorts dat art. 16 van het Grondrechtenhandvest (art. II-76 van de Europese Grondwet) de ‘vrijheid van ondernemerschap’ beschermt. Volgens de toelichting is dit artikel gebaseerd op de rechtspraak van het HvJ EG waarin de vrijheid om economische en commerciële activiteiten uit te oefenen alsmede de contractvrijheid is erkend. Ook dit recht kan worden beperkt.

Het eigendomsrecht vindt in het EG/EU-recht thans wel reeds *bindende* bescherming als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht waar het betreft handelingen van EG/EU-instellingen (verordeningen, richtlijnen, beschikkingen etc) en van lidstaten, voorzover zij EG/EU-recht ten uitvoer leggen. Ook deze bescherming reikt echter niet verder dan art. 1 EP.²⁶⁰

²⁵⁹ Vgl. Schutte 2004, p. 22.

²⁶⁰ HvJ EG 13 december 1979, Hauer, C-44/79 (opmerkelijk is dat het HvJ EG in dit arrest uitvoerige overwegingen wijdt aan art. 1 EP nog voordat het EHRM op dat terrein echte jurisprudentie had ontwikkeld). Vgl. ook HvJ EG 10 juli 2003, Booker Aquaculture, C-20/00 en C-64/00. Zie nader over het eigendomsrecht in EG/EU-context, M.K. Bulterman, Het economisch bestuursrecht en het EVRM, Preadvies VAR, VAR-reeks 132, Den Haag 2004, p. 193-252 (op p. 221-231); Müller-Michaels 1997.

5.2.2 *Overig internationaal recht*

Het internationale recht kent voor het overige geen voor Nederland relevante fundamentele normen ter algemene bescherming van het eigendomsrecht. Opmerkelijk is dat de mondiale pendant van het regionale EVRM, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), geen eigendomsrecht kent. Daarover kon men het bij de onderhandelingen niet eens worden, niettegenstaande het feit dat de niet-bindende Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM) – waarop het IVBPR is gebaseerd – met art. 17 wel een eigendomsrecht kent. In het ook voor Nederland bindende mondiale Internationale Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) wordt in art. 15 wel het recht op intellectuele en artistieke eigendom beschermd. Dit in aansluiting op art. 27 lid 2 UVRM.²⁶¹

5.3 Nederlandse Grondwet

Het eigendomsrecht vindt ook – zij het niet als subjectief recht – bescherming in art. 14 van de Nederlandse Grondwet.²⁶² Dit artikel luidt als volgt:

- ‘1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.
2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.
3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.’

261 Zie nader Van Banning 2002, p. 33-78.

262 De wenselijkheid van de grondwettelijke verankering van een subjectief eigendomsrecht werd bij de grondwetsherziening van 1983 door de regering ontkend, met als motief dat dit recht door zijn onbepaaldheid zou nopen tot zeer ruime beperkingsclausules, waardoor het in feite zo goed als betekenisloos zou worden, dan wel niet te honoreren verwachtingen zou wekken. Zie Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 162-163 en p. 207-208; ook opgenomen in de documentatie reeks: Naar een nieuwe Grondwet: Algehele grondwetsherziening, Eerste lezing, deel IA Grondrechten, Den Haag 1979, p. 162-163 en p. 207-208.

Van welk eigendomsbegrip in het kader van art. 14 Grondwet wordt uitgegaan, blijkt niet uit de tekst. Uit de totstandkomingsgeschiedenis, de literatuur en latere wetten die mede op basis van art. 14 Grondwet tot stand zijn gekomen, lijkt niettemin te kunnen worden opgemaakt dat het gaat om zakelijke en vermogensrechten en daarmee om ‘goederen’ in de zin van art. 3:1 BW.²⁶³ Daarmee heeft art. 14 Grondwet (net als art. 1 EP) een ruimere strekking dan art. 5:1 BW. Zo is er in het kader van art. 14 Grondwet ook sprake van een ‘onteigening’ indien het gaat om een inmenging in een vermogensrecht, zoals een octrooi (vgl. art. 97 Ow). Verder is van belang dat art. 14 Grondwet zich gelet op de tekst niet goed lijkt te lenen voor toepassing in horizontale verhoudingen.

Art. 14 Grondwet maakt een onderscheid tussen ontneming van eigendom in klassieke zin (de onteigening; zie het eerste lid) en overige inmengingen in het eigendomsrecht (zie het derde lid).

Op grond van art. 14 lid 1 Grondwet kan onteigening alleen plaatsvinden in het algemeen belang, op basis van een formeelwettelijke grondslag en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling.²⁶⁴ De rechter toetst echter slechts marginaal of een onteigening in het algemeen belang is.²⁶⁵ Wat precies moet worden verstaan onder ‘vooraf verzekerde schadeloosstelling’ is nog niet uitgemaakt. Het is namelijk de vraag of een bestuurlijke toezegging tot betaling van de nog nader te bepalen vereiste compensatie (bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie) toereikend is of dat alleen tot daadwerkelijke onteigening mag worden overgegaan indien de rechter een onherroepelijk oordeel over de schadeloosstelling heeft gegeven. De wetgever lijkt blijkens de Onteigeningswet dat laatste als uitgangspunt te hebben gekozen, zij het dat in bijzondere gevallen (de ‘vervroegde onteigening’ van art. 54f e.v. Ow) de eigendom ook reeds kan overgaan op grond van het vonnis tot onteigening en de toekenning van een voorschot op de schadeloosstelling, vóórdat de rechter de hoogte van de schadeloosstelling onherroepelijk heeft vastgesteld. De precieze betekenis van de term ‘schadeloosstelling’ staat evenmin vast. De Grondwet gaat weliswaar uit van volledige scha-

263 Kortmann 2001, p. 436; Van der Pot-Donner, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, veertiende druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, Deventer 2001, p. 367-368 (met nadere verwijzingen).

264 Vreemd genoeg vermeldt art. 14 Grondwet niet uitdrukkelijk dat de onteigening slechts bij formele wet kan plaatsvinden, maar dit is wel uitdrukkelijk de bedoeling van de grondwetgever geweest. Zie Th. Peters, Commentaar artikel 14 Grondwet, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet, Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer, 2000, p. 198.

265 HR 25 mei 1988, NJ 1988, 928, m.nt. MS.

devergoeding, maar zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis kan de wetgever ook uitgaan van de gebruikswaarde die lager kan liggen dan de marktwaarde, mits hij hierbij wel het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité devant les charges publiques*) in acht neemt.²⁶⁶ Overigens hoeft ingevolge het tweede lid van art. 14 Grondwet de schadeloosstelling niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.

Art. 14 lid 3 Grondwet geeft in bij of krachtens de wet bepaalde gevallen recht op een schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt (dat laatste betreft regulering in de Straatsburgse zin). Hiermee wordt geen sterke garantie in het leven geroepen, nu het recht op compensatie in dit geval afhankelijk is van de vraag of de wetgever in een dergelijk recht voorziet.²⁶⁷ De regeling van planschadevergoeding in art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is hier een voorbeeld van.²⁶⁸

Bij dit alles dient echter wel te worden bedacht dat het grondwettelijke eigendomsrecht zijn uitwerking heeft gevonden in diverse formele wetten ter bescherming van het eigendomsrecht, waarvan de Onteigeningswet het meest in het oog springende voorbeeld is (verwezen zij ook naar de in de voorgaande noot vermelde wetten). Laatstgenoemde wet geeft een gedetailleerde procedurele en materiële regeling terzake van onteigening en biedt zo waarborgen tegen willekeurige onteigening en ontoereikende schadeloosstellingen.²⁶⁹ Over de toepassing van de Onteigeningswet is, anders dan met betrekking tot art. 14 Grondwet, een uitgebreide en verfijnde jurisprudentie tot stand gekomen. Art. 14 Grondwet en art. 1 EP bieden waarborgen tegen aanpassingen van deze wet die de positie van de eigenaar verzwakken, met name waar het betreft het recht op schadeloosstelling.²⁷⁰

266 Zie onder verwijzing naar de parlementaire behandeling van art. 14 Grondwet, D.E. Bunschoten, in: *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer 2004, p. 31-33.

267 Zie bijv. CBB 15 juni 1990, AB 1992, 229, m.nt. RMvM.

268 Andere voorbeelden zijn de artikelen 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer, de Belemmeringenwet Privaatrecht, de Waterstaatswet 1900, de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen, de Rivierenwet, de Wet op de Bodembescherming, de Landinrichtingswet, de Wet op de Stads- en Dorpsvernieuwing en de Grondwaterwet.

269 Zie nader over art. 14 Grondwet en de uitwerking in de Onteigeningswet, Van der Pot-Donner 2001, p. 366-376.

270 Vgl. Th. G. Drupsteen, *Overheidsaansprakelijkheid: een hoogkaraatse diamant*, in: I. bij de Vaate e.a. (red.), *Facetten van overheidsaansprakelijkheid*, Nijmegen 2002, p. 9-62 (op p. 26-28).

Bij vergelijking van het beschermingsniveau van art. 14 Grondwet met dat van art. 1 EP valt op dat art. 1 EP een ruimer eigendomsbegrip hanteert, waar het ook de bescherming biedt aan rechten die niet als een ‘goed’ in de zin van art. 3:1 BW worden aangemerkt. Verder geniet alles dat valt buiten de klassieke onteigening ingevolge de Grondwet minder bescherming in vergelijking met de garanties van art. 1 EP, dat onder meer ook bescherming biedt tegen ‘de facto’-onteygening, vernietiging van eigendom en regulering daarvan. Daarnaast speelt art. 14 Grondwet vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet geen rol indien inmengingen in het eigendomsrecht voorzien zijn in een formele wet. Gelet op het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad,²⁷¹ zou art. 14 Grondwet in een rechterlijke procedure mogelijk wel een rol kunnen spelen bij toetsing van een wet in formele zin, indien de wetgever bij de totstandbrenging van deze wet geheel voorbij heeft gezien aan mogelijke strijdigheid met de Grondwet op dit punt. Anders dan onder art. 1 EP, is in het kader van art. 14 Grondwet ook geen proportionaliteits-toets vereist bij inmengingen in het eigendomsrecht. De conclusie is dat art. 1 EP, afgezien van het vereiste van een formeelwettelijke basis uit art. 14 Grondwet, meer bescherming biedt dan deze grondwettelijke eigendoms Garantie. Dat is waarschijnlijk ook de verklaring voor de geringe populariteit van art. 14 Grondwet in de rechtspraak.

Uit het voorgaande volgt dat art. 1 EP voor de Nederlandse rechtspraak een deel van zijn meerwaarde boven art. 14 Grondwet ook zou behouden wanneer het tot (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zou komen, zodat formele wetten onder meer aan het grondwettelijke eigendomsrecht zouden kunnen worden getoetst.²⁷²

5.4 Publiekrechtelijke rechtsbeginselen

Uit de voorgaande analyse van de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie op grond van art. 1 EP, dringt zich, als het gaat om de waarborgen die gelden in geval van inmenging in het eigendomsrecht – met name als het gaat om regulering van eigendom – ook gelijkenis op met de Nederlandse rechtspraak inzake evenredigheid, égalité, rechtszeker-

271 HR 14 april 1989, AB 1989, 207, m.nt. FHvdB, NJ 1989, 469, m.nt. MS.

272 Zie daarover reeds paragraaf 2.3.5 van dit preadvies.

heid en vertrouwen.²⁷³ Over de (overheids)aansprakelijkheid op grond van deze rechtsbeginselen is in Nederland reeds veel geschreven. Uit preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht – VAR – over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad en de diverse bestuursrechtelijke handboeken, komt het beeld naar voren van een aansprakelijkheidsregime op grond van de genoemde beginselen dat in hoge mate lijkt op de uitgangspunten die in de Straatsburgse jurisprudentie op grond van het eigendomsrecht van art. 1 EP zijn ontwikkeld. Zo concludeert Schueler in zijn preadvies dat de grondslagen voor compensatie op grond van art. 1 EP sterk lijken op die van het Nederlandse nadeelcompensatierecht. Hij verwacht niet dat art. 1 EP de betrokkene ruimere mogelijkheden tot nadeelcompensatie zal geven dan het Nederlandse recht, ondanks het feit dat het toetsingskader van art. 1 EP niet beperkt is tot toetsing aan de *égalité* en ook de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen een rol spelen. De reden daarvoor is volgens Schueler dat het EHRM zo terughoudend blijkt te toetsen aan het proportionaliteitsvereiste dat eigenaren daar niet veel van te verwachten hebben, tenzij sprake is van ontneming van eigendom, nu ze dan in de regel recht hebben op volledige schadevergoeding.²⁷⁴ Ook Hoitink in haar preadvies verwacht niet dat de eisen van art. 1 EP zullen leiden tot een ruimere toekenning van schadevergoeding, omdat de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie op grond van art. 1 EP parallel lopen met de eisen die in Nederland zijn geformuleerd voor het vaststellen van een recht op nadeelcompensatie.²⁷⁵ Uit de bespreking van de genoemde rechtsbeginselen in bestuursrechtelijke handboeken komt een soortgelijk beeld naar voren, waarbij kan worden aangesloten.²⁷⁶

273 Waar het betreft de erkenning van het *égalité*-beginsel als rechtsgrondslag voor compensatie zij bijv. gewezen op ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB (Van Vlodrop); HR 30 maart 2001, AB 2001, 412, m.nt. ThGD (Staat/Lavrijsen). Zie ook HR 18 januari 1991, AB 1991, 241, m.nt. FHvdB, NJ 1992, 638, m.nt. CJHB (Leffers) en HR 3 april 1998, AB 1998, 256, m.nt. ThGD, NJ 1998, 726, m.nt. TK (Meiland); HR 20 juni 2003, JB 2003, 223 (Staat/Harrida).

274 Schueler 2002, p. 148-153.

275 J.E. Hoitink, *Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar 'verklarende principes'*, Preadvies VAR, VAR-reeks 128, Den Haag 2002, p. 253.

276 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 307 e.v.; De Haan, Drupsteen & Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deel 2, Deventer 1998, p. 523 e.v. Zie over het *égalité*-beginsel ook B.P.M. van Ravels, *Het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten*, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel, Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer 2004, p. 67-91.

Een belangrijke meerwaarde van art. 1 EP is echter dat daaraan ook wetgeving in formele zin kan worden getoetst, hetgeen in beginsel niet mogelijk is terzake van de beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. Via art. 1 EP kan een indirecte toetsing plaatsvinden aan laatstgenoemde rechtsbeginselen. Als het gaat om respect voor deze beginselen, is de formele wetgever op deze manier ondanks art. 120 Grondwet, althans waar eigendomsrechten als bedoeld in art. 1 EP in het spel zijn, aan een vergelijkbaar aansprakelijkheidsregime onderworpen als de lagere regelgevers en bestuursorganen in Nederland. Bovendien biedt art. 1 EP, wederom in het geval eigendomsrechten in het spel zijn, in algemene zin waarborgen tegen beperking van de (overheids)aansprakelijkheid op dit punt, zo de wetgever en/of de rechter daartoe zouden willen overgaan. Daarbij is het van belang op te merken dat het thans voorliggende voorstel voor een eventuele afschaffing van het toetsingsverbod, niet voorziet in toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen. Dit zou betekenen dat art. 1 EP ook bij een dergelijke verruiming van de toetsingsmogelijkheden van de rechter, de hiervoor geschetste meerwaarde zou behouden.

Ten slotte roept het hiervoor besprokene ook de vraag op of de betekenis van art. 1 EP niet te veel uit het oog is verloren in de voortgaande discussie over de rechtsbasis voor nadeelcompensatie. Deze discussie betreft – in essentie – de vraag of deze basis alleen kan worden gevonden in een onrechtmatige daad (door het enkel uitblijven van compensatie moet een op zich rechtmatige handeling als onrechtmatig worden beschouwd nu daardoor onevenredige schade ontstaat) of dat moet worden erkend dat het gaat om een rechtmatige daad waarbij onevenredige schade op grond van een zelfstandig, daarvan losstaand algemeen rechtsbeginsel zou moeten worden vergoed.²⁷⁷ Voor dat laatste heeft Van Maanen gepleit, waarbij hij niet kiest voor égalité maar voor het ‘solidariteitsbeginsel’ als rechtsbasis.²⁷⁸ Indien echter het eigendomsrecht van art. 1 EP in het spel is, zou deze laatste constructie minder voor de hand kunnen liggen. Bedacht dient namelijk te worden dat in het kader van de toetsing aan art. 1 EP de handeling integraal wordt beoordeeld. Indien daarbij blijkt dat een inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen belang is en ook aan alle overige procedurele

277 Vgl. Van Maanen & De Lange 2005, p. 158-159 (met nadere verwijzingen).

278 G.E. van Maanen, De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel, Preadvies VAR, VAR-reeks 128, Den Haag 2002, p. 7-89.

waarborgen is voldaan, maar een individu daardoor toch excessief wordt geschaad, wordt aangenomen dat deze handeling in strijd is met art. 1 EP, hetgeen naar Nederlands recht als een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW kan worden aangemerkt.

5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is gebleken dat het eigendomsrecht behalve in art. 1 EP ook direct dan wel indirect bescherming vindt in het EG/EU-recht, de Nederlandse Grondwet en via in de Nederlandse rechtsorde geldende (publiekrechtelijke) rechtsbeginselen. Daarbij valt op dat het beschermingsniveau van het eigendomsrecht in de Nederlandse Grondwet beduidend lager ligt dan dat van art. 1 EP en in deze Grondwet bovendien een beperkter eigendomsbegrip wordt gehanteerd, zij het dat mede daarop gebaseerde nadere regelgeving dat verschil goeddeels lijkt te compenseren. Het EG/EU-recht biedt in ieder geval hetzelfde beschermingsniveau als art. 1 EP en laat de mogelijkheid open om daarbovenuit te stijgen. Frappant is de gelijkenis die het aansprakelijkheidsregime op grond van art. 1 EP – met name als het gaat om regulering van eigendom – vertoont met het regime dat in de nationale rechtspraak is ontwikkeld op basis van de rechtsbeginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. Van belang is dat art. 1 EP vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet, anders dan het grondwettelijke eigendomsrecht en de genoemde beginselen, ook bescherming biedt tegen ingrepen in de eigendom en beperking van aansprakelijkheid daarvoor op basis van formele wetgeving. Dat is temeer belangrijk nu een eigenaar op grond van art. 5:1 lid 2 BW bij het gebruik van zijn eigendom gehouden is onder meer juist ook uit (formeel-)wettelijke voorschriften voortvloeiende beperkingen in acht te nemen.²⁷⁹ Een deel van zijn meerwaarde blijft art. 1 EP, ten slotte, ook behouden bij een eventuele (gedeeltelijke) opheffing van dit toetsingsverbod, enerzijds omdat het een ruimere bescherming biedt dan het grondwettelijke eigendomsrecht en anderzijds omdat met de voorgestelde opheffing niet wordt beoogd om ook toetsing aan rechtsbeginselen mogelijk te maken.

²⁷⁹ Zie over publiekrechtelijke beperkingen van de eigendom nader Asser/Mijnsen/Van Dam/Van Velten 2002, p. 28-34.

6. SLOTBESCHOUWING

Met het voorgaande is vanuit Straatsburgs perspectief een beeld geschetst van de eigendomsbescherming van art. 1 EP en de (door)werking daarvan in de Nederlandse rechtsorde in zowel verticale als horizontale rechtsrelaties. Op basis daarvan kunnen civilisten nader bezien wat de betekenis is van art. 1 EP voor de diverse onderdelen van het burgerlijk recht. In dat kader kan door hen eveneens worden nagegaan of de uit dit verdragsartikel voortvloeiende normen materieel iets toevoegen aan privaatrechtelijke normen van nationale origine. Om snel een indruk te krijgen van het beeld dat uit het onderzoek naar voren komt, zij verwezen naar de deelconclusies aan het eind van elk hoofdstuk. In aansluiting daarop kan bij wijze van slotbeschouwing nog het volgende worden opgemerkt.

Gebleken is dat het voor een goed begrip van de betekenis van art. 1 EP van groot belang is inzicht te hebben in de (door)werking van het EVRM in algemene zin. Voor het burgerlijk recht is in dat opzicht met name van belang dat de EVRM-rechten in het Nederlandse recht een verrassend breed bereik hebben en als hoogste rechtsnorm gelden. De overheid is daaraan ook gebonden wanneer zij privaatrechtelijk optreedt en via het concept van de positieve verplichtingen en/of de betrokkenheid van de (overheids)rechter blijken de EVRM-normen ook een zekere werking te hebben in particuliere – horizontale – rechtsrelaties. Het EVRM kan op deze wijze dus ook invloed hebben op, bijvoorbeeld, de contract- en testeervrijheid van particulieren. Van belang is verder dat het EVRM vereist dat de daarin opgenomen rechten op nationaal niveau op effectieve wijze worden beschermd, onder meer door het voorzien in adequate rechtsbescherming. Wanneer er positieve verplichtingen aan de orde zijn, geldt dit vereiste ook voor horizontale verhoudingen. De Nederlandse rechter is daartoe goed toegerust waar deze ook formele wetgeving mag toetsen aan het EVRM, iets wat hem (nog) niet is toegestaan ten aanzien van grondwettelijke grondrechten. De Nederlandse rechter heeft op basis daarvan een belangrijke positie verworven bij de implementatie van het EVRM, zij het dat het EHRM het laatste woord heeft over de uitleg en toepassing van dit verdrag. Wetgever, bestuur en rechter zijn uiteindelijk gehouden oordelen van het EHRM te volgen.

Meer in het bijzonder voor het eigendomsrecht geldt dat de procedurele vereisten die voortvloeien uit de artikelen 1 EP juncto 6 en 13 EVRM

van groot belang zijn. Deze houden in dat bij geschillen naar aanleiding van beperkingen van het eigendomsrecht op nationaal niveau alle eisen van een eerlijk proces in acht moeten worden genomen, dat in dit proces getoetst moet kunnen worden of de bestreden maatregel al dan niet in overeenstemming is met art. 1 EP en dat er bij een geconstateerde schending effectief rechtsherstel moet worden geboden. Een en ander geldt voor geschillen tussen overheid en burgers en – daar waar positieve verplichtingen in het geding zijn – ook voor geschillen tussen particulieren. Daarbij is leidend de uitleg die het EHRM heeft gegeven aan art. 1 EP, zeker omdat een procedure eventueel een Straatsburgs vervolg kan krijgen. Ten aanzien van de in een particulier geschil in het ongelijk gestelde partij geldt bij dit laatste de bijzonderheid dat deze voor het EHRM verder tegen de staat zal moeten procederen met de stelling dat deze heeft nagelaten het eigendomsrecht van art. 1 EP voldoende te beschermen, bijvoorbeeld, als gevolg van ontoereikende wetgeving of een foute beslissing van de nationale rechter.

Voor de betekenis van art. 1 EP is verder belangrijk dat – zoals uit het onderzoek blijkt – de Straatsburgse rechtspraak uitgaat van een zeer ruim eigendomsbegrip. Dit betekent dat de bescherming van art. 1 EP vaak verder reikt dan wat wordt verstaan onder het eigendomsrecht in het Nederlandse BW. Art. 1 EP biedt, bijvoorbeeld, ook bescherming tegen ontneming van goodwill, het beperken van in rechte vastgestelde vorderingsrechten en de verwatering van het bij aandelen behorend stemrecht. Dit ruime eigendomsbegrip kan, als gezegd, via het concept van de positieve verplichtingen en het vereiste van effectieve nationale rechtsbescherming ook doorwerken in particuliere – horizontale – rechtsrelaties. Naast dit ruime eigendomsbegrip is ook van belang het verfijnde Straatsburgse toetsingsschema dat moet worden toegepast om te bepalen of een inmenging in het eigendomsrecht van art. 1 EP, die door het EHRM relatief snel wordt aangenomen, kan worden gerechtvaardigd. Hierbij is ook relevant de wijze waarop het EHRM onder art. 1 EP bepaalt of schadevergoeding voor een eigendomsbeperking op haar plaats is. Verder biedt art. 1 EP in combinatie met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM op het brede terrein waarover het eigendomsrecht zich uitstrekt, ook bescherming tegen ongerechtvaardigde ongelijke behandeling. Bovendien blijkt art. 1 EP het beschermingsniveau van het eigendomsrecht binnen het EG/EU-recht te bepalen.

Tegenover dit alles staat echter dat het EHRM de verdragsstaten in het algemeen een ruime vrijheid geeft om gerechtvaardigde beperkingen te stellen aan de uit art. 1 EP voortvloeiende eigendomsbescherming.

Dit maakt dat, behalve bij het niet voldoen aan formele eisen als het vereiste van voorzienbaarheid bij wet, pas in – kort gezegd – (evident) schrijnende gevallen een schending wordt aangenomen.

De Nederlandse jurisprudentie laat zien dat art. 1 EP regelmatig wordt ingeroepen en toegepast in geschillen tussen overheid en burger. Uit deze rechtspraak blijkt dat – analoog aan de Straatsburgse rechtspraak – niet snel wordt aangenomen dat dit verdragsartikel is geschonden. Wel kan worden geconstateerd dat art. 1 EP het aansprakelijkheidsregime met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad (art. 6:162 BW) aanvult. Om te beginnen kan de rechter wetgeving in formele zin aan de uit art. 1 EP voortvloeiende normen toetsen, hetgeen vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet mogelijk is met betrekking tot het eigendomsrecht van art. 14 Grondwet en aan art. 1 EP verwante rechtsbeginselen. Ook na een eventuele gedeeltelijke opheffing van dit toetsingsverbod, blijft art. 1 EP ten aanzien van laatstbedoelde normen meerwaarde behouden. Enerzijds bevat art. 14 Grondwet namelijk een in vergelijking met art. 1 EP zwakkere bescherming van het eigendomsrecht en anderzijds maakt de voorgestelde (gedeeltelijke) opheffing van het toetsingsverbod het niet mogelijk om formele wetgeving aan rechtsbeginselen te toetsen. Dit laatste is op grond van art. 1 EP – zij het indirect – wel mogelijk, nu daarin de beginselen van evenredigheid, *égalité*, rechtszekerheid en vertrouwen besloten liggen. Daarnaast kan worden geconstateerd dat art. 1 EP – waar nodig – een Europese bijsturing verzekert door het EHRM van nationale jurisprudentie en normstelling op terreinen die worden bestreken door het daarin opgenomen eigendomsrecht. Art. 1 EP stelt in het bijzonder materiële grenzen bij de vermindering van de beschermende kracht die uitgaat van de normen van eigendomsbescherming van nationale origine, voorzover hierbij onder het door deze verdragsbepaling gegarandeerde minimumniveau wordt gegaan.

De nationale jurisprudentie biedt tot nu toe relatief minder voorbeelden van zaken waarin art. 1 EP een rol speelt in geschillen tussen particulieren. In de zaken die in dit preadvies zijn behandeld, speelt art. 1 EP een rol via de invulling van de eisen van redelijkheid en billijkheid. Opvallend is dat in de beide besproken zaken waarin art. 1 EP aan de orde was, het beroep op de mede door dit verdragsartikel ingekleurde redelijkheid en billijkheid materieel iets opleverde voor degene die daarop een beroep deed. Zoals eerder aangegeven, zal in het onderhavige preadvies niet worden nagegaan of dit resultaat ook zonder art. 1 EP had kunnen worden bereikt. Wel kan op deze plaats worden geconsta-

teerd dat uit art. 1 EP en de Straatsburgse rechtspraak daarover kenmerkend normen voortvloeien die toepasbaar zijn in particuliere rechtsrelaties en voor de nationale rechter bruikbaar zijn bij de invulling van wat redelijk en billijk is.

Verder kan worden vastgesteld dat de normen van art. 1 EP een rol vervullen bij de voorbereiding van overheidshandelingen, in het bijzonder wetgevende maatregelen. Het gaat hierbij zowel om wetgeving die ziet op de verhouding overheid - burger als op de relaties tussen burgers onderling. Ervaringen met rechterlijke correcties, zoals in het geval van de varkensrechten, blijken op dit vlak een stimulerende rol te spelen. De betekenis van art. 1 EP kan derhalve niet alleen worden afgemeten aan het aantal keren dat door de rechter een schending van dit artikel wordt aangenomen.

Op de ruime interpretatie en werkingssfeer van art. 1 EP wordt ook wel kritiek geleverd. In aansluiting op een *dissenting opinion* van EHRM-rechter Fitzmaurice in de *Marckx*-zaak, betoogt Schutte dat het EHRM in het kader van art. 1 EP, anders dan op basis van het mensenrechtelijk karakter daarvan zou mogen worden verwacht, het fundamentele recht van eigendomsgenot verwart met algemeen eigendoms- en contractenrecht. Als gevolg daarvan, zo betoogt Schutte, ontstaat het risico dat het EHRM, net zoals het in het kader van art. 8 EVRM – in de woorden van Fitzmaurice – ‘a whole code of family law’ heeft gecreëerd, op basis van art. 1 EP ‘a whole civil code’ ontwikkelt. Daarbij richt Schutte zich met name op het feit dat het Straatsburgse Hof onder art. 1 EP niet alleen de bescherming van het genot van echte, ‘klassieke’ eigendom begrijpt, maar ook de bescherming van allerlei andere rechten en belangen en deze bescherming via het concept van de positieve verplichtingen ook uitbreidt naar particuliere relaties.²⁸⁰ De kritiek van Schutte op dit punt wordt overigens mede ingegeven door zijn standpunt dat de rechter een terughoudende positie moet innemen in het staatsbestel en binnen zijn rechtsvormende taak moet blijven.²⁸¹

Op deze kritiek kan wel het een en ander worden afgedongen. Om te beginnen is het de vraag of het zo slecht is geweest dat mede via art. 8 EVRM (in verbinding met art. 14 EVRM) een Europese toets en ‘actualisering’ heeft plaatsgevonden van het Nederlandse personen- en familierecht. Wellicht dat art. 1 EP ook een dergelijke rol kan vervullen

280 Schutte 2004, p. 38-39.

281 Schutte 2004, p. 60-64.

ten aanzien van het Nederlandse (privaat)recht. Daarnaast vertoont de door het EHRM op grond van art. 1 EP in de meeste gevallen verrichte proportionaliteitstoets, waarmee wordt bepaald of een inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is, veel gelijkenis met de ook in het Nederlandse recht bekende toets van overheidsmaatregelen die inbreuk maken op het klassieke eigendomsrecht of andere rechten en belangen aan de beginselen van evenredigheid, rechtszekerheid en vertrouwen. Ook in particuliere verhoudingen gelden los van art. 1 EP in het Nederlandse recht vergelijkbare normen.²⁸² In zoverre voegt art. 1 EP niet iets geheel nieuws toe, zij het dat het geheel onder supervisie van het EHRM komt te staan, waarbij het inderdaad zo kan zijn dat het daarbij tot een andere invulling van normen komt dan tot dan toe gebruikelijk is in het nationale recht.

Opmerkelijk is, ten slotte, dat geconstateerd kan worden dat de doorwerking van de eigendomsbescherming van art. 1 EP in de privaatrechtelijke verhouding overheid - burger en – vooral via het concept van de positieve verplichtingen – in particuliere rechtsverhoudingen aan de ene kant een voorbeeld is van de constitutionalisering van het privaatrecht, terwijl ditzelfde verdragsartikel juist ook de contract- en testeervrijheid beschermt en in die zin gezien kan worden als een buffer tegen het doordringen van publiekrechtelijke normen in rechtsrelaties tussen particulieren en aldus als een schild tegen constitutionalisering van (dit deel van) het privaatrecht. Zo is er als gevolg van de werking van art. 1 EP sprake van een, zo te noemen, constitutionaliseringsparadox en blijft ook de werking van dit verdragsartikel een ‘constitutioneel vraagstuk van den eersten rang’...

Le Petit Crécy (Fr.)/Amsterdam, begin 2005

282 Smits 2003, p. 150.

De eigendomsbescherming van artikel 1
van het Eerste Protocol bij het EVRM
en het Nederlandse burgerlijk recht:
het nationale civielrechtelijke perspectief

*Mr. H.D. Ploeger**

* Universitair docent onroerendgoedrecht, TU Delft.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	105
2. Horizontale werking	106
3. Nucleus van het privaatrecht?	106
4. Opbouw van het betoog	109
5. Het toepassingsbereik: 'property'	109
6. Norm voor particuliere verhoudingen?	112
7. Art. 1 EP volgens Straatsburg	112
8. Toepassing op nationaal niveau	113
9. Norm voor de rechter: kwaliteit van rechtspraak en verdragsconforme interpretatie	118
10. Goudmijn of grabbelton?	120

1. Inleiding

Mijn focus in dit tweede preadvies, onder de titel *Het nationale civielrechtelijke perspectief* is, mede gelet op de rolverdeling tussen de preadviseurs, het belang van art. 1 EP in de verhouding tussen particulieren. Waar de overheid gebruikmaakt van privaatrechtelijke instrumenten is het immers geen vraag dat de mensenrechten hun rol spelen. De overheid kan zich niet achter het privaatrecht verschuilen om zich aan de klassieke werking van fundamentele rechten, de bescherming van de burger tegen disproportionele ingrepen van de overheid, te onttrekken.

Dit preadvies bouwt voort op het eerste. Ik zal daarom veelvuldig verwijzen naar het eerste preadvies (het Straatsburgse perspectief, hierna afgekort als SP) om herhaling te voorkomen. Dit ook omdat de mede-preadviseurs ook op het gebied van de nationale toepassing ruim werk hebben verricht. Hier is (vgl. SP § 4.1) niet zozeer sprake van het gras voor de voeten weg maaien, als wel – om in wilertermen te spreken – de sprinter in een zetel naar de eindstreep brengen. Maar om in deze beeldspraak te blijven, kan men zich afvragen of deze eindstreep wel in zicht is.

Het belang van art. 1 EP is langzaam doorgesijpeld. Moest de wetgever zo'n vijf jaar geleden er nog op gewezen worden zich rekenschap te geven van de eigendomsbepaling in het EVRM,¹ inmiddels zien we het artikel in de parlementaire discussies tijdens het wetgevingsproces regelmatig opduiken.² Niet zo verwonderlijk nu ook de Nederlandse burger in zijn rechtsbescherming tegen de overheid de weg naar artikel 1 EP heeft gevonden.³ Maar uitspraken in geschillen tussen private partijen waarin het artikel wordt gebruikt zijn tot nu toe op de vingers van een hand te tellen.

Stilte voor de storm?

- 1 H.D. Ploeger en C.J.J.M. Stolker, In search of the importance of Article 1 Protocol No 1 ECHR to Private law, in: *The Right to Property* (Maastricht 2000), p. 87-88.
- 2 SP § 4.3. Een recent voorbeeld, hoewel dit niet ziet op private partijen onderling, is dat het voorstel tot loskoppeling van eigendom van grond en ontwikkelingsrechten (afschaffing zelfrealisatierecht in het kader van de Onteigeningswet), door het kabinet als strijdig met art. 1 EP werd geacht. Kamerstukken II, 2004/2005, 27.581, nr. 19.
- 3 Zie H.D. Ploeger, *Eigendom in het licht van het EVRM*, WPNR 6419 (2000), p. 687-688.

2. Horizontale werking

Het onderwerp is derhalve wat men gewoonlijk aanduidt als de horizontale werking, doorwerking of ‘drittwirkung’ van fundamentele rechten. Een niet eenvoudige zaak, immers de aard van het privaatrecht, waar het gaat om belangen van burgers onderling, in plaats van het eenrichtingsverkeer overheid - burger, maakt dit een lastige materie.⁴

In het eerste deel (SP § 2.4) zijn de verschillende doorwerkingsmodellen de revue gepasseerd. Ik beperk mij ertoe daar naar te verwijzen, en merk nog op dat het praktisch belang van deze discussie ook weer niet overschat moet worden als het gaat om de mate waarin die invloed plaatsvindt.⁵

Ik wijs nog wel met zoveel woorden op het leerstuk van de positieve verplichtingen als weg waardoor fundamentele rechten kunnen doorwerken in het Nederlandse recht. De bescherming die aan het mensenrecht ontleend kan worden bestaat niet slechts uit onthouding van een inbreuk door de overheid, maar kan ook nopen tot een actief handelen (SP § 2.2.2, zie ook de conclusie in § 3.9). Terecht leggen Barkhuysen en Van Emmerik hier de nadruk op, daar dit een aspect is dat snel onderbelicht kan raken vanuit het privaatrechtelijk perspectief. Ik kom hier nog op terug als ik inga op de betekenis van art. 1 EP voor de nationale rechter.

Mijn invalshoek is de praktische betekenis van art. 1 EP. Die betekenis vertaal ik in een vraag vanuit het perspectief van de rechtsvinder. Geeft de mensenrechtelijke norm middelen voor het bereiken van een (meer) rechtvaardige oplossing in het concrete geval?

3. Nucleus van het privaatrecht?

Het instituut eigendom vormt samen met het contract de grondslag voor het ruilverkeer, waarop de huidige maatschappij is gebouwd, aldus Mijnsen.⁶ Voegen de uit artikel 1 EP voortvloeiende normen iets toe aan de reeds bestaande nationale privaatrechtelijke normen die in de

4 Vgl. E.A. Alkema, *The third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the ECHR*, in: *Protecting Human Rights; The European Dimension* (Köln 1988), p. 255.

5 S.D. Lindenbergh, *Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen*, WPNR 6602 (2004), p. 979, Voorts J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 64 (Deventer 2003), p. 28 e.v.

6 Asser/Mijnsen/Van Dam/Van Velten (Deventer 2002), nr. 14.

loop der eeuwen rond dit leerstuk zijn ontwikkeld en verfijnd?⁷ Moeten we verwachten, hopen, dan wel vrezen dat het artikel ‘a whole code of civil law’ bevat?⁸ Gevreesd door de een wegens de dreigende ‘vervanging van de privaatrechtelijke regels door de nieuwe normen die gebaseerd worden op de vage grondwettelijke bepalingen’.⁹ Verwacht als een bron van nieuwe inspiratie door de ander.

In eerdere publicaties over dit onderwerp¹⁰ heb ik de betekenis van art. 1 EP als het gaat om de verhouding tussen private personen onderling als zeer beperkt beschouwd.

Niet omdat de norm van het artikel zich uitsluitend tot de overheid zou richten, en daarmee uitsluitend toepasselijk zou zijn op ‘verticale’ verhoudingen, niet omdat het privaatrecht in dit opzicht ‘EVRM-proof’ zou zijn, en er dus niets te beschermen zou zijn. Wel omdat de mensenrechtelijke norm in dit artikel, het beginsel van een ongestoord genot van zijn ‘eigendom’, te onbepaald zou zijn om als norm te gelden waarmee men de onderlinge rechtspositie van burgers kan vaststellen.

Smits in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking van 2004 komt tot een vergelijkbare conclusie, en dat niet alleen voor artikel 1 EP. Zijn centrale stelling is dat grondrechten in hun algemeenheid slechts een beperkte werking hebben in private verhoudingen:

‘Enerzijds is dit het geval omdat grondrechten al grotendeels via het privaatrecht zijn verwezenlijkt en het onzinnig zou zijn om een concreet geschil tussen particulieren dan niet via het privaatrecht op te lossen, anderzijds zou een consequente doorwerking van grondrechten in private verhoudingen een te zware wissel trekken op de privaatautonomie: in de private sfeer is de burger in beginsel vrij en behoeft hij zich niet te storen aan overwegingen van publieke aard’.¹¹

7 Zie de conclusie in SP §6.

8 Vgl. C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property*, Studiekring Offerhaus nr. 9 (Deventer 2004), p. 38. Dit betreft een verwijzing naar de dissenting opinion van rechter Fitzmaurice in het Marckx-arrest waarin hij bezwaar maakt tegen het feit dat het EHRM in artikel 8 EVRM ‘a whole code of family law’ las.

9 Olha Cherednychenko, Verslag van de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking op 16 december 2003, opgenomen in het preadvies NVR van 2004, p. 114.

10 H.D. Ploeger en C.J.J.M. Stolker, a.w., Ploeger, WPNR 6419 (2000).

11 Smits, a.w. p. 161.

Slechts in het geval de menselijke waardigheid wordt aangetast kunnen grondrechten in het vermogensrecht een rol vervullen, zo luidt zijn conclusie.¹²

Daartegenover staat de opinie van Nieuwenhuis. Hij spreekt over art. 1 EP als ‘een geheid groeifonds, een goudmijn voor een hernieuwd discours over eigendom, autonomie en solidariteit’.¹³ Weliswaar doet hij dit in het licht van de affaire rond de Wet herstructurering varkenshouderij, en laat hij zich daarbij niet verder uit over de betekenis van deze goudmijn voor de verhouding tussen private partijen,¹⁴ maar zijn bijdrage ‘De Constitutie van het burgerlijk recht’ maakt duidelijk dat in zijn visie grondrechten ook in dat laatste debat thuishoren:

‘Constituties hebben per definitie “horizontale” werking; zij bevatten steeds tevens de normatieve uitgangspunten voor de beoordeling van het maatschappelijk verkeer. De inhoud van “hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt”, als toetssteen voor de horizontale aansprakelijkheid (art. 6:162 BW), wordt voor een belangrijk deel bepaald door de maatschappelijke kernwaarden die – expliciet dan wel impliciet – zijn af te lezen uit de constitutie.’¹⁵

Ook op het niveau van het Europese privaatrecht, wordt het belang van de eigendomsbescherming gezien, als deel van de ‘catalogue of private law fundamental rights’.¹⁶ Dat neemt niet weg dat de vertaling naar de praktijk onduidelijk blijft.¹⁷

12 Smits, a.w., p. 156 in verband met EP 1.

13 J.H. Nieuwenhuis, Een geheid groeifonds, Tijdschrift voor Privaatrecht 2001, p. 1230.

14 Nieuwenhuis, a.w. p. 1225 merkt dan ook op dat de bescherming die art. 1 EP biedt primair die is tegen de overheid, in zijn woorden ‘de grootste belager’ van het vredig genot van de eigendom.

15 J.H. Nieuwenhuis, De Constitutie van het burgerlijk recht, RM Themis 2000, p. 204.

16 Vincenzo Zeno-Zencovich en Noah Vardi, The Constitutional Basis of a European Private law, in: Towards a European Civil Code, Ars Aequi Libri (Nijmegen 2004), p. 208. Voorts J.H.M. van Erp, De osmose van Nederlands en Europees goederenrecht, NTBR 2004, 92 (p. 538).

17 Vgl. met betrekking tot de Human Rights Act waarmee de normen van het EVRM werden geïncorporeerd in het recht van Engeland en Wales, Hugh Beale en Nicola Pittam, The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law, in: Human Rights in Private Law (Oxford 2001), p. 159.

4. Opbouw van het betoog

Is er reden om mijn conclusie van vijf jaar geleden te herzien? In mijn (hernieuwde) blik op deze materie maak ik de volgende stappen.

In § 5 werp ik een nadere blik op de inhoud van het begrip ‘eigendom’ in art. 1 EP.

In § 6 en 7 wordt gezien in hoeverre art. 1 EP, mede in het licht van de uitleg en toepassing door het Straatsburgse Hof, zich leent voor toepassing in het private debat. Omgekeerd gezegd, welke normen richten zich per definitie tot de overheid en zijn daarmee van horizontale werking uitgesloten?

Vervolgens wordt in § 8 hierop voortgebouwd. Als art. 1 EP inderdaad een rol in het privaatrecht kan vervullen, hoe moet dat dan gezien worden in het licht van de uitleg en toepassing door het Straatsburgse Hof, die nu eenmaal gericht is op de verticale werking? In hoeverre kan het toetsingsschema op het niveau van particulieren een rol spelen? Wat zegt dat over de waarde van art. 1 EP in horizontale verhoudingen?

In § 9 wordt de hiervoor genoemde positieve verplichtingen nader uitgewerkt als norm voor de nationale rechter.

Mijn conclusie volgt in § 10.

5. Het toepassingsbereik: ‘property’

In het kader van art. 1 EP wordt in de regel gesproken over eigendom, en de eigendomsbescherming van het EVRM. Maar het is in feite ongelukkig, zelfs misleidend om het woord ‘eigendom’ te gebruiken.

Eigendom is in het huidige BW beperkt tot een zeer selecte groep goederen, namelijk het meest omvattende recht op een zaak. De bescherming van art. 1 EP omvat echter veel meer dan de eigendom in de technische en beperkte betekenis van art. 5:1 BW.

Opvallend is overigens dat in de Nederlandse (niet-authentieke) vertaling van het artikel slechts gesproken wordt over ‘eigendom’, waar de (authentieke) Engelse en Franse verdragsteksten binnen het artikel zelf gebruikmaken van zowel ‘property’ als ‘possessions’ respectievelijk ‘biens’ en ‘propriété’. Men zou er voor kunnen kiezen om een minder beladen term te gebruiken, zoals ‘bezittingen’.¹⁸ Ik zal evenwel om mis-

18 Art. II-77 van de Europese Grondwet hecht in dit opzicht minder aan het woord ‘eigendom’. De eerste zin luidt: ‘Eenieder heeft het recht de goederen die hij rechtmatig heeft verkregen, in eigendom te bezitten, te gebruiken, erover te beschikken en te vermaken’.

verstanden te voorkomen in het vervolg gebruikmaken van de het ingeburgerde begrip ‘eigendom’, dan wel het Engelse ‘property’.

Voor een overzicht van wat allemaal onder het Straatsburgse – autonome – eigendomsbegrip (‘property’ of ‘possessions’) is gerekend, verwijs ik naar het eerste deel van het preadvies (SP § 3.5).¹⁹

Naast deze casuïstiek kan gewezen worden op de min of meer vaste omschrijving van het begrip die in de arresten van het Hof terugvinden. Zoals in het arrest *Kopecký*:

‘(...) according to the established case-law, “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 can be “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of the survival of an old property right which it has long been impossible to exercise effectively cannot be considered as a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (...)’.²⁰

Een soepele interpretatie, die het artikel toepasbaar maakt in zowel common law als civil law rechtstelsels.²¹

De algemene lijn die er uit te distilleren is, is het dat het moet gaan om een recht of claim met een economische waarde.²² Art. 1 EP ziet derhalve op vermogensbestanddelen, uit welke bron dan ook ontstaan. Een vordering uit contract is dus bij de toepassing van art. 1 EP evenzeer ‘eigendom’ als een vordering uit onrechtmatige daad.

Nu het begrip ‘eigendom’ betrekking heeft op vermogensrechten in zijn algemeenheid impliceert dat art. 1 EP ook van invloed kan zijn op het contractenrecht en de contractsvrijheid. Dat laatste dan in de beperkte betekenis als de vrijheid om te contracteren over een bepaald vermogensbestanddeel. Het contract als bron van verbintenissen als zodanig valt evenwel buiten het bestek het artikel, aangezien alleen ver-

19 Zie ook Schutte, a.w., p. 36-37.

20 EHRM 28 september 2004, *Kopecký t. Slowakije* § 35.

21 Zie de analyse bij Theo R.G. Van Banning, *The Human Right to Property* (Antwerpen/Oxford/New York 2002), met name p. 15.

22 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (The Hague/London/Boston 1998), p. 620. Nieuwenhuis, RM Themis, p. 210, spreekt dan ook over ‘de economische zijde van de menselijke persoon’.

worven vermogensbestanddelen (eventueel gerechtvaardigde verwachtingen, ‘legitimate expectations’) als bezittingen aangemerkt worden.

Niet op geld waardeerbare belangen worden niet door art. 1 EP gedekt. Daarom wordt ook een louter immateriële aantasting van eigendom (bijv. geluidshinder) niet door het artikel beschermd. Eventueel kan dit wel een schending van art. 8 EVRM opleveren.²³ Art. 1 EP zou mogelijk wel in zicht komen als door de hinder de waarde van het huis zeer ernstig daalt of zelfs praktisch onverkoopbaar of onverhuurbaar blijkt.²⁴

De conclusie is dat alles wat een goed is in de zin van art. 3:6 BW, ‘eigendom’ is in de zin van art. 1 EP.²⁵

Men kan zich nog de vraag stellen of dit eigendomsbegrip het Nederlandse concept vermogensrecht kan beïnvloeden. Dit lijkt mij echter niet het geval te zijn. Niet alleen gelet op de ruime, en niet limitatieve, definitie van vermogensrecht in art. 3:6 BW. Ik zie ook een andere reden. Hoewel het Hof wel normen heeft ontwikkeld aan de hand waarvan bepaald kan worden of er sprake is van eigendom in de zin van art. 1 EP wordt in beginsel aangesloten bij de bestaande opvattingen in het betreffende nationale recht. Het autonome eigendomsbegrip speelt in feite slechts een rol als het bestaan van ‘eigendom’ wordt betwist door de betreffende staat waartegen de klacht gericht is. In dat geval toetst het Hof of er sprake is van een beschermenswaardig belang, hetgeen praktisch neerkomt op een feitelijke (bezits)verhouding tot een goed.²⁶

Er is dus niet zozeer sprake van het ontwikkelen van een Europees vermogensrechtelijk concept naast (of in plaats) dat van de nationale stelsels. Als het gaat om de concrete inhoud van het vermogensrecht in de nationale rechtsorde (bijvoorbeeld of het een absoluut of relatief recht is) sluit ik zelfs in het geheel uit dat de rechtspraak van het Straatsburgse Hof hierop enige invloed kan uitoefenen. De toets beperkt zich immers tot de vraag of er sprake is van ‘property’ in de zin van art. 1 EP. Het gaat er niet om de juiste (privaatrechtelijke) inhoud

23 EHRM 16 november 2004 Moreno Gómez t. Spanje in het geval van geluidsoverlast van bezoekers van nachtclubs, disco’s en bars. Minder succes hadden de klagers over overlast door vliegtuigen bij Heathrow, EHRM 8 juli 2003, Hatton t. Verenigd Koninkrijk.

24 Naar analogie van EHRM 23 september 1983, Sporrang en Lönnroth t. Zweden waar dit het gevolg was van een voortdurende dreiging van een onteigening.

25 Zie ook SP § 3.5.

26 Schutte, a.w., p. 42-51.

daarvan te bepalen. De invloed van het EU-recht zal in dit opzicht veel groter zijn.²⁷

6. Norm voor particuliere verhoudingen?

Het toepassingsbereik van artikel 1 EP is dus in abstracto heel ruim: het omvat het gehele vermogensrecht. We moeten nu het artikel zelf nader bekijken om te bezien welke daarin vervatte normen in abstracto een rol kunnen spelen tussen private personen.

Ik werp eerst een blik op de tekst van het artikel (en ik citeer de – authentieke – Engelse tekst):

‘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 by 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.’

Als we dat lezen, dan kan alleen de eerste regel van art. 1 EP horizontale werking hebben: ‘Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom’.²⁸ De andere delen van het artikel richten zich immers uitdrukkelijk tot de overheid (voorwaarden voor onteigening, het recht om het gebruik van eigendom te reguleren, en het recht om belastingen te heffen).

7. Art. 1 EP volgens Straatsburg

Om met Nijhoff te spreken: ‘Lees maar, er staat niet wat er staat’. Belangrijker dan de letterlijke verdragstekst is namelijk de interpretatie van het Hof. In art. 1 EP worden drie regels onderscheiden: a) Het beginsel van het ongestoord genot van eigendom, b) de bescherming tegen de ontneming van de eigendom, en c) de mogelijkheid van regulering van eigendom.

²⁷ Van Erp, a.w., p. 538 e.v.

²⁸ In het Frans, de andere authentieke tekst van het EVRM : ‘Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens’.

Ook in dit geval zal slechts de eerste regel, het beginsel van een ongestoord genot van de eigendom van toepassing kunnen zijn binnen private relaties. De andere twee richten zich tot de overheid.

Het begrip genot ‘enjoyment’ is nimmer als zodanig door het Hof gedefinieerd. Uit de rechtspraak blijkt dat het ruim moet worden uitgelegd. De feitelijke exploitatie, het bouwen van constructies, de verhuur, het beheer, de bevoegdheid daarover te beschikken door verkoop, overdracht, bezwaring, vermaken, of – zo mogen we aannemen – de zaak zelfs te vernietigen.

In de Straatsburgse jurisprudentie is een vaste procedure ontwikkeld om te toetsen of er sprake is van een schending van art. 1 EP. Overigens wordt in alle gevallen, welke van de drie genoemde regels ook van toepassing wordt geacht op het concrete geval, gebruikgemaakt van hetzelfde schema (zie SP § 3.6):²⁹

- de legitimiteit (‘lawfulness’): is de inmenging voorzien bij wet?
- het doel (‘general interest’): dient de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang?
- de proportionaliteit (‘fair balance’): bestaat er een rechtvaardig evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang en de rechten van het individu?

In het kader van de toets aan het doel, wordt door het Hof aan de nationale autoriteiten een ‘margin of appreciation’ gelaten (SP § 2.2.6).

De proportionaliteit, de ‘fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights’ is de spil waarom het gehele EVRM draait.³⁰ Compensatie is hierbij vaak een essentieel element in de proportionaliteits toets in het kader van art. 1 EP.³¹

8. Toepassing op nationaal niveau

Een dergelijke toets ‘volgens het boekje’ zal als het goed is ook gedaan worden door de nationale rechter als hij art. 1 EP toepast. Bijvoorbeeld in de uitspraak van het Hof Amsterdam met betrekking tot de limitering van de aansprakelijkheid van de spoorvervoerder in het geval van

29 Schutte, a.w., p. 35. Zie bijv. EHRM 5 januari 2000, *Beyeler t. Italië*, § 107-114 voor het algemene karakter van de toets, ongeacht de ‘aard’ van de inmenging.

30 EHRM 18 december 1989, *Mellacher t. Oostenrijk*, §48. Zie ook Van Dijk en Van Hoof, a.w., p. 80 e.v.

31 Van Banning, a.w., p. 100: ‘Especially in the case of deprivation compensation must be expected to restore the fair balance which in most, if not all, cases would be absent’.

ongeval op station Santpoort Noord waarbij een vrouw beklemd was geraakt tussen de sluitende treindeuren.³² NS Reizigers deed een beroep op de wettelijke limitering van de aansprakelijkheid tot f 300 000 op grond van art. 8:110 BW (de limitering is neergelegd in een KB), terwijl de werkelijke (immateriële en materiële) schade op een veelvoud daarvan werd begroot.

Aangezien het arrest in het eerste deel van het preadvies uitvoerig is besproken (SP § 4.2.2) kan ik volstaan met de constatering dat het gerechtshof het Straatsburgse toetsingsschema heeft gevolgd. Dit kwam neer op een onderzoek naar de ratio van de limitering (legitiem doel), en de toets of er wel sprake is van proportionaliteit tussen dat middel en de beperking van het recht op volledige schadevergoeding van het slachtoffer B.

De conclusie van het Hof Amsterdam is dat ‘het algemeen belang bij handhaving van de limitering in het onderhavige geval niet opweegt tegen de bescherming van de individuele rechten van B.’ en het dan ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat NS jegens B. een beroep doet op de limitering.

Dat het gerechtshof het Straatsburgse toetsingsschema kon toepassen, ook waar het geen geschil betrof tussen overheid en burger mag niet verwonderen aangezien de limitering zelf een overheidsmaatregel was.

Toets in private verhoudingen?

Dat is allemaal niet zo schokkend. Art. 1 EP is hier ingeroepen om een met het verdrag strijdige regel van nationaal recht te elimineren. Wellicht is het ook niet zo interessant om te zien dat, hoewel art. 1 EP rechtstreeks toepasbaar is in een dergelijke situatie, dat dit gespeeld wordt over de band van de redelijkheid en billijkheid.

Maar zou deze weg ook gevolgd kunnen worden als het zou gaan om een privaatrechtelijke handeling van één van de betrokkenen?

Een voorbeeld om de gedachten te bepalen: A geeft een stuk grond in erfpacht uit aan B. In de erfpachtsvoorwaarden is bepaald dat op de grond slechts een bloemenstal mag worden uitgebaat.³³ Nu blijkt dat de

32 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN-nr. AR2333, NJF 2004, 543 (NS reizigers/B).

33 De casus is ontleend aan de affaire rond de bekende drijvende bloemenmarkt in Amsterdam. De grond is uitgegeven in erfpacht onder voorwaarden die moeten waarborgen dat de markt ook bloemenmarkt zal blijven. Dit hield in dat minimaal 85% bloemen en planten moet worden verkocht. Een deel van de erfpachters bleek slechts tussen de 0 en 40% bloemen te verkopen. De gemeente startte in oktober 2004 een handhavingsprocedure. De ondernemers stellen dat verruiming van de assortimentsbepaling noodzakelijk is om het voortbestaan van de markt zeker te stellen.

verkoop van louter bloemen onvoldoende is om de bloemenstal op economisch verantwoorde wijze te exploiteren. A gaat daarom allerlei souvenirs verkopen. Het assortiment bloemen daalt. Kan nu, als de erfverpachter overgaat tot opzegging van het erfpachtsrecht wegens ‘ernstige tekortkoming’ de erfpachter zich met artikel 1 EP verweren met de stelling dat uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid disproportioneel is? Zo ja, is dan deze disproportionaliteit dezelfde die in de toets in artikel 1 EP aan de orde komt als het de overheid zou zijn die van de opzeggingsbevoegdheid gebruikmaakt?

Het lijkt mij dat de oplossing van het geschil in concreto bereikt kan worden via het leerstuk ‘misbruik van bevoegdheid’. Immers van misbruik is sprake in het geval dat de houder van die bevoegdheid ‘in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen’. Het probleem zit hem natuurlijk in de afweging van de belangen. Is er sprake van onevenredigheid? Dit zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Hoe groter en meer legitiem de belangen van de erfverpachter, en hoe kleiner de last van de erfpachter, des te minder zal men komen tot de conclusie dat de erfverpachter misbruik maakt van zijn bevoegdheid. Laten we hier vanuit gaan dat de stal inderdaad niet economisch te exploiteren is zonder de verkoop van souvenirs. Laten we, om de verhoudingen op de spits te drijven aannemen dat het belang van de erfverpachter om op de grond slechts een bloemenstal toe te laten daarentegen beperkt is. Biedt art. 1 EP in zo’n toets nog extra gezichtpunten?

Aard van het civielrechtelijk geschil

Deze casus illustreert twee problemen.

Allereerst is de norm van art. 1 EP uitgewerkt voor verticale verhoudingen. Bij de toepassing tussen overheid en burger zijn er twee vaste rollen: de plicht van de overheid zich te onthouden van inbreuken en de burger die daar een recht aan kan ontlene. Oftewel we hebben hier altijd een ‘dader’ en een ‘slachtoffer’. Ook in het geval de overheid gebruikmaakt van instrumenten van privaatrecht.

Dit is per definitie anders bij verhoudingen tussen zuiver private partijen. De (in het kader van art. 1 EP) ontwikkelde concepten ‘in the general interest’ en ‘fair balance’ hebben geen enkele betekenis meer. De burger is niet de hoeder van het algemeen belang en als er sprake is van een belangenafweging is dat, mede daardoor, een andere dan de proportionaliteitsstoets van het Europese Hof.

Daarmee hangt samen dat zo’n norm geen enkele informatie geeft

om botsende rechten af te wegen.³⁴ Soms hebben we zelfs te maken met twee verschillende mensenrechtelijke normen. Zo moet in het geval de eigenaar van een winkelcentrum mensen verbiedt om handtekeningen te verzamelen binnen de grenzen van het centrum, het fundamenteel recht van vrijheid van meningsuiting worden afgewogen tegenover het fundamenteel recht op eigendom.³⁵

Echt problematisch wordt het als men tot een afweging binnen een en hetzelfde artikel moet komen, zoals in het geschetste geval van de bloemenstal. Art. 1 EP wijst dan in twee richtingen. Er is immers het recht van de erfpachter om beschermd te worden in het genot van het erfpachtsrecht, maar daar tegenover staat dat ook de erfverpachter het recht heeft om beschermd te worden in het genot van zijn eigendomsrecht. Weliswaar is dit nog slechts de blote eigendom, maar het lijkt mij dat ook in geval onder 'ongestoord genot' gerekend moet worden het uitoefenen van de nog resterende bevoegdheden. Of dit nu is tegenover een wildvreemde derde (een occupant), of het optreden tegen schending van de erfpachtsvoorwaarden door zijn erfpachter.

Zeker in zo'n geval is het de vraag wat de mensenrechtelijke norm toevoegt aan de civielrechtelijke normen, en de interpretatie daarvan zoals die in de loop der tijd is ontwikkeld.³⁶

Mijn antwoord blijft dat we mogen verwachten dat de waarde van de norm 'peaceful enjoyment' reeds in het bestaande civiele recht is neergelegd, in het BW, dan wel in rechtspraak.

Artikel 1 EP als baken?

Toch zou men nog kunnen stellen dat art. 1 EP op de achtergrond mee blijft spelen. Doorwerking kan plaatsvinden via de invulling van open normen (zorgvuldigheidnorm in het kader van de onrechtmatige daad, de redelijkheid en billijkheid, verkeersopvatting). Men neemt dan aan dat de invloed van de mensenrechtelijke norm, via die sluis, altijd kan plaatsvinden.³⁷

De mensenrechtelijke norm is dan baken voor het vinden van de privaatrechtelijke norm, dus in het geval als die er nog niet is of onzeker

34 Asser/Hartkamp 4-II, nr. 45b.

35 Zie de zaak voor het US Supreme Court *PruneYard Shopping Center v Robins*, 447 US 74 (1980), waar de eigenaar tevergeefs betoogde dat het moeten verlenen van toegang (op grond van de grondwet van Californië) een taking in de zin van de 14th amendement opleverde. Voor een soortgelijk geval zie EHRM 6 mei 2003 *Appleby t. Verenigd Koninkrijk* (in casu werd geen schending van art. 10 EVRM aangenomen).

36 Smits, a.w., p. 118.

37 Lindenbergh, WPNR 6602 (2004), p. 979.

is.³⁸ Dat lijkt mij echter een subtiële zaak, en mag niet een geval zijn van ‘grote stappen, snel thuis’. Zo’n geval zou ik de door de mede-adviseurs besproken uitspraak van de rechtbank Maastricht willen betitelen (SP § 4.2.2.2).³⁹

Nogmaals in het kort de feiten: partijen waren gehuwd buiten gemeenschap van goederen met dien verstande dat een overschot uit inkomsten, na aftrek van de kosten van de huishouding, wordt verrekend. De vrouw heeft een woning op haar naam staan, de hypotheeklasten van de aflossingsvrije lening worden door hen beide gedragen. Dat zit de man niet lekker en in aanvulling op het echtscheidingsconvenant wordt een aanvullende overeenkomst gesloten. De vrouw verklaart f 35.000 aan de man schuldig te zijn ‘uit hoofde van overbesteding’, kennelijk ter compensatie van het feit dat – zo stelt de man – hij in de twaalf jaar dat zij hebben samengewoond in zeer belangrijke mate de woonlasten heeft gedragen. Dit bedrag zal opeisbaar worden op het moment dat de vrouw de woning verkoopt.

Als de ex-echtgenote het huis heeft verkocht, roept zij de nietigheid van de overeenkomst in, dan wel stelt dat deze in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Afgezien van het feit dat de rechtbank aanneemt dat er geen sprake kan zijn van een vordering op de vrouw aangezien de woonlasten als (gemeenschappelijk gedragen) kosten van de huishouding aangemerkt moeten worden, wordt daarnaast ook de voorwaarde waarbij de opeisbaarheid verbonden is aan de verkoop van het huis, door de rechtbank omschreven als ‘een totaal en in tijd onbegrensd verbod voor de vrouw om de haar in eigendom toebehorende onroerende zaak te vervreemden’, in strijd geacht met artikel 5:1 BW en art. 1 EP. De conclusie is dat deze voorwaarde in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Dit gaat mij te snel, en doet ook geen recht aan art. 1 EP. Als ik B € 200 leen voor de aankoop van een fiets en daarbij beding dat hij die € 200 pas hoeft terug te betalen op het moment dat hij die fiets weer verkoopt, is daarmee een vervreemdingsverbod in het leven geroepen? Bescherm art. 1 EP überhaupt tegen een verbod tot vervreemding? Hoe verhoudt zich dat dan tot de leer dat uit art. 3:83 BW volgt dat een vervreemdingsverbod bestaanbaar wordt geacht, maar dat deze slechts obligatoire werking heeft?

38 Lindenbergh, WPNR 6602 (2004), p. 979.

39 Rechtbank Maastricht 3 maart 2004, LJN-nr. AO8592.

Wat de rechtbank hier doet is een regel lezen in het EVRM die er niet in staat, en deze regel toepassen op dit geschil om vervolgens het gewenste resultaat te bereiken. Een resultaat dat overigens ook op een andere wijze bereikt bleek te kunnen worden. Immers volgens de rechter was er niet alleen geen vordering maar tevens was de overeenkomst vernietigbaar nu er sprake zou zijn van een wilsgebrek bij de vrouw.

Het blijkt dat de norm ‘het recht op ongestoord genot van de eigendom’ in feite te ruw is, te onbeholpen is om direct toegepast te worden. Een hamer wordt gebruikt, waar men het beproefde instrumentarium van de klokkenmaker nodig heeft.

9. Norm voor de rechter: kwaliteit van rechtspraak en verdragsconforme interpretatie

Nog een keer terug naar de verticale werking. De legitimiteitstoets heeft niet alleen betrekking op regelgeving:

‘The Court considers that when speaking of “law”, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as case-law. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (...)’.⁴⁰

Dit impliceert dus een kwaliteitsnorm niet alleen voor wetgeving, maar ook voor de rechtspraak. Inconsistente rechtspraak, rechtspraak die leidt tot onvoorzienbare of willekeurige (‘unforeseeable or arbitrary’) uitkomsten is onaanvaardbaar, en levert een schending van art. 1 EP op.⁴¹

Tueben ziet het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel als grondslagen voor de precedentwerking van uitspraken van Nederlandse rechters. De Hoge Raad acht zich in beginsel gebonden aan zijn eerdere uitspraken, maar wijkt daarvan zo nodig en gemotiveerd af. Lagere rechters achten zich in zekere mate gebonden aan de uitspraken van de Hoge Raad, maar ook wel aan die van de eigen appelrechter.⁴² Zij merkt op dat op gebieden waar de rechtszekerheid in het bijzonder van belang is, de rechter niet spoedig zal afwijken. Soms zal zelfs helemaal niet van een precedent kunnen worden afgeweken. Als voorbeeld

40 EHRM 9 november 1999, Špaček t. Tjechië, § 4.

41 Zie bijv. EHRM 30 mei 2000, Carbonara t. Italië, § 94.

42 K. Tueben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. Leiden 2005, p. 259 e.v.

noemt zij de financieringspraktijk op basis van eigendomsoverdracht tot zekerheid na het Bierbrouwerij-arrest van 1929.⁴³

Zeker kan betoogd worden dat deze precedentwerking ook gegrond kan worden op art. 1 EP. Welke vrijheid de nationale rechter heeft om terug te komen op een eerder uitgezette lijn in de jurisprudentie is op dit moment echter niet te zeggen. Gelet op de ‘margin of appreciation’ die Straatsburg laat, zal echter niet spoedig aangenomen mogen worden dat er strijd is met art. 1 EP. Men moet eerder denken aan uitwassen. Slechts ernstige gevallen leveren een schending op:

‘Accordingly, an issue of interference with private and family life could only arise under the Convention if the national courts’ assessment of the facts or domestic law were manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention’.⁴⁴

Het concept van de positieve verplichtingen verbonden aan art. 1 EP resulteert in een kwaliteitsnorm voor rechtspraak. Hiermee is verbonden dat de nationale rechter niet alleen het nationale recht (het Burgerlijk Wetboek) verdragsconform dient te interpreteren, maar ook de door private personen opgestelde regels. Men zal dan moeten denken aan uitleg van contractsbepalingen, gronduitgifte voorwaarden (erfpachtsvoorwaarden), hypotheekvoorwaarden, testamenten, etc. Barkhuysen en Van Emmerik gaan op deze materie uitvoerig in naar aanleiding van het arrest *Plu & Pucernau tegen Andorra* (SP § 2.4.3.2).

Maar ook hier fungeert Straatsburg expliciet niet als ‘vierde instantie’:

‘The Court reiterates that it has only limited power to review compliance with domestic law (see, for example, *Håkansson and Stureson v. Sweden*, judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A, p. 16, § 47) as it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see *Lukanov v. Bulgaria*, judgment of 20 March 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-II, pp. 543-44, § 41). Only if the interpretation by the domestic courts is arbitrary or manifestly wrong can it be set aside by the Court.’⁴⁵

Een EVRM-conforme uitleg kan dus zijn invloed hebben op de toepassing van onze privaatrechtelijke normen. In het licht van de geciteerde

43 Tueben, a.w., p. 285.

44 EHRM 13 juli 2004, *Pla & Pucernau t. Andorra*.

45 EHRM 16 november 2004, *Bruncrona t. Finland*, § 60.

rechtspraak meen ik echter dat de toetsing door Straatsburg op dit terrein niet anders dan beperkt kan zijn. De waarde moet niet worden overschat. Voorts kan ik mij ook hier lastig voorstellen dat de norm van art. 1 EP een duidelijk richtsnoer geeft voor uitleg van rechtshandelingen. Dit in tegenstelling tot art. 8 en art. 14 EVRM waarvan sprake is in de Andorra-zaak.

10. Goudmijn of grabbelton?

Wat is de betekenis van de norm van art. 1 EP voor het nationale privaatrecht?

Art. 1 EP heeft onmiskenbaar een zekere symboolwaarde. Het recht op 'eigendom', liever gezegd zaken en vermogensrechten, is (zijn) beschermd in het EVRM. Daarmee kan art. 1 EP gezien worden als een erkenning en bescherming van de fundamenteën van het civiel recht. Maar het is een norm die alles zegt, en tegelijkertijd niets. Het is voor de private deelnemer aan het rechtsverkeer geen waarde die richting kan geven. Anders dan bijvoorbeeld artikel 8 EVRM wel aanleiding kon geven tot het herijken van het familierecht lees ik dit niet in de norm van art. 1 EP.

Het recht op 'peaceful enjoyment' (en daarmee de plicht voor de andere burger zich van inbreuken te onthouden) is te onbepaald voor een vruchtbare werking tussen partijen. De invulling van die norm in de Straatsburgse uitspraken geeft geen steun voor nadere ontwikkeling op dit punt, aangezien deze (noodzakelijk) gericht is op de verticale werking. Zij hebben geen betekenis voor het rechtsverkeer tussen burgers onderling.

Ik stelde aan het begin van dit preadvies de vraag of de mensenrechtelijke norm de rechtsvinder middelen aanreikt voor het bereiken van een (meer) rechtvaardige oplossing in het concrete geval, als het gaat om een geschil tussen twee particulieren. Het antwoord luidt negatief.

Dat neemt niet weg dat art. 1 EP binnen het privaatrecht wel degelijk een rol speelt, maar dan in de klassieke verticale werking. De burger weet zich beschermd tegen regelgeving die leidt tot situaties waar een 'fair balance' ontbreekt. Daarnaast richt het artikel zich in de vorm van een kwaliteitsnorm tot de rechter. In die zin kan art. 1 EP toch nog een goudmijn blijken te zijn.