



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol EVRM op het Nederlandse recht

Janssen, J.F.M.

Citation

Janssen, J. F. M. (2005). De invloed van artikel 1 van het eerste aanvullende protocol EVRM op het Nederlandse recht. *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 329-383. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36613>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36613>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

1 INLEIDING

In deze bijdrage staat centraal de vraag welke invloed van het Europees recht uitgaat op ons nationale recht. Dit thema wordt nagenoeg uitsluitend belicht vanuit het perspectief van art. 1 van het Eerste Aanvullende Protocol van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).¹ Oorzaak van deze invloed op ons recht is art. 94 Gw.

Art. 120 Gw. verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. De rechter kan derhalve, voorzover hier van belang, formele wetten nimmer aan de grondwet toetsen, laat staan aan algemene rechtsbeginselen.² Formele wetten zijn echter niet onaantastbaar, omdat ingevolge art. 94 Gw. binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Zo'n een ieder verbindend verdrag is het EVRM.

Art. 94 Gw. is niet aan dovemansoren gezegd. De advocatuur weet steeds vaker de weg naar Straatsburg te vinden, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zetelt, om formele wetten te laten toetsen aan, voorzover hier van belang, art. 1 Protocol. De verklaring hiervoor moet waarschijnlijk mede worden gezocht in de zeer ruime opvatting waarvan het EHRM ten aanzien van dit artikel blijkt geeft waar het betreft het hierin opgenomen begrip eigendom (zie hierna nr. 2.2).

■ J.F.M. Janssen is universitair docent afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Hierna verkort aangeduid met art. 1 Protocol.

2 Zie HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat), rov. 3.4.1, waarin wordt verwezen naar het bekende Harmonisatiearrest (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, m.nt. MS). In zijn uitspraak van 24 januari 2001, *AB* 2001, 81 m.nt. FP overweegt de CRvB met zoveel woorden de Hoge Raad in diens opvatting te volgen formele wetten niet aan algemene rechtsbeginselen te kunnen toetsen. Ook het EHRM kan niet rechtstreeks toetsen aan rechtsbeginselen, omdat het gebonden is aan de verdragsbepalingen als referentienormen, maar integreert deze rechtsbeginselen in art. 1 Protocol. Voorbeelden hiervan zijn de in noot 60 genoemde uitspraken. Zie over deze benadering: P. Popelier, 'De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel', *Rechtskundig Weekblad* 61 (1997-1998), p. 264 e.v.

De Nederlandse tekst van art. 1 Protocol luidt:³

‘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 in 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.’

Vergelijkt men de Nederlandse tekst met de Engelse versie van de verdrags-tekst,⁴ dan valt één markant verschil op: in de Engelse versie wordt in het eerste lid gesproken van ‘possessions’ en in het tweede lid van ‘property’. Nog grilliger is de Franse tekst, waarin in hetzelfde lid – het eerste – twee verschillende begrippen worden gebruikt: ‘biens’ en ‘propriété’.⁵ De Nederlandse tekst doet het weer anders en gebruikt in de beide leden consequent één en hetzelfde begrip, te weten: ‘eigendom’. Het terminologische verschil kan mijns inziens niet worden verklaard doordat ‘use’ logisch slechts ‘property’ zou veronderstellen.⁶ Zoals nog zal blijken valt ook bijvoorbeeld een jachtrecht onder ‘possessions’ en ook dat leent zich heel wel voor ‘use’. De Franse tekst is in *dit* opzicht beter en spreekt dan ook terecht van l’usage des biens en niet van l’usage de propriété.

Hetzelfde verdrag, maar drie verschillende teksten. De achtergrond van deze tekstuele verschillen viel niet te achterhalen en dus ook niet waarom in de Nederlandse tekst niet het equivalent van de tandem possessions/property of biens/propriété, derhalve bezittingen/eigendom is gebruikt. Wat hiervan verder zij, onmiskenbaar is ‘possessions’, om mij te beperken tot de Engelse versie, een ruimer begrip dan ‘property’ en in de uitspraken van het EHRM

3 Eerste Aanvullende Protocol, Parijs, 20 maart 1952, Wet van 13 mei 1955, BS, 19.VIII.1955.

4 De Engelse tekst luidt: ‘1. 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 general principles of international law. 2. 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’.

5 De Franse tekst luidt: ‘1. Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. 2. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires pour réglementer l’usage des biens conformément à l’intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d’autres contributions ou des amendes’.

6 Vergelijk de formulering van ons art. 5:1 lid 2 BW.

valt op dat steeds wel 'possessions', maar nimmer 'property' wordt genoemd voorzover het gaat om het bereik van art. 1 Protocol.⁷

Een tweede, mogelijke verklaring voor het feit dat de weg naar Straatsburg enorm populair is geworden, is het internet.⁸ De vele verwijzingen in deze bijdrage naar websites zijn hiervan een illustratie. Wie met een van de tientallen zoekmachines⁹ internet aftast, wordt onthaald op een ware lawine aan binnen- en buitenlandse (rechts)zaken, die getuigen van een rijke verscheidenheid aan onderwerpen en die talrijke rechtsgebieden bestrijken. Ook lopende zaken worden op het net gezet.¹⁰

Inmiddels dreigt het Hof onder zijn eigen succes te bezwijken en kan in ieder geval in kwantitatief opzicht art. 1 Protocol als groeifonds worden aangemerkt.¹¹ In 2004 zijn ongeveer 45.000 zaken aangebracht, 16 procent meer dan in 2003, reden waarom Hofpresident Luzius Wildhaber een dringend beroep heeft gedaan op de lidstaten om het veertiende protocol, dat voorziet in een reductie van de werklast van het Hof, te ratificeren. In 2004 werden ruim 20.000 klachten niet ontvankelijk verklaard en deed het Hof 718 uitspraken. In 588 daarvan was sprake van meervoudige schending van het Protocol.¹²

Om een indruk te geven van wat zoal in het kader van art. 1 Protocol op de verschillende rechtsgebieden voorbij komt, noem ik zonder de geringste pretentie van volledigheid twee categorieën gevallen, waarin achtereenvolgens door de verschillende hoogste Nederlandse rechtscollèges c.q. het EHRM aan art. 1 Protocol is getoetst respectievelijk waarin de mogelijke onverenigbaarheid

7 Hetzelfde geldt voor de Hoge Raad, die de begrippen possessions/biens als Siamese tweeling hanteert (zie bijvoorbeeld het in nr. 3.2.1 besproken arrest van 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN AD9721*) en voor de CRvB (zie diens uitspraak van 5 december 2003, *RSV 2004*, 219).

8 Naast bekende websites als <www.jwb.nl> en <www.rechtspraak.nl> is een informatieve, voornamelijk door (oud) rechters onderhouden website: <http://home.hetnet.nl/~clemens7/database.htm> (Corpus Doctum). Voor milieuzaken is <<http://www.milieuom.nl/index89.htm>> de aangewezen site, voor uitspraken van het EHRM en voorzien van een krachtige zoekfunctie: <www.echr.coe.int> en voor die van het Hof van Justitie EU: <<http://curia.eu.int/nl/index.htm>>.

9 Om een aantal te noemen: <www.altavista.com>, <www.aol.com>, <www.google.com>, <www.hotbot.com>, <www.ilse.nl>, <www.kolibri.de>, <www.linuxsearch.de>, <www.search.com>, <www.search.findtarget.com>, <www.vinden.nl>, <www.webcrawler.com>, <www.yahoo.com>. De hitverschillen zijn bij gelijke parameters soms enorm.

10 Een markant voorbeeld is de procedure van internetprovider XS4ALL tegen de Staat, te vinden op: <<http://www.xs4all.nl/nieuws/pdf/XS4ALLdagvaarding.pdf>>. Zie voor de inzet van dit geding noot 36. Zie ook de in noot 33 genoemde zaak Chronisch Zieken en Gehandicapten Raad Nederland c.s./Staat c.s. inzake de geldigheid van het kilometervergoedingssysteem Valys.

11 J.H. Nieuwenhuis, 'Een geheid groeifonds', *TPR* 2001, p. 1225-1230.

12 Het statistisch materiaal is ontleend aan <<http://www.njcm.nl/index.php?page=rvenieuws&&id=2>>. Zie voor het niet onaanzienlijke Nederlandse aandeel in de workload van 2004: <<http://www.ggn.nl/upload/ehrm.pdf>>.

met deze bepaling door de wetgever onder ogen is gezien.¹³ Een derde categorie is gereserveerd voor een aantal civielrechtelijke gevallen, waarin toetsing aan deze bepaling nog op geen enkel niveau heeft plaats gehad, maar waarvan de verenigbaarheid met art. 1 Protocol mogelijk dubieus is:

- a) reeds getoetst door de rechter: het verbod recreatiewoningen te gebruiken voor permanente bewoning,¹⁴ het verschil in behandeling onder het oude erfrecht van een wettig respectievelijk een onwettig kind,¹⁵ de verplichting op grond van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding pensioenen te verevenen ondanks koude uitsluiting,¹⁶ het inkomensafhankelijk maken van de ANW-uitkering van weduwen die vóór de invoering van de ANW op grond van de AWW al een inkomensafhankelijke uitkering genoten,¹⁷ het met terugwerkende kracht stellen van een inkomenseis door de Reparatiewet AAW,¹⁸ het verbod als scheepsmakelaar werkzaam te zijn van iemand die voordien jarenlang en bevoegdelyk als zodanig werkzaam is geweest,¹⁹ het ontnemen van varkensrechten²⁰ of van pluimveerechten,²¹ de beperking van de schadevergoeding die de onteigende huurder ex art. 42 Onteigeningswet krijgt,²² de geluidshinder die bewoners rond een

13 Tot deze categorie behoren verschillende gevallen die al door de rechter zijn getoetst en die ik om dubbelloop te vermijden niet heb opgenomen in de categorie: getoetst door wetgever. De groeiende aandacht van de wetgever voor art. 1 Protocol blijkt uit het aanzienlijke aantal hits dat een desbetreffende zoekopdracht op <www.overheid.nl> oplevert.

14 RvSt 28 april 2004, AB 2004, 276 m.nt. RW; zie hierna nr. 3.2.3. Er zijn in deze sfeer meer dan honderdenvijftig uitspraken gedaan.

15 Het vermaarde Marckx-arrest EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 m.nt. EAA.

16 HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 395 m.nt. JdB (Van der Sloot/Don). Zie ook de noot van R.A.C.M. Langemeijer, <www.jur.kun.nl/rit/marnix/wvp/PJ9779.htm>. Zie over de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding: EHRM 9 december 2003, 53002/99 (Meyne-Moskalczuk c.s./Nederland) en noot 131. Bij koude uitsluiting is iedere vorm van huwelijkse gemeenschap bij huwelijkse voorwaarden uitgesloten.

17 CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP.

18 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78, 'bekrachtigd' door EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland); zie voor beide uitspraken hierna nr. 3.2.2.

19 HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat).

20 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK en EAA (Vereniging Nederlandse Varkenshouders c.s./Staat). Zie voor een analyse van deze rechtspraak: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Werkdocumenten W 132, Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen*, Den Haag, maart 2003, p. 18 e.v. Doel van dit rapport is om aan de hand van de bestudering van de belangenafweging in drie concrete gevallen van wetgeving – waaronder de Wet herstructurering varkenshouderij –, op het niveau van de verschillende staatsmachten meer inzicht te verkrijgen in het openbaar bestuur, wetgeving en rechtspraak teneinde te bezien in hoeverre sprake is van problemen, zie het rapport p. 8. Volgens het rapport, p. 24, heeft de NVV beroep ingesteld bij het EHRM om de Wet herstructurering varkenshouderij te laten toetsen.

21 CBB 10 december 2002, LJN AF2170.

22 HR 30 november 1994, NJ 1995, 668 m.nt. MB (Het Witte Paard).

luchthaven ondervinden van het vliegverkeer,²³ de weigering van een caravanstandplaats op eigen terrein aan een zigeunerin,²⁴ de Wet zelfstandigen in ziekenfonds, die de reeds particulier verzekerde kleine zelfstandige verplicht over te stappen naar het ziekenfonds indien zijn inkomen beneden de ziekenfondsgrens komt,²⁵ de bevoegdheid van de faillissementscurator om op te treden tegen derden die de gezamenlijke schuldeisers van de failliet hebben benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden door vóór het faillissement baten aan de boedel te onttrekken, sluit eenzelfde bevoegdheid van individuele schuldeisers niet uit,²⁶ de korting op de AOW-uitkering van de vrouw, omdat de partner gedurende enige tijd geen ingezetene van Nederland is geweest,²⁷ de gedwongen overdracht van aandelen ex art. 2:336 BW door de aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap schaadt,²⁸ de gefixeerde schadevergoeding ex 7A:1623o BW (oud) – zie thans 7:281 BW – voor de huurder kan in strijd komen met recht op volledige schadevergoeding in verband met onderliggend onteigeningskarakter,²⁹ de te krappe overgangstermijn voor toepasselijkheid van de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden op bestaande gevallen voldoet niet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit die gelden bij een inmenging in het eigendomsrecht,³⁰ het bodemrecht van de Nederlandse fiscus,³¹ verlies van WW-uitkering doordat de werkloosheid is ontstaan als gevolg van uit een oogpunt van werkloosheidsverzekering onaanvaardbaar gedrag,³² de limitering van het – voorheen onder het systeem Traxx ongelimiteerd – aantal kilometers dat aan chronisch zieken en gehandicapten wordt vergoed (systeem Valys),³³ de intrekking

23 EHRM 2 oktober 2001, *NJ* 2003, 454 m.nt. EJD (Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1. Geen art. 1 Protocol-zaak, maar hiervoor wel van belang.

24 EHRM 25 september 1996, *NJ* 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1. Geen art. 1 Protocol-zaak, maar hiervoor wel van belang.

25 HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721 en HR 17 september 2004, nr. 38.662, *BNB* 2004, 410; zie hierna nr. 3.2.1.

26 HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder *NJ* 2005, 96 (Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV); zie hierna nr. 2.1.

27 EHRM 4 juni 2002, zaaknr. 34462/97 (Wessels-Bergervoet/Nederland) en in dit verband *Kamerstukken II* 2001/02, 28 430, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Algemene Ouderdomswet inzake het buiten toepassing laten van de korting op het ouderdomspensioen voor vrouwen die in de periode van 1 januari 1957 tot 1 januari 1980 gehuwd waren met personen die niet verzekerd waren voor de Algemene Ouderdomswet).

28 HR 8 december 1993, *NJ* 1994, 273 m.nt. Ma.

29 HR 8 november 1996, *NJ* 1997, 150.

30 CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004, 296 m.nt. FP. Zie in dit verband ook <<http://www.st-ab.nl/wetwsgmvt.htm>>.

31 EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

32 CRvB 16 augustus 2000, *AB* 2001, 103.

33 Hof Den Haag 31 maart 2005, *LJN* AT2882. Zie voor de voorgeschiedenis, de relevante parlementaire stukken en het gehele procesdossier: <<http://www.cg-raad.nl/valys/>>.

van een fiscale vrijstelling,³⁴ de schuldsaneringsregeling van art. 358 lid 1 Fw.³⁵

Onlangs is internetprovider XS4ALL een bodemprocedure gestart tegen de Staat, waarin onder meer wordt betoogd dat artikel 13.6 lid 1 Telecommunicatiewet (Tw.), dat handelt over de verdeling van de kosten van het aftappen en het verstrekken van gerelateerde gegevens, onverenigbaar is met art. 1 Protocol;³⁶

- b) getoetst door de formele wetgever: art. 3 Mijnbouwwet,³⁷ de gemeentelijke sanctie (een korting op de uitkering) op overtreding van de Wet werk en bijstand,³⁸ de Wet beperking export uitkeringen,³⁹ de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen,⁴⁰ de legitieme als

34 HR 1 april 2005, zaaknr. 40.537, L/JN AT3037. Zie nr. 2.2.

35 EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 60 e.v. Het betreft hier de met art. 358 lid 1 Fw vergelijkbare Finse schuldsaneringsregeling. Sociale overwegingen (economische recessie) en het feit dat in situaties van schuldsanering de marktwaarde van vorderingen een fractie is van de nominale waarde, waren voor het Hof redengevend voor het oordeel dat de saneringsregeling geen schending van art. 1 Protocol vormde. Nederland intervenieerde in deze procedure op de voet van art. 36 EVRM vanwege zijn met art. 358 lid 1 Fw verband houdend belang bij de uitkomst van dit geding.

36 Zie voor de (zeer uitvoerige) dagvaarding: http://www.xs4all.nl/nieuws/pdf/XS4ALL_dagvaarding.pdf. In de kern is, voor zover hier van belang, het betoog dat aan XS4ALL eigendom in de vorm van kapitaal wordt ontnomen doordat zij gedwongen is te investeren in een aftapvoorziening voor strafvorderlijke doeleinden. Voorts wordt betoogd dat art. 13.6 lid 1 Tw. in samenhang met de aftapverplichting van art. 13.1 Tw. voor de internetprovider een individuele en buitengewone last is, omdat zij op eigen kosten voorzieningen moet treffen ten behoeve van het algemeen belang zonder hier zelf van te profiteren, t.a.p. p. 37 e.v. Het eerste verweer is gebaseerd op de ontneming van eigendom, het tweede op de regulering van het gebruik van eigendom. Zie voor (het belang van) dit onderscheid hierna nr. 2.1.

37 *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nr. 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten).

38 Wetsvoorstel Vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (Wet werk en bijstand), *Kamerstukken II* 2002/03-2004/05, 28 870, nr. 1-142 en wetsvoorstel Invoering van de Wet werk en bijstand (Invoeringswet Wet werk en bijstand), *Kamerstukken II* 2002/03, 28960, nr. 1-13 en *Kamerstukken I* 2002/03-2003/04, 28 870, nr. 293-D, i.h.b. nr. E (Nota n.a.v. het verslag), p. 1.

39 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 757, nr. 3, p. 6-8 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

40 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 951, nr. 1-8 en *Kamerstukken I* 2004/05, 29 951, nr. A-B. In de MvT op de art. 9 t/m 14 wordt opgemerkt: 'Hoewel het niet waarschijnlijk is, kan het niet worden uitgesloten, dat dit wetsvoorstel een voortijdig einde maakt aan rechten die partijen op grond van een exploitatieovereenkomst in zekere zin 'onvoorwaardelijk' hebben. Het is mogelijk, dat deze rechten moeten worden beschouwd als 'eigendom' in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het Protocol). Wanneer het dan een voortijdig einde van de eigendom betreft van een bestaande exploitant, die niet direct of indirect heeft ingestemd met het Convenant onderliggende rechtsrelaties, rijst de vraag, of die voortijdige beëindiging door het Protocol wordt toegestaan'. Op <<http://www.minfin.nl/>

bepanking van de testeervrijheid,⁴¹ de verruiming van de bevoegdheid om mensen te onteigenen, die onbehoorlijk met hun eigendom omgaan en de samenleving voortdurend en hardnekkig opzadelen met overlast en criminaliteit,⁴² de intrekking van broeikasgasemissierechten,⁴³ art. 907 Rv inzake de verbindendverklaring van de overeenkomst tot collectieve schadeafwikkeling,⁴⁴ de invoering van een fiscaal aftrekverbod van aankoopkosten van een deelneming,⁴⁵ Wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en administratief beroep (kosten bestuurlijke voorprocedures),⁴⁶ de dekkinggraad van

default.asp?CMS_ITEM=MFCWD82A0C9ECB455455898D60DFE29F666A8X2X60036X09&CMS_NOCOOKIE=YES&CMS_TCP=tcpPrint_Minfin>, gaat de Minister in op de aan art. 1 Protocol ontleende bezwaren van de Raad van State; zie: sub 4. Overgangsregelingen en EVRM.

- 41 *Kamerstukken I* 1998/99, 17 141, nr. 120a, p. 57, geen strijdigheid met art. 1 Protocol gelet op het doel van de regeling, namelijk het veiligstellen van de verzorgingsaanspraken van de langstlevende. De legitieme portie is het gedeelte van de waarde van het vermogen van de erflater, waarop de legitimaris *in weerwil van* giften en uiterste wilsbeschikkingen van de erflater aanspraak kan maken, art. 4:63 lid 1 BW. Vanuit het perspectief van art. 1 Protocol spelen hier twee problemen: de vrijheid van de testator, maar ook het eigendomsrecht van degene aan wie vermaakt of geschonken is.
- 42 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 200 XI, nr. 10, p. 44-45 (Vaststelling van de begrotingsstaat van het Ministerie van VROM (XI) voor het jaar 2004). Op een desbetreffende vraag van de Kamer antwoordt de minister dat het gezien art. 1 Protocol – waarbij wordt gerefereerd aan de fair balance tussen de eisen van het algemeen belang en de bescherming van de rechten van het individu – niet in de bedoeling ligt de onteigeningsmogelijkheden op dit punt te verruimen.
- 43 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 766, nr. 3, p. 50 e.v. In de MvT op *Kamerstukken II* 2003/04, 29 565, nr. 3, p. 82-83 (Wijziging van de Wet milieubeheer en enige andere wetten ten behoeve van de implementatie van richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*PbEU* L 275) en de instelling van een emissieautoriteit (Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten)), oordeelt de regering dat toekomstig ingrijpen door de Staat in het stelsel van verhandelbare emissierechten niet spoedig een ongerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht in de zin van art. 1 Protocol zal opleveren.
- 44 *Kamerstukken I* 2004/05, 29 414, nr. E, p. 5 (Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de collectieve afwikkeling van massaschades te vergemakkelijken (Wet collectieve afwikkeling massaschade).
- 45 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 381, nr. 9, onder het kopje: 'Terugwerkende kracht en rechtszekerheid' (Wijziging van enkele belastingwetten in verband met een herziening van de behandeling van de omzetting en kwijtschelding van afgewaardeerde vorderingen en de invoering van een aftrekverbod voor de aankoopkosten van een deelneming).
- 46 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 024, nr. 5, sub 5 (Nota n.a.v. het verslag). De regering koos eieren voor haar geld en verruimde het overgangsrecht: 'De conclusie die wij hieruit (sc. de Pressos-zaak; zie hiervoor noot 165, J) trekken is dat niet uitgesloten kan worden dat het voorgestelde overgangsrecht, nu dat de oude regeling slechts gedeeltelijk eerbiedigt, in strijd is met artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol. Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan civiele vorderingen die gelijktijdig met de bestuurlijke voorprocedure zijn ingesteld en die zijn aangehouden in afwachting van de beslissing op het bezwaar- of

bankfilialen,⁴⁷ de afschaffing van het zelfrealisatierecht,⁴⁸ de Wet op het financieel toezicht,⁴⁹ de Wet gedwongen schuldsanering,⁵⁰ de overeenkomst van schenking;⁵¹

- c) civielrechtelijke kandidaten voor toetsing: het uitroken van de kleine aandeelhouder,⁵² de reductie in het kader van de Overgangswet Nieuw BW van de termijn van extinctieve verjaring van dertig naar in beginsel vijf jaren,⁵³ verlies van eigendom bij natrekking, vermenging en zaaksvorming voorzover hierbij geen gemeenschap ontstaat of geen compensatie wordt geboden in de vorm van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking,⁵⁴ art. 3:86 lid 3 BW dat, anders dan in een eerdere versie in

administratief beroepschrift, maar ook aan (nog in te stellen) vorderingen terzake van onrechtmatige besluiten die zijn genomen vóórdat deze wet in werking treedt en waartegen op het moment van inwerkingtreding van de wet nog geen bezwaar of beroep aanhangig is gemaakt. Wij zien hierin aanleiding om de in de artikelen III en IV van het wetsvoorstel voorgestelde eerbiedigende werking te verruimen, in die zin dat het oude recht van toepassing blijft indien het besluit waartegen bezwaar kan worden gemaakt of administratief beroep kan worden ingesteld vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen'. Voor de overgangsrechtelijke onverenigbaarheid met art. 1 Protocol was al gewaarschuwd door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs; zie: <http://www.nob.net/html/wet/2000/apr_wv27024.htm>, sub 7.

- 47 In zijn Voortgangsrapportage betalingsverkeer, kenmerk FM 2002-1530, te vinden op: <http://www.minfin.nl/default.asp?CMS_ITEM=MFCWDD41F601792D14BB888A6FD054825ADBCX2X39450X2>, merkt de Minister van Financiën op: 'Ik sta dan ook terughoudend tegenover een wettelijke regeling waarin wordt voorgeschreven dat banken moeten zorgen voor een goede bereikbaarheid van hun diensten ofwel een bepaalde dekkingsgraad van bankfilialen. Temeer omdat een wettelijke zorgplicht van die strekking en een daarop volgende operationalisering zeer waarschijnlijk op gespannen voet komen te staan met het Europese Recht. Regelgeving die banken verplicht tot het doen van (niet rendabele) investeringen kan een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van banken betekenen die schadeplichtigheid van de overheid tot gevolg zou hebben'. Een uitgesproken interessante uitspraak voor de in noot 36 genoemde zaak XS4ALL/Staat.
- 48 Brief van 25 oktober 2004 van het Ministerie van VROM aan de Tweede Kamer, Uitwerking Nota Grondbeleid, Kabinetsstandpunt Concurrentiebevordering op Ontwikkelingslocaties, Ministerie van VromM 324, p. 4 en p. 11-12, te vinden op: <<http://www.stedelijkewer nieuwing.nl/pagina.html?id=16627>>. Het kabinet acht afschaffing van het zelfrealisatierecht strijdig met art. 1 Protocol. Op basis van het zelfrealisatierecht heeft een eigenaar die bereid en in staat is een plan te realiseren binnen het gestelde publiekrechtelijke kader (zoals het bestemmingsplan) het recht de bouwopgave te realiseren. Zie hierover in kritische zin: Vereniging Eigen Huis: <<http://www.eigenhuis.nl/VerenigingEigenHuis/OverVEH/Standpunten/Brieven+van+de+vereniging/BriefConcurrentiebevorderingBouwplaats.htm>>.
- 49 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 7, artikel 1:61 tot en met 1:70 (Regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht)): betaling boete binnen zes weken niet strijdig met art. 1 protocol.
- 50 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 942, nrs. 1-3.
- 51 *Kamerstukken II* 2000/01, 17 213, nr. 6, p. 14.
- 52 Zie art. 2:92a en 2:201a BW.
- 53 Vergelijk H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', *WPNR* 6419 (2000), nr. 5.3.
- 54 Zie de art. 5:14-16 BW. Zie in dit verband A. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* (diss. Leiden), 1971, p. 68 e.v.

het ontwerpstadium,⁵⁵ de gedeposeerde niet verplicht een vergoeding te geven aan degene die wordt getroffen door zijn revindicatie,⁵⁶ wettelijke bepalingen die de aansprakelijkheid limiteren c.q. de omvang van de schadevergoeding matigen, zoals art. 6:109 BW. Ook bepalingen die beperkingen in de bewijsrechtelijke sfeer opleveren zijn suspect, omdat ze materieel een aantasting van de eigendom kunnen vormen.⁵⁷

Uit de inventarisatie sub (a) blijkt dat art. 1 Protocol niet alleen, zoals traditioneel, speelt in de verhouding Staat/burger (verticale werking), maar ook in de relatie burger/burger (horizontale werking).⁵⁸ Tot de laatste categorie behoren uitspraken als Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV (bevoegdheden van schuldeisers tijdens het faillissement van hun schuldenaar), Sloot/Dop (pensioenverevening bij echtscheiding) en de schuldsaneringsregeling. In deze sfeer kan ook nog worden genoemd Hof Amsterdam 12 augustus 2004, LJN AR2333, (NS Reizigers BV/B), waarin met een beroep op art. 1 Protocol zonder succes de limitering van de aansprakelijkheid van de vervoerder ex art. 8:110 BW werd aangevochten. Weliswaar speelt hier het conflict zich af tussen twee burgers, maar de achterliggende kwestie is uiteraard of de Staat met het opnemen van art. 8:110 BW niet te ver is gegaan. In de andere hier genoemde gevallen geldt m.m. hetzelfde. Zelfs in een zuiver privaatrechtelijk geschil tussen twee burgers is de werking niet horizontaal, maar verticaal, omdat bij een onjuiste beslissing de schending van het EVRM door de rechter plaatsvindt

55 Zie *Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW (Vaststellingswet)*, p. 337, overlopend naar p. 338.

56 De redenering dat van een ontneming in de zin van art. 1 Protocol geen sprake kan zijn, omdat blijkens art. 3:86 lid 3 de verkrijger te goeder trouw gedurende het tijdvak van drie jaren, waarin de revindicatie tegen hem kan worden ingesteld, geen eigenaar van de zaak is (geweest), is technisch gezien volkomen juist, maar miskent ten eerste dat de verkrijger voldoet aan lid 1 van art. 3:86, hetwelk uitgaat van een *geldige* overdracht, ten tweede dat de wetgever zelf in de ontwerpfase van oordeel was dat de verkrijger te goeder trouw gecompenseerd moest worden door de gedeposeerde, en, veel belangrijker, dat tot eigendom in de zin van art. 1 Protocol blijkens EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland) ook een verwachting kan behoren – zie noot 127 –, in dit geval de verwachting na drie jaren – met terugwerkende kracht! – eigenaar te ‘worden’ (door de terugwerkende kracht moet eigenlijk gezegd worden: eigenaar te *blijven* hetgeen eens te meer duidelijk maakt dat sprake is van een ontneming). Voor art. 3:88 BW geldt niet hetzelfde als voor art. 3:86 BW, omdat het – uiteraard – geen diefstalvoorziening heeft en omdat het verlies van het goed altijd aan de gedeposeerde zelf valt toe te rekenen gezien de eisen die aan de oorzaak van de onbevoegdheid van de vervreemder worden gesteld.

57 Te denken valt aan art. 1:130 BW en HR 17 november 2000, NJ 2000, 349 m.nt WMK (inzake beperkingen ten aanzien van bewijs van de wil van de erflater).

58 Zie hierover T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 43 e.v. en p. 105 e.v.

en tot aansprakelijkheid van de Staat leidt.⁵⁹ Om deze reden lijkt de aanduiding horizontale werking mij niet correct, omdat hiermee slechts het niveau wordt aangegeven waarop het probleem zich voor het eerst heeft gemanifesteerd. Uiteindelijk komt hoe dan ook de Staat in beeld.

Bij het voorgaande past de waarschuwing dat Straatsburg interessant voer voor juristen is, maar in de praktijk zelden het beoogde resultaat oplevert, te weten de vaststelling dat sprake is van een ontoelaatbare stoornis in het genot van de eigendom resp. een ontoelaatbare regulering van het gebruik van de eigendom. Dit komt doordat het in de eerste zin van art. 1 Protocol genoemde recht op ongestoord genot van de eigendom een aantal uitzonderingen kent, die in de praktijk een dikwijls onneembare horde blijken te zijn. Wellicht hierom dat men soms zijn toevlucht neemt tot andere in het Protocol genoemde grondrechten, waarbij dan met name moet worden gedacht aan die van art. 6 (recht op fair trial), art. 8 (recht op family life and home) en het qua schending hoog scorende art. 14 (verbod van discriminatie).⁶⁰ De zojuist

59 Als voorbeelden kunnen worden genoemd EHRM 13 juli 2004, zaaknr. 69498/01, (Pla en Puncernau/Andorra), §§ 57 e.v., waarover noot 64, en EHRM 24 februari 2005, zaaknr. 46447/99, (Djidrovski/voormalige Yoegoslavische Republiek Macedonië), § 86 (inzake schending door het Macedonisch Hooggerechtshof van de aanspraak van een ex-militair op reductie van de koopprijs van een (leger)woning).

60 Zo betreft het verbod van discriminatie niet zelden een ontneming van de eigendom in de zin van art. 1 Protocol. Ik noem als voorbeelden het in noot 15 genoemde Marckx-arrest (achterstelling buitenechtelijk kind) en het in noot 27 genoemde arrest Wessels-Bergervoet/Nederland (korting AOW-uitkering vrouw). Een ander voorbeeld is EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11581/85 (Darby/Zweden), § 30, waarin het Hof oordeelde dat sprake was van schending van het eigendomsrecht van Darby, omdat terzake van verschuldigde kerkbelasting sprake was van een ontoelaatbare discriminatie van niet-ingezetenen ten opzichte van ingezetenen. Schending van art. 6 (fair trial) kan tevens schending inhouden van art. 1; zie de uitspraken genoemd in noot 165: Pressos Compania Naviera c.s/België en Stran Greek Refineries c.s./Griekenland. In beide gevallen is sprake van gelegenheidswetgeving om een reeds vastgestelde aansprakelijkheid van de Staat te neutraliseren. Een ander spraakmakend voorbeeld is HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Erven Van Hese/Koninklijke Schelde Groep) m.nt. ARB onder NJ 2000, 431, rov. 3.3.2, inzake de extinctieve verjaring van een vordering en waarin de HR verwijst naar EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 (Stubbings/Verenigd Koninkrijk). Wat in feite een stoornis van de eigendom is, wordt gepresenteerd als een geval van een beperking van de toegang tot de rechter (fair trial). Schending van het gelijkheidsbeginsel van art. 14 kan eveneens leiden tot schending van art. 1 Protocol; zie HR 28 februari 2003, L/JN AE0477 inzake een verschil in tarief dat werd gehanteerd voor onttrekking van grondwater, en waarin de tijdelijkheid van de maatregel voor de Hoge Raad redengevend was om geen schending van art. 1 Protocol aan te nemen. Het rechtszekerheidsbeginsel is prominent aan de orde in HR 8 februari 2002, L/JN ZC8109, waarin wordt geoordeeld dat het verlenen van terugwerkende kracht aan een wijziging van art. 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer niet strijdig is met art. 1 Protocol, omdat de terugwerkende kracht beperkt is tot de datum waarop door een perspublicatie het voornemen tot wetwijziging is bekend gemaakt. De Hoge Raad beroept zich hierbij op EHRM 28 oktober 1999, NJ 2000, 524 (Zielinski c.s./Frankrijk). Een opvallend verschil met het arrest a quo is dat het Gerechtshof zonder enige beperking in fiscalibus terugwerkende kracht accepteerde. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998, p. 620 veronderstel-

genoemde bepalingen hebben geen zelfstandig bestaansrecht, maar hebben alleen effect met betrekking tot het genot van de rechten en vrijheden zoals voorzien in de materiële verdragsbepalingen.⁶¹ Een tweede alternatief voor een klacht over schending van art. 1 Protocol is de klacht dat de Staat niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht jegens klager.⁶²

Een nadeel van het EVRM is dat het niet de effectieve voorziening kent van de prejudiciële beslissing, waardoor procedures jarenlang kunnen slepen doordat eerst alle nationale voorzieningen moeten zijn uitgeput. Het EHRM stelt zich hierbij in verband met de artikelen 13 en 35 EVRM op het standpunt dat verzuim van een beroep op het verdrag in de procedure op nationaal niveau leidt tot niet ontvankelijkheid, omdat dan niet alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput.⁶³

De opzet van deze beschouwing is de volgende: eerst worden de contouren van art. 1 Protocol geschetst (nrs. 2-2.2) en vervolgens wordt een analyse gemaakt van de ruimte die dit artikel aan de Staat⁶⁴ biedt om het recht op het ongestoord genot van de eigendom of het gebruik hiervan te beperken en met name op welke wijze de verschillende hoogste rechters toetsen of de

len ook een verband tussen 'civil rights and obligations' in art. 6 EVRM (fair trial) en art. 1 (stoornis eigendom) en zij betogen dat het EHRM minder geporteerd is om een 'possession/bien' (art. 1) aan te nemen, indien geen sprake is van 'civil rights and obligations' (art. 6).

61 EHRM 30 september 2003, zaaknr. 40892/98, (Koua Poirrez/Frankrijk), § 36. Zie in dezelfde zin: CRvB 18 juni 2004, L/JN AP4680 en CRvB 15 april 2005, L/JN AT4754. De Raad eist een toereikend verband tussen in casu het gelijkheidsbeginsel en het ongestoord genot van eigendom, welk verband naar zijn oordeel bestaat, indien de belanghebbende voldoet aan alle wettelijke voorwaarden voor het (voort)bestaan van een recht op uitkering, met uitzondering van de voorwaarde waarvan de rechtsgeldigheid wordt betwist vanwege een vermeend discriminatoir karakter.

62 Een helder voorbeeld hiervan vormt EHRM 2 oktober 2001, NJ 2003, 454 m.nt. EJD (Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk); zie hierna nr. 3.1.

63 EHRM 15 november 1996, zaaknr. 18877/91, (Sadik/Griekenland) §§ 30 e.v.

64 Evenmin als in de Engelse en Franse tekst staat er: 'overheid'. Niettemin worden onder 'Staat' begrepen alle autoriteiten van de drie staatsmachten zowel op centraal als op decentraal niveau. Terecht dan ook betoogt de VNG, <<http://www.vng.nl/smartsite.dws?ID=8987>>, in haar commentaar op de Wet bestuurlijke ophouding (WBO), sub 3: Overige uitvoeringsaspecten, onder het kopje: 'Vordering van accommodatie', dat gemeenten zonder in strijd te komen met art. 1 Protocol de bevoegdheid hebben op basis van een (nood)verordening accommodatie te vorderen om daarin hen die zijn aangehouden op basis van de WBO onder te brengen, ook al biedt, zoals expliciet wordt geconstateerd, de WBO noch enige andere wet daartoe een grondslag. Niettemin kan uitsluitend de Staat aansprakelijk worden gesteld. Zie voor een – overigens discutabele – aansprakelijkheid van de Staat voor schending van art. 14 Protocol door de rechter: EHRM 13 juli 2004, zaaknr. 69498/01, (Pla en Puncernaú/Andorra), §§ 57 e.v., inzake een volgens het EHRM discriminatoire uitleg van een testamentaire bepaling, waarbij in geschil was of de testatrix met kleinzoon uitsluitend bedoelde een biologische kleinzoon of ook een geadopteerde kleinzoon en het EHRM zijn uitleg in de plaats stelde van die van de hoogste rechter van Andorra op grond van zijn oordeel dat het testament geen enkel aanknopingspunt bevatte voor het oordeel dat uitsluitend zou zijn bedoeld een biologische kleinzoon.

Staat op een juiste wijze van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt (nrs. 3-3.2.3). Het EHRM durft in dit opzicht veel verder te gaan dan de hoogste Nederlandse rechters, die uiterst terughoudend zijn. De beschouwingen worden afgerond met een aantal conclusies (nr. 4).

2 ART. 1 PROTOCOL

Art. 1 Protocol bevat volgens vaste rechtspraak van het EHRM⁶⁵ drie met elkaar samenhangende regels:

‘Article 1 of Protocol Nr. 1 comprises three distinct rules: the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, *inter alia*, to control the use of property in accordance with the general interest. The three rules are not, however, distinct in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule.’⁶⁶

Een handzame samenvatting van zijn jurisprudentie inzake het bereik van art. 1 Protocol geeft het Hof in de zaak Kopecký/Slowakije,⁶⁷ § 35:

‘The following relevant principles have been established by the practice of the Convention institutions under Article 1 of Protocol Nr. 1:

65 Zie bijvoorbeeld EHRM 5 januari 2000, *AB* 2000, 235 m.nt. L. Verhey en *NJ* 2000, 571 (Beyeler/Italië), § 98. Het hof verwijst in deze uitspraak naar: EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98, § 37 (James c.s./Verenigd Koninkrijk), EHRM 23 september 1982, *Serie A*, nr. 52, § 61 (Sporrong en Lönnroth/Zweden), EHRM 9 december 1994, *Serie A*, nr. 301-A, § 56 (Holy Monasteries/Griekenland), EHRM 25 maart 1999, *NJ* 1999, 649 (Iatridis/Griekenland). Hieraan is als meest recente toe te voegen: EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97, (Hutten-Czapska/Polen), § 142. Zie ook EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

66 EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen), § 142; zie ook EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 52.

67 EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98. De vader van klager was in 1959 door het oude regime veroordeeld wegens illegaal bezit van gouden en zilveren munten. Deze werden destijds in beslag genomen door de Staat. In 1991 werd de vader gerehabiliteerd. Vervolgens vordert klager de munten die toebehoorden aan zijn, inmiddels overleden, vader terug. De vordering wordt afgewezen, omdat hij niet, zoals de Rehabilitatiewet van 1991 verlangt, kan bewijzen dat het aangeklaagde ministerie in het bezit was van de munten. Alle relevante documenten van het ministerie waren inmiddels vernietigd. Klager stelt dat zijn recht van eigendom is geschonden. Het Hof verwerpt het beroep.

(a) Deprivation of ownership or of another right *in rem* is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of 'deprivation of a right' (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], nr. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references).

(b) Article 1 of Protocol Nr. 1 does not guarantee the right to acquire property (see *Van der Musselle v. Belgium*, judgment of 23 November 1983, Series A nr. 70, p. 23, § 48, and *Slivenko and Others v. Latvia* (dec.) [GC], nr. 48321/99, § 121, ECHR 2002-II).

(c) An applicant can allege a violation of Article 1 of Protocol Nr. 1 only in so far as the impugned decisions related to his 'possessions' within the meaning of this provision. 'Possessions' can be either '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 a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a 'possession' within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (see *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], nr. 42527/98, §§ 82 and 83, ECHR 2001-VIII and *Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic* (dec.) [GC], nr. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII).

(d) Article 1 of Protocol Nr. 1 cannot be interpreted as imposing any general obligation on the Contracting States to restore property which was transferred to them before they ratified the Convention. Nor does Article 1 of Protocol Nr. 1 impose any restrictions on the Contracting States' freedom to determine the scope of property restitution and to choose the conditions under which they agree to restore property rights of former owners (see *Jantner v. Slovakia*, nr. 39050/97, § 34, 4 March 2003).'

Anders dan de laatste zinsnede van lid 2 van art. 1 Protocol wellicht doet vermoeden, kan ook bij heffing van belastingen sprake zijn van stoornis van de eigendom.⁶⁸

Of een inbreuk op de eigendom gerechtvaardigd is, toetst het Hof aan drie criteria: hij moet bij de wet zijn voorzien⁶⁹ (lawfulness), hij moet een legitiem

68 Zie de conclusie van A-G Wattel, sub 6.3 e.v., vóór HR 8 februari 2002, *LJN ZC8109*, waarin hij zich onder andere beroept op EHRM 23 oktober 1990, zaaknr. 11581/85, (*Darby/Zweden*). In het in nr. 3.1 te bespreken arrest *Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland inzake het bodemrecht van de Nederlandse fiscus* laat het EHRM in het midden of art. 1 Protocol beperkt is tot uitsluitend 'procedural tax laws' (formeel belastingrecht) of ook 'substantive tax laws' (materieel belastingrecht) omvat, t.a.p. § 60.

69 Zie voor een geval van een inbreuk waarvoor geen wettelijke basis bestond EHRM 9 juni 2005, zaaknr. 68443/01, (*Baklanov/Rusland*); in casu ontbrak een toereikende rechtsbasis voor een strafrechtelijke verbeurdverklaring van gesmokkeld geld, waarvan de herkomst volkomen legaal was. Het Hof voegt hieraan toe dat het niet toekomt aan de fair balance afweging, indien de inbreuk een rechtsbasis mist: § 46 'It follows that the interference with the applicant's property cannot be considered lawful within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1 to the Convention. This conclusion makes it unnecessary to ascertain whether a fair balance has been struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.'

doel hebben d.w.z. hij moet in het algemeen belang zijn en hij proportioneel zijn (strike a fair balance between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights).

2.1 Ontnemen van eigendom respectievelijk het reguleren van het gebruik hiervan

Het verschil tussen ontneming van eigendom, lid 1, en regulering van het gebruik daarvan, lid 2, is van belang voor de beantwoording van de vraag of er schadevergoeding moet worden betaald: bij ontneming van de eigendom is de Staat in het algemeen verplicht schadevergoeding te betalen, terwijl bij regulering van het gebruik van de eigendom er alleen schadevergoeding behoeft te worden betaald, indien sprake is van een individuele en excessieve last voor de betrokkene. Barkhuysen c.s. signaleren voorts dat de toetsing of de stoornis van de eigendom gerechtvaardigd is, strenger is bij ontneming van de eigendom dan bij regulering van het gebruik daarvan.⁷⁰

Wat betreft de door de Staat te vergoeden schade ingeval van een schending van art. 1 Protocol hanteert het Hof de volgende uitgangspunten: het aanbieden van compensatie speelt een belangrijke rol bij de proportionaliteits-toets, die wordt gehanteerd in het kader van wat het Hof standaard aanduidt als: 'striking the fair balance between private and public interest within the wide margin of appreciation'. *Ontneming* van de eigendom in het algemeen belang *zonder* compensatie wordt in de regel disproportioneel en derhalve strijdig met art. 1 Protocol geoordeeld behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden.⁷¹ *Volledige* schadeloosstelling is evenwel geen must.⁷² In het kader

70 T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 66.

71 EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98 (James c.s./Verenigd Koninkrijk), § 54: 'the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances. Legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value.'. Idem EHRM 18 januari 2005, 73836/01 (Organochimika Lipasmata Makedonias A.E./Griekenland), § 22. Zie ook HR 14 april 2000, NJ 2000, 713 m.nt. ARB (Kooren-Maritiem/Staat), waarin wordt verwezen naar EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 374 m.nt. EAA (Holy Monasteries/Griekenland).

72 Zie de in de vorige noot geciteerde uitspraak in de zaak James c.s./Verenigd Koninkrijk waaraan kunnen worden toegevoegd: EHRM 6 juli 1986, *Serie A*, 102 (Lithgow c.s./Verenigd Koninkrijk), § 121: 'The Court further accepts the Commission's conclusion as to the standard of compensation: the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). Article 1 (P1-1) does not, however,

van de proportionaliteit laat het Hof de lidstaten een 'wide margin of appreciation'.⁷³ Het uitgangspunt is dat er een 'redelijke verhouding' moet bestaan tussen de schade en de hoogte van de compensatie. Hierbij houdt het Hof onder meer rekening met het risico dat eigen is aan het verrichten van commerciële activiteiten.⁷⁴ Een vordering die al bijna niets meer waard is, kan om deze reden in verband overwegingen van sociale aard (herstart met schone lei voor de debiteur) worden ontnomen zonder compensatie.⁷⁵ Ook procedure-regels kunnen een 'fair balance' verstoren.⁷⁶

Bij regulering van het gebruik van de eigendom moet net als bij de ontneming zijn voldaan aan het vereiste van een 'fair balance' tussen de eisen van het algemeen belang en de belangen van de eigenaar in de zin van art. 1 Protocol. Op laatstgenoemde mag geen 'individual and excessive burden' worden gelegd.⁷⁷ Of zo'n last bestaat, wordt bepaald doordat 'there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised'.⁷⁸ Zo'n excessive burden wordt, anders dan bij een ontneming, minder snel aangenomen bij een regulering van het

guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value' en EHRM 9 december 1994, *Serie A* 301-A (Holy Monasteries/Griekenland), § 71.

73 In EHRM 24 oktober 1986, *Serie A*-108 (AGOSI/Verenigd Koninkrijk) stelde het Hof, § 52: 'The State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question'.

74 In EHRM 29 november 1991, *Serie A*-222 (Pine Valley Developments c.s./Ierland) stelt het Hof, § 59: 'The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk (see, mutatis mutandis, the Håkansson and Stureson judgment of 21 February 1990, *Series A* nr. 171-A, pp. 17-18, paras. 53 and 55, and the above-mentioned Fredin judgment, *Series A* nr. 192, pp. 17-18, para. 54) and they were aware not only of the zoning plan but also of the opposition of the local authority, Dublin County Council, to any departure from it (see paragraphs 10 and 12 above). This being so, the Court does not consider that the annulment of the permission without any remedial action being taken in their favour can be regarded as a disproportionate measure'.

75 Vergelijk EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland) inzake de Finse schuldsaneringsregeling.

76 EHRM 18 januari 2005, 73836/01 (Organochimika Lipasmata Makedonias A.E./Griekenland), § 27. Volgens het Hof verstoort de Griekse procedure voor schadevergoeding bij onteigening 'the fair balance', omdat de onteigende geconfronteerd wordt met een opeenstapeling van procedures: – uitsluitend de Franse tekst was beschikbaar –: 'Elle (sc. het EHRM, J) estime qu'en maintenant la présomption d'«auto-indemnisation» et en obligeant le propriétaire affecté à multiplier les procédures pour avoir la possibilité de toucher une indemnité ayant un juste rapport avec la valeur du bien exproprié, les autorités ont rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde des droits individuels et les exigences de l'intérêt général.'

77 Op dit element wordt in de in noot 36 genoemde zaak XS4ALL/Staat sterk de nadruk gelegd.

78 EHRM 24 juni 2003, zaak 35179/97 (Allard/Zweden), § 54.

gebruik van de eigendom.⁷⁹ Een fraai voorbeeld van een individual and excessive burden zijn Hutten-Czapska/Polen⁸⁰ en Sildedzis/Polen.⁸¹

Een opvallende parallel met deze rechtspraak van het EHRM is in de nationale rechtssfeer te signaleren bij de rechtspraak van de Hoge Raad in zaken als Leffers/Staat,⁸² Staat/Lavrijsen⁸³ en S/Staat,⁸⁴ waarin de Hoge Raad

79 Vergelijk EHRM 7 juli 1989, *Serie A*, nr. 159 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden), § 62. (Het betref hier de intrekking van een drankvergunning o.a. wegens ernstige, boekhoudkundige tekortkomingen) : 'The 'burden' placed on TTA (aanduiding klager, J) as a result of the contested decisions, though heavy, must be weighed against the general interest of the community. In this context, the States enjoy a wide margin of appreciation. Even though the County Administrative Board and the National Board of Health and Welfare could have taken less severe measures under section 64 of the 1977 Act (see paragraph 27 above), the Court, having regard to the legitimate aim of Swedish social policy concerning the consumption of alcohol, finds that the respondent State did not fail to strike a 'fair balance' between the economic interests of the applicant company and the general interest of Swedish society.' Dat het Hof ondanks de 'heavy burden' voor TTA het evenwicht niet verstoord acht, komt mede doordat Zweden jegens TTA uiterst coulant is geweest; zie § 61. In Nederland doet de Hoge Raad precies zo, zie HR 28 februari 2003, zaaknr. 37.091, *LJN* AE0477, rov.3.8, waarin de tijdelijkheid van de maatregel verstoring van het evenwicht voorkwam (betreft een tariefsverschil voor onttrekking grondwater).

80 EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97, handelend over verhuurders die geen enkele zeggenschap hadden over de inhoud en de duur van de huurovereenkomst (deze was nagenoeg onopzegbaar, zelfs bij onbehoorlijk gebruik door de huurders). Met name het feit dat verhuurders door de Staat gedwongen waren een huurprijs te accepteren die niet eens toereikend was om 60% van de kosten van onderhoud te dekken zonder dat de Staat hiervoor compenserende maatregelen had getroffen, vormde een schending van art. 1 Protocol; zie de §§ 176 en 185-188. Ook minder ingrijpende gebeurtenissen kunnen zo'n last vormen. In EHRM 26 april 2005, zaaknr. 42752/98, (*Özdes/Turkije*), § 15, oordeelde het Hof dat een vertraging van een paar jaar in de nakoming van de verplichting tot betaling van een aanvulling op de schadevergoeding wegens onteigening een individual and excessive burden vormde.

81 EHRM 25 mei 2005, zaaknr. 45214/99. Iemand koopt een auto op een veiling van de belastingdienst, maar kan geen kenteken krijgen omdat de auto technische gebreken heeft. Onder meer moest van de Poolse RDW een deel van het chassis en de motor vervangen worden. Als gevolg hiervan gingen de chassis- en motornummers verloren. Kentekenregistratie werd geweigerd. Het Hof oordeelt: '51. As regards the proportionality of the interference, the Court observes that the applicant was never suspected of having stolen the car or of having forged the vehicle's identification or chassis numbers or of any fraudulent use of the car. It was not in dispute that he was a buyer in good faith and that he purchased it from a legitimate vendor. In this connection, the Court considers that it must not be overlooked that the car was sold at an auction organised by the Tax Office. The applicant could therefore reasonably expect that the origin of the car was legitimate. Lastly, at the time of the purchase the applicant was not warned of any possible problems that might arise in connection with the registration of the vehicle. 52. In the absence of any convincing arguments as to the justification for the interference at issue, which prevented the applicant from using the car for the period of almost two years, the Court concludes that it was disproportionate to the legitimate aim served and, consequently, that the applicant was made to carry an individual and excessive burden'.

82 HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638, nt. CJHB: handhaving van de Regeling Beschikking voedsel- en slachtafval 1972, leidend tot de sluiting van het bedrijf van Leffers en zonder hem financiële compensatie te bieden is onrechtmatig.

bij een identieke rechtsproblematiek veel minder terughoudend opereert dan bij toetsing aan art. 1 Protocol. Met name de laatstgenoemde uitspraak maakt duidelijk dat, waarschijnlijk onder invloed van art. 1 Protocol, de aansprakelijkheid van de Staat bij *rechtmatig* handelen aanzienlijk is verruimd.⁸⁵

Stoornis van de eigendom is *conditio sine qua non* voor toepasselijkheid van art. 1 Protocol. Er moet dan wel een rechtstreeks verband bestaan tussen de storende handeling en de eigendom. Van een regeling waarbij het parkeren op openbaar terrein aan voorwaarden wordt onderworpen, kan niet worden gezegd dat zij inbreuk maakt op het ongestoord genot van de eigendom van een auto. Hierdoor komt art. 1 Protocol niet in beeld.⁸⁶

Het bepalen van de scheidslijn tussen ontneming van de eigendom en regulering van het gebruik hiervan blijkt in de praktijk soms buitengewoon lastig zoals blijkt uit de zaak die heeft geleid tot het varkensrechtenarrest.⁸⁷

83 HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 m.nt. MS: het toebrengen van onevenredige schade, dat wil zeggen: de op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende nadelige gevolgen die buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallen, bij een op zichzelf rechtmatige huiszoeking is jegens de getroffene onrechtmatig. Net als EHRM 29 november 1991, *Serie A-222* (Pine Valley Developments c.s./Ierland) houdt dus ook de Hoge Raad bij het bepalen van de toekenning van de schadevergoeding rekening met een zeker bedrijfsrisico.

84 HR 21 maart 2003, *RvdW* 2003, 53, rov.3.6: 'Onevenredig nadelige – dat wil zeggen: buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit, behoren immers niet ten laste van die beperkte groep te komen, maar dienen gelijkelijk over de gemeenschap te worden verdeeld (HR 30 maart 2001, nr. C 00/083, *RvdW* 2001, 71). Uit deze regel volgt dat het toebrengen van onevenredige schade bij een op zichzelf rechtmatige overheidshandeling als de onderhavige inbeslagname (door de Keuringsdienst van Waren, J), gevolgd door vernietiging van de in beslag genomen voorwerpen jegens de daardoor getroffene (...) onrechtmatig is'.

85 De vraag is hoe lang de Hoge Raad gezien art. 1 Protocol nog kan volhouden dat de gehoudenheid tot schadevergoeding gebaseerd is op *onrechtmatige* daad. Zowel in Staat/Lavrijsen als in S/Staat wordt het overheidsoptreden nadrukkelijk als *rechtmatig* aangemerkt. In dit opzicht stukken beter is HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 92 (Joemman/Staat I): 'Niet als juist kan worden aanvaard de stelling dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt wanneer het door een rechtmatig handelen bij de behartiging van de hem toevertrouwde publieke belangen schade toebrengt en niet bereid is deze schade voor zijn rekening te nemen'. De Hoge Raad volgt A-G Strikwerda; zie diens conclusie, sub 8. In *RvSt* 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. PvB (Vlodrop) daarentegen wordt schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad als algemeen beginsel wél erkend en wordt hiervoor steun gezocht in art. 3:4 lid 2 AWB, waaraan volgens de Raad mede het beginsel van de *égalité* devant les charges publiques ten grondslag ligt 'op grond waarvan bestuursorganen zijn gehouden tot compensatie van onevenredige – buiten het maatschappelijke risico vallende en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – schade als gevolg van hun op de behartiging van het openbaar belang gerichte optreden'. De formulering in S/Staat vertoont met deze formulering van de *RvSt* een frappante gelijkenis en zij is mijns inziens een reflectie van de 'individual and excessive burden' van art. 1 Protocol.

86 *RvSt* 23 maart 2000, *LJN* AA5434 (Amsterdam), rov.2.2.

87 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.nt.TK en EAA (Vereniging Nederlandse Vakbond Varkenshouders c.s./Staat).

De Haagse rechtbank beschouwde de varkensrechten als eigendom in de zin van art. 1 Protocol.⁸⁸ Het Hof beschouwde deze rechten als een door de Staat opgelegde *beperking* van de *mestproductie* van het bedrijf, waardoor geen sprake is van ontneming, maar van regulering van het gebruik van de eigendom. Ook de Hoge Raad gaat uit van een regulering van het gebruik van de eigendom.⁸⁹ Het EHRM vermijdt soms het doen van een keuze⁹⁰ of stelt dat een keuze niet mogelijk⁹¹ dan wel lastig te maken is.⁹² Ook de Hoge Raad vermijdt soms het doen van een keuze.⁹³

Ook het begrip ontnemen blijkt de nodige scherpte te missen. Een duidelijk voorbeeld⁹⁴ hiervan is de liberalisering van de taximarkt, die tot gevolg had dat bestaande vergunningen, waarvoor belangrijke bedragen waren neergeteld, op slag hun waarde verloren. Volgens de rechter⁹⁵ was noch van een ontneming, noch van een regulering van het gebruik van eigendom sprake, omdat de Taxiwet de markt juist vrijmaakte en de reeds verstrekte vergunningen respecteerde. Miskend wordt echter dat ontneming van de waarde aan een ‘asset’ net zozeer een schending van de eigendom is als ontneming van de ‘asset’ zelf. In vergelijkbare gevallen van waarde aantasting wordt wel compensatie geboden. Ik noem als voorbeeld de vergoeding van planschade. Voorts wordt miskend dat bij regulering van het gebruik van de eigendom per definitie sprake is van maatregelen die gevolgen hebben voor de *waarde* van een possession.

88 Rechtbank Den Haag 23 december 1998, *M en R* 1999, 28 m.nt. Hoitink.

89 T.a.p. rov. 6.2.2. Voor pluimveerechten volgt CBB 10 december 2002, *LJN* AF2170, letterlijk het varkensrechtenarrest van de Hoge Raad. Zie over pluimveerechten ook CBB 21 november 2002, *LJN* AF2311.

90 EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland) – de rechtsoverwegingen zijn niet genummerd –: ‘The Court does not find it necessary to determine whether the applicant’s loss of her entitlement to AAW benefits is to be considered a ‘deprivation of possessions’ within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1.’

91 EHRM 5 januari 2000, *NJ* 2000, 571 (Beyeler/Italië), § 106: ‘Having regard to the foregoing, the Court does not consider it necessary to rule on whether the second sentence of the first paragraph of Article 1 applies in this case. The complexity of the factual and legal position prevents its being classified in a precise category.’

92 EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), handelend over de met art. 358 lid 1 Fw vergelijkbare Finse schuldsaneringsregeling, § 58: ‘The Court observes that the adjustment of N.’s debts under the 1993 Act almost extinguished the applicant’s claim. The facts of this case bear resemblance both to deprivation and to control of property, but they cannot easily be classified as a matter to be examined solely under the second or the third rule contained in Article 1 of Protocol Nr. 1.’

93 Zie HR 17 september 2004, zaaknummer 38.662, *LJN* AR2314, besproken in nr. 3.2.1.

94 Zie voor een ander voorbeeld hierna nr. 3.2.1 de conclusie van A-G Wattel vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721 inzake de verplichte ziekenfondsverzekering voor kleine zelfstandigen.

95 Rechtbank Den Haag 2 februari 2000, *LJN* AA4654.

Een mooi voorbeeld van een geval waarin door de Hoge Raad *geen* ont-neming werd geaccepteerd, is het arrest Lunderstädt/Jachtwerf Neptunus BV.⁹⁶ Hierin is de vraag aan de orde of een schuldeiser van een failliet, die door een derde is benadeeld doordat deze het vermogen van de failliet heeft (doen) leeghalen en/of hiervan heeft geprofiteerd in de periode voorafgaand aan het faillissement, het recht toekomt om zelfstandig een vordering tot schadevergoeding tegen die derde in te stellen. De Hoge Raad geeft eerst zijn eigen jurisprudentie weer op het stuk van de botsende bevoegdheden van de faillissementscurator resp. benadeelde schuldeisers – rov. 3.4.3 – en beantwoordt vervolgens de opgeworpen vraag bevestigend, omdat voor een anders-luidend oordeel mede in verband met het bepaalde in art. 1 Protocol een wettelijke grondslag vereist is – rov. 3.4.4 –:

‘3.4.3 In zijn arrest van 14 januari 1983, nr. 12026, *NJ* 1983, 597 heeft de Hoge Raad geoordeeld ‘dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.’

Deze regel, die in latere arresten is herhaald en nader uitgewerkt (HR 8 november 1991, nr. 14278, *NJ* 1992, 174 en HR 23 december 1994, nr. 15503, *NJ* 1996, 628), heeft geleid tot uitvoerig debat in de literatuur. Dit richtte zich in belangrijke mate op de vraag of in de gevallen waarin (de gezamenlijke) schuldeisers uitsluitend benadeeld zijn in hun verhaalsmogelijkheden doordat baten aan de boedel zijn onttrokken – naar in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen is hier van een dergelijk geval sprake – slechts aan de curator een vordering uit hoofde van (thans) art. 6:162 BW jegens de onrechtmatig handelende derde toekomt of dat een zodanige vordering ook rechtstreeks door de onrechtmatig benadeelde schuldeiser zelf kan worden ingesteld. Naar het onderdeel betoogt, moet het antwoord op deze vraag in laatstvermelde zin luiden: van een exclusieve bevoegdheid van de curator om deze vordering(en) geldend te maken is geen sprake.

3.4.4 Het onderdeel – in de schriftelijke toelichting wordt terecht benadrukt dat in een geval als het onderhavige, waar het gaat om een aanspraak tot schadevergoeding van een benadeelde schuldeiser jegens een derde, verstoring van de in het faillissement te handhaven ‘paritas creditorum’ zich niet kan voordoen – is gegrond. 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 van het Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, anders dan in verband met het bepaalde in art. 49

96 HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 m.nt. S.C.J.J. Kortmann onder *NJ* 2005, 96.

F. het geval zou zijn bij een op art. 3:45 BW gebaseerde vordering, noch in de Faillissementswet, noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden; ook niet – wat het geldend maken van de vordering tegen [verweerder 1] betreft – in art. 2:248 BW, welk artikel slechts in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aan de curator van een gefailleerde besloten vennootschap de mogelijkheid biedt de bestuurders van die vennootschap aan te spreken voor het tekort in het faillissement’.

2.2 Het begrip eigendom

Eigendom in de zin van art. 1 Protocol heeft niet de betekenis die het begrip bij ons in art. 5:1 BW heeft, zoals al blijkt uit de Engelse en Franse tekst van de verdragsbepaling, waarin sprake is van ‘possessions’ respectievelijk ‘biens’. Dit is ook niet verwonderlijk gezien het uiteenlopend karakter van de rechtstelsels van de onderscheidene lidstaten. Het Hof kent het begrip een autonome betekenis toe.⁹⁷ Het begrip is vele malen ruimer dan ons eigendomsbegrip en omvat niet alleen ‘ownership of physical goods’, maar ook belangen die baten vormen. Het EHRM spreekt van ‘certain other rights and interests constituting assets’.⁹⁸ Genoemd kunnen worden onder andere:⁹⁹ de wettelijke erkenning van een beroep,¹⁰⁰ een *betwiste* vordering (het Hof spreekt van een ‘legitimate expectation (to) obtain compensation’¹⁰¹), zekerheidsrechten (in casu een eigendomsvoorbehoud),¹⁰² een jachtrecht,¹⁰³ een vordering uit onrechtmatige

97 EHRM 16 september 1996, *Reports Judgments and Decisions 1996-IV*, nr. 14 (Matos e Silva/Portugal), § 75: ‘(...) the Court agrees with the Government that it is not for the Court to decide whether or not a right of property exists under domestic law. However, it recalls that the notion ‘possessions’ (in French: ‘biens’) in Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1) has an autonomous meaning (...)’.

98 EHRM 23 februari 1995, *BNB 1995*, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland).

99 Zie voor nog andere gevallen: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 56 e.v.

100 EHRM 26 juni 1986, *NJ 1987*, 581 m.nt. EAA (Van Marle c.s./Nederland), § 41: ‘The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientelle; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1).’

101 EHRM 20 november 1995, *NJ 1996*, 593 m.nt. EJD (Pressos Compania Naviera S.A. c.s./België).

102 EHRM 23 februari 1995, *BNB 1995*, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland); zie hierna nr. 3.1.

103 EHRM 29 april 1999, *NJ 1999*, 649 (Chassagnou c.s./Frankrijk), § 74: ‘The Court notes that, although the applicants have not been deprived of their right to use their property, to lease it or to sell it, the compulsory transfer of the hunting rights over their land to an ACCA prevents them from making use of the right to hunt, which is directly linked to the right

daad,¹⁰⁴ (broeikasgas)emissierechten,¹⁰⁵ varkensrechten,¹⁰⁶ pluimveerechten,¹⁰⁷ exploitatie van een verkooppunt voor motorbrandstof,¹⁰⁸ productierechten¹⁰⁹ en rechten op het gebruik van een telefoonnummer of een frequentie.¹¹⁰

Ten aanzien van vergunningen zoals een drank-, horeca-, of exploitatievergunning zijn de opvattingen verdeeld. A-G Wattel¹¹¹ merkt vergunningen zonder enig voorbehoud aan als eigendom en beroept zich hiertoe op een aantal uitspraken van het EHRM.¹¹² Het EHRM lijkt in deze uitspraken de vergunningen zelf evenwel niet te zien als vermogensrechten, maar wel de onderneming die door middel van de vergunning kan worden geëxploiteerd.¹¹³ Zo overweegt het Hof in *Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*, § 53:

'Like the Commission, however, the Court takes the view that the economic interests connected with the running of *Le Cardinal* were 'possessions' for the purposes of Article 1 of the Protocol (P1-1). Indeed, the Court has already found that the maintenance of the licence was one of the principal conditions for the carrying on of the applicant company's business, and that its withdrawal had adverse effects on the goodwill and value of the restaurant (...)'.

of property, as they see fit. In the present case the applicants do not wish to hunt on their land and object to the fact that others may come onto their land to hunt. However, although opposed to hunting on ethical grounds, they are obliged to tolerate the presence of armed men and gun dogs on their land every year. This restriction on the free exercise of the right of use undoubtedly constitutes an interference with the applicants' enjoyment of their rights as the owners of property. Accordingly, the second paragraph of Article 1 is applicable in the case.' Zie ook *NCJM-Bulletin* 1999, p. 771-790, m.nt. H. Bosma en P. Mendels.

104 EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 m.nt. EJD (*Pressos Compania Naviera S.A. c.s./België*).

105 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 766, nr. 3, p. 50.

106 HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469 m.nt. TK en EAA (*Vereniging Nederlandse Vakbond Varkenshouders c.s./Staat*).

107 CBB 10 december 2002, *LJN* AF2170.

108 Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen, *Stb.* 2005, 324 (*Kamerstukken* 29 951).

109 Vergelijk voor melk: HJEG 13 juli 1995, 466 c.s./93 O'Dwyer c.s. (*Irish creamery milk suppliers*) en HJEG 15 april 1997, 22/94, (*Irish Farmers Association/Minister for Agriculture, Food and Forestry Ireland*), waarin het HJEG expliciet ingaat op het grondrecht van eigendom. Zie voor mest: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 825, nrs. 1-2, p. 22 (rapport; Invoering mineralenaangiftesysteem).

110 MDW-werkgroep Veilen en andere allocatiemechanismen, 'Juridisch achtergrondrapport', maart 2002, p. 17, te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project81/veilen\(rap\)bijlage5.doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project81/veilen(rap)bijlage5.doc)>. MDW staat voor: Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

111 In zijn conclusie, sub 4.1, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, *LJN* AD9721.

112 EHRM 7 juli 1989, *Serie A*, nr. 159 (*Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden*), EHRM 18 februari 1991, *Serie A*, nr. 192 (*Fredin/Zweden*) en EHRM 29 november 1991, *Serie A*, nr. 222 (*Pine Valley c.s./Ierland*).

113 In deze zin ook: Rapport van de MDW werkgroep verhandelbare rechten, 'Verhandelbare rechten, Fase II, Ingrijpen en compenseren?', onder voorzitterschap van L.A. Geelhoed,

Niet de vergunning, maar het economisch belang om het restaurant te runnen, wordt als possession aangemerkt. In *Fredin/Zweden* gaat het om de exploitatie van een grindmijn en wordt in § 40 overwogen:

‘The Court finds – and this point was not contested before it – that the revocation of the permit interfered with the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the exploitation of the gravel pit (see, *mutatis mutandis*, the *Tre Traktörer AB* judgment of 7 July 1989, Series A Vol. 159, p. 21, § 53).’

Wederom wordt niet de vergunning (permit), maar het economisch belang verbonden aan de exploitatie van de grindmijn als possession aangemerkt.

De vraag of de vergunning zelf dan wel de op grond van deze vergunning geëxploiteerde onderneming een possession is, is van belang omdat in het eerste geval sprake is van een ontneming van de eigendom (sc. de vergunning) en in het tweede slechts van een regulering van het gebruik van eigendom¹¹⁴ (sc. de onderneming) en dit onderscheid is, zoals gezegd, weer van belang voor de schadevergoedingsplicht van de Staat en de minder strenge toetsing bij regulering van het gebruik van de eigendom.

De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft de mogelijkheid dat een vergunning om bepaalde economische activiteiten te ontplooiën als een possession kan worden beschouwd, opengelaten. Volgens de Commissie hangt het antwoord op de vraag of een vergunning een possession is onder meer af van de mate waarin ‘the license can be considered to create for the license-holder a reasonable and legitimate expectation as to the lasting nature of the license and as to the possibility to continue to draw benefits from the exercise of licensed activity.’¹¹⁵

2000, p. 27-28, te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten%20fase%20II\(rap\).doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten%20fase%20II(rap).doc)> (corrigeer de fout in het adres niet!). Zie ook EHRM 25 maart 1999, *NJ* 1999, 649 (Iatridis/Griekenland). Het betrof hier een klantenbestand van een bioscoop waarvoor een geldig pachtcontract bestond en een overheidsvergunning was afgegeven. In het Nederlands recht hebben we precies dezelfde discussie (gehad): is de niet persoonsgebonden goodwill, de zogeheten lichamelijke goodwill, een afzonderlijk subjectief recht, zoals bijvoorbeeld Cohen Jehoram, *Goodwillrecht* (diss. 1963), Deventer: Kluwer 1963, *passim*, verdedigt of gaat zij op in de zaken, die tezamen een hogere waarde vertegenwoordigen dan de som van de afzonderlijke onderdelen? Asser-Mijnssen-De Haan, 2001, nr. 5 verwerpen de opvatting dat een absoluut recht op goodwill bestaat.

114 In deze zin ook: Rapport van de MDW werkgroep verhandelbare rechten, ‘Verhandelbare rechten’, onder voorzitterschap van L.A. Geelhoed (niet te verwarren met het in de vorige noot genoemde rapport) en te vinden op: <[http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten\(rap\).doc](http://apps.ez.nl/mdw/Projecten/Project70/verhandelbare_rechten(rap).doc)>, p. 38.

115 ECRM ontvankelijkheidsbeslissing 10426/83 Pudas/Zweden. Uitspraak van het EHRM: 27 oktober 1987, zaaknr. 10426/83, *Serie A*, nr. 125-A.

In noot 60 is al de opvatting van Van Dijk en Van Hoof¹¹⁶ genoemd, die betogen dat het EHRM minder geneigd is om een 'possession/bien' (art. 1) aan te nemen, indien geen sprake is van 'civil rights and obligations' (art. 6). In dit verband verdient opmerking dat, terwijl het EHRM niet geneigd is de vergunning zelf te beschouwen als een possession, het desondanks van oordeel is dat een afgegeven hinderwetvergunning een 'civil right' in de zin van art. 6 Protocol is, ook al staat zij bloot aan vernietiging wegens door derden tegen haar afgifte ingebrachte bezwaren en leiden deze inderdaad tot haar vernietiging.¹¹⁷

Het moet bij art. 1 Protocol steeds gaan om vermogensrechten met een economische waarde.¹¹⁸ Geen beletsel voor erkenning als eigendom vormt de omstandigheid dat het recht volgens het nationale recht van de klager wordt betwist of niet bestaat.¹¹⁹ Dat het recht niet overdraagbaar is of in het publiekrecht wortelt, is evenmin een beletsel. Ik noem als voorbeeld de thans te bespreken sociale uitkering.

Volgens de wetgever is onduidelijk of een sociale uitkering van de overheid een eigendomsrecht is.¹²⁰ Dit is een hoogst opmerkelijk standpunt in het licht van de Gaygusuz-uitspraak,¹²¹ waarin het Hof in § 41 overweegt:

'The court considers that the right to emergency assistance¹²² – insofar as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of protocol Nr. 1. That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay taxes or other contributions'.

116 P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 620.

117 Zie EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 (Bentham/Nederland), § 36.

118 Zie A-G Wattel in zijn conclusie, sub 4.5, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, LJN AD9721; H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', WPNR 6419 (2000), nr. 4.3; P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, p. 620 en het in noot 110 genoemde Rapport van de MDW werkgroep Verhandelbare rechten, p. 27.

119 EHRM 16 september 1996, *Reports Judgments and Decisions* 1996-IV, nr. 14 (Matos e Silva/Portugal), § 75: 'the Court agrees with the Government that it is not for the Court to decide whether or not a right of property exists under domestic law. However, it recalls that the notion 'possessions' (in French: 'biens') in Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1) has an autonomous meaning (see the Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands judgment of 23 February 1995, Series AVol. 306-B, p. 46, para. 53). In the present case the applicants' unchallenged rights over the disputed land for almost a century and the revenue they derive from working it may qualify as 'possessions' for the purposes of Article 1 (P1-1)'.

120 *Kamerstukken II* 1998/99, 25 757, nr. 60b, p. 7 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

121 EHRM 16 september 1996, NJ 1998, 738 en in *Reports Judgments and Decisions* 1996-IV nr. 14.

122 Dit is een in Oostenrijk bestaande aanspraak voor personen wier recht op een werkloosheidsuitkering is geëindigd.

Hieruit valt af te leiden dat het recht op uitkering een eigendomsrecht is zonder dat hiertoe een tegenprestatie in de vorm van een premie of afdracht van belastingen behoeft te worden verricht.

De opvatting van de wetgever lijkt evenmin verenigbaar met de uitspraken van de CRvB inzake de inkomensafhankelijke ANW-uitkering en de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden,¹²³ omdat de Raad impliciet ervan uitgaat dat sprake is van eigendom. Ten aanzien van de AAW-uitkering zegt de CRvB¹²⁴ letterlijk: ‘Het eigendoms karakter van de AAW-uitkering behoeft niet meer in twijfel te worden getrokken’. Voorts is het standpunt van de wetgever niet goed verenigbaar met het eigen standpunt inzake de Wet werk en bijstand.¹²⁵ Aan alle onzekerheid lijkt een einde te zijn gemaakt in EHRM 30 september 2003, RSV 2005, 15 m.nt. M. van Everdingen (Koua Poirrez/Frankrijk), inzake een Franse bijstandsuitkering aan volwassen invaliden. In § 37 wordt na een woordelijke herhaling van de hiervóór geciteerde Gaygusuz-uitspraak overwogen:

‘In that connection the Court considers that the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency assistance (ibid., § 39) does not mean, by converse implication, that a non-contributory social benefit such as the AAH does not also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1.’

Hiermee staat naar mijn mening vast dat iedere sociale uitkering, ongeacht of hiervoor premie c.q. belasting is betaald, eigendom is in de zin van art. 1 Protocol.

Van het aanbieden van goederen en diensten door de overheid in de zin van artikel 7 Algemene wet gelijke behandeling, zoals het verlenen van vergunningen en subsidies, wordt eveneens het eigendoms karakter door de wetgever ontkend¹²⁶ en ook hier kan een vraagteken bij worden geplaatst, omdat, minst genomen, sprake is van een verwachting, zeker indien sprake is van een gebonden beschikking en de belanghebbende voldoet aan de voorwaarden voor haar verlening.

Ook een verwachting kan volgens het EHRM eigendom zijn.¹²⁷ De verwachting moet wel voldoende concreet en reëel zijn en niet uitsluitend op hoop

123 Zie de noten 17 en 30.

124 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78. Zie ook CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP inzake de ANW-uitkering.

125 *Kamerstukken I* 2003/04, 28 870 en 28 960, nr. E, p. 1 (Vaststelling van een wet inzake ondersteuning bij arbeidsinschakeling en verlening van bijstand door gemeenten (Wet werk en bijstand) resp. Invoering van de Wet werk en bijstand (Invoeringswet Wet werk en bijstand)).

126 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 481, nr. 1, p. 17 (Evaluatie Algemene wet gelijke behandeling).

127 EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland), § 62: ‘At the moment when Law nr. 1701/1987 was passed the arbitration award of 27

zijn gebaseerd.¹²⁸ In het arrest *Kopecný/Slowakije*¹²⁹ formuleert het Hof het aldus:

‘the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition.’

De ‘legitimate expectation’ raakt niet uitsluitend de verkrijging of het genot van de eigendom, maar omvat ook perspectieven die rechtstreeks verband houden met de verkrijging of het genot van de eigendom.¹³⁰

Ten tijde van een gebeurtenis nog niet bestaande, doch nadien gerealiseerde wetgeving kan ex post niet alsnog een verwachting laat staan een possession creëren.¹³¹ Een contractuele optie op verlenging van een lease overeenkomst,

February 1984 therefore conferred on the applicants a right in the sums awarded. Admittedly, that right was revocable, since the award could still be annulled, but the ordinary courts had by then already twice held – at first instance and on appeal – that there was no ground for such annulment. Accordingly, in the Court’s view, that right constituted a ‘possession’ within the meaning of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1).’ In EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98 (*Kopecný/Slowakije*) §§ 45-52 geeft het Hof een handzaam resumé wanneer een ‘legitimate expectation’ mag worden aangenomen.

128 Zo wordt de verwachting de erflater bij diens overlijden op te volgen niet beschermd, EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462 m.nt. EAA (Marckx/België) evenmin als de verwachting van een Duitse notaris toekomstig inkomen te genereren, EComRM 1 april 1974 (X/Duitsland) Yearbook ECHR 1974, 148. Zie ook T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 60.

129 EHRM 28 september 2004, zaaknr. 44912/98.

130 EHRM 24 februari 2005, zaaknr. 46447/99, (Djidrovski/voormalige Yoegoslavische Republiek Macedonië), § 80: ‘The ‘legitimate expectation’ may also encompass the conditions attaching to the acquisition or enjoyment of property rights. For example, in the case of *Pine Valley* (cited above), the Court found that a legitimate expectation arose when outline planning permission had been granted, in reliance on which the applicant companies had purchased land with a view to its development. The planning permission, which was later annulled rendering development of the land impossible, was a ‘component part of the applicant companies’ property’. Similarly, where an applicant had leased land for a period of 22 years on payment of an annual ground rent with an option to renew the lease for a further period at the expiry of the term and had erected at his own expense buildings to sub-let for rent, the Court found that he had to be regarded as having at least a ‘legitimate expectation’ of exercising the option to renew and this had to be regarded, for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1 as ‘attached to the property rights granted to him ... under the lease’ (*Stretch v. the United Kingdom*, nr. 44277/98, § 35, 24 June 2003).’ In casu betrof de verwachting een voor een (ex-)militair geldend gereduceerd tarief voor de aankoop van een woning.

131 EHRM 9 december 2003, 53002/99 (Meyne-Moskalczuk c.s./Nederland): ‘(...) it cannot be said that at the time when they were divorced, i.e. before the entry into force of the 1995 Act (gedoeld wordt op de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding, J), the applicants had either a ‘possession’ or a ‘legitimate expectation’ to be entitled to any part of their former husbands’ pensions. The applicants are now asking the Court to hold that a ‘legitimate expectation’ has come into being through the operation of the 1995 Act even though

verleend door een daartoe onbevoegd orgaan, creëert desondanks een ‘legitimate expectation’ indien geen van beide partijen zich bewust was van de onbevoegdheid.¹³²

Een bestaande fiscale vrijstelling vormt geen legitieme verwachting en dus ook geen possession. Volgens de Hoge Raad¹³³ is intrekking van de vrijstelling dan ook geen schending van art. 1 Protocol:

‘De tot 27 juni 2000 gerijpte waardeinstijging (sc. van de ondergrond, J) is niet aan belastingheffing op grond van een tot dat tijdstip bestaan hebbend, voor hem gunstiger regime onderworpen geweest. Aan voormeld arrest¹³⁴ kan voorts voor een geval als dat van belanghebbende niet worden ontleend dat artikel 1 van het Eerste Protocol een verwachting beschermt dat de belastingwet, zoals geldend tot 27 juni 2000, ongewijzigd zou blijven tot na het moment waarop bedoelde waardeinstijging zich zou vertalen in een voor de belastingheffing in aanmerking te nemen inkomst.’

Het oordeel lijkt mij juist. In het andere geval zou lopende een fiscaal jaar nooit legitiem bijvoorbeeld een tariefswijziging kunnen worden doorgevoerd. Er bestaat geen recht op handhaving van een bepaalde fiscale status quo (vrijstelling, tarief etc), dus ook niet in de vorm van een beschermingswaardige verwachting. Pas na ommekomst van het fiscale jaar kan mijns inziens een belastingplichtige fiscale possessions claimen.

De CRvB¹³⁵ nuanceert in het kader van de ANW-uitkering het begrip verwachting:

‘Onder de term ‘possessions’ in art. 1 van het Eerste Protocol moeten mede worden verstaan vermogensbestanddelen, met inbegrip van aanspraken, met betrekking waartoe de betrokkene kan onderbouwen dat hij tenminste een gerechtvaardigde verwachting heeft dat die zullen worden gerealiseerd. Van een dergelijke ‘possession’ is tot het moment van overlijden van de echtgenoot van betrokkene geen sprake geweest. Aan het risicoverzekeringskarakter van de Anw is inherent dat – afgezien van internationale gevallen waarin een overledene mede aan één of meer opbouwstelsels onderworpen is geweest – een vervuld tijdvak van verzekering

it did not exist before. However, such a position is not tenable in the light of the relevant domestic law. Moreover, Article 1 of Protocol Nr. 1 does not guarantee the right to acquire property (see, as a recent authority, *Jantner v. Slovakia*, nr. 39050/97, § 34, 4 March 2003).’

132 EHRM 24 juni 2003, zaaknr. 44277/98 (Stretch/Verenigd Koninkrijk), § 34.

133 HR 1 april 2005, zaaknr. 40.537, LjN AT3037 inzake een landbouwvrijstelling.

134 Gedoeld wordt op EHRM 10 juni 2003, zaaknr. 27793/95 (M.A. c.s/Finland). Het Hof overwoog (de overwegingen zijn niet genummerd): ‘Nor does the fact that the legislation applied retroactively in the applicants’ case constitute per se a violation of Article 1 of Protocol Nr. 1, as retrospective tax legislation is not as such prohibited by that provision. The question to be answered is whether, in the applicants’ specific circumstances, the retrospective application of the law imposed an unreasonable burden on them and thereby failed to strike a fair balance between the various interests involved.’

135 CRvB 5 december 2003, LjN AO2554.

krachtens de Anw is 'uitgewerkt', en derhalve geen economische waarde meer vertegenwoordigt, als het verzekerd risico tijdens dit tijdvak niet is ingetreden.'

Dit is in overeenstemming met het hiervóór geciteerde arrest Kopecký/Slowakije.¹³⁶

Een stuk ingewikkelder liggen de (eigendoms)zaken bij de Mijnbouwwet, waarin men in de Toelichting uitvoerige uiteenzettingen vindt over de vraag wie in de zin van art. 5:1 BW eigenaar is van nog niet gewonnen delfstoffen.¹³⁷ Naar het oordeel van de wetgever is het wetsvoorstel Mijnbouwwet verenigbaar met art. 1 Protocol.

Ik memoreer dat de regering in de toelichting op de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen,¹³⁸ opmerkt het mogelijk te achten dat de exploitatierechten van pompstations eigendom zijn in de zin van art. 1 Protocol.¹³⁹

3 DE TOEGESTANE BEPERKINGEN VAN DE EIGENDOM OF VAN HET GEBRUIK HIERVAN

In het vorige nummer is al aan de orde gekomen dat de beperking van de eigendom hetzij een ontneming van de eigendom, hetzij een regulering van het gebruik ervan kan betreffen. In de navolgende beschouwingen onderzoek ik hoe achtereenvolgens het EHRM en de verschillende hoogste Nederlandse rechtscolleges omgaan met de beperkingen die art. 1 Protocol toestaat. Het beeld dat zich ontvouwt, is niet erg bemoedigend. Het meeste lef wordt nog getoond door het EHRM, maar aan de andere kant biedt het Hof aan de lidstaten zoveel ruimte om van de uitzonderingsmogelijkheden gebruik te maken ('the wide margin of appreciation'), dat art. 1 Protocol voor de klager in de regel materieel weinig voorstelt. Maar wellicht dat de zo te bespreken Hattonzaak een kentering inluidt.

Ook de hoogste Nederlandse rechters zijn uiterst terughoudend bij het aannemen van een ontoelaatbare schending van art. 1 Protocol. In dit verband is echter wel frappant dat de Hoge Raad op nationaal niveau bij ontneming of regulering van de eigendom met hantering van dezelfde criteria als het EHRM

136 Zie ook EHRM 4 maart 2003, zaaknr. 39050/97, (Jantner/Slowakije).

137 *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nrs. 21 en 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten).

138 Zie noot 40.

139 Zie voor nog andere voorbeelden: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 56 e.v.

voorschrijft in het kader van art. 1 Protocol, wél met enige regelmaat oordeelt dat de Staat voor zijn optreden schadeplichtig is.¹⁴⁰

Van allen is de wetgever het conservatiefst. Hij trekt zich in de regel achter een dubbele linie terug: primair wordt het bestaan van een eigendomsrecht ontkend, subsidiair wordt gesteld dat het gaat om een door het verdrag toegelaten schending van de eigendom.¹⁴¹

Uiteraard is het niet mogelijk om alle interessante zaken de revue te laten passeren. Bij de selectie heb ik gekozen voor de meest sprekende gevallen.

3.1 EHRM

3.1.1 *Bewoners in de buurt van Heathrow wier nachtrust wordt verstoord door vliegverkeer*

In het Nederlands recht wordt de hinder die een eigenaar van een opstal – doorgaans een huis, maar de opstal kan ook bijvoorbeeld een kantoor zijn – ondervindt en die bestaat uit lawaai, stank, rook, trillingen e.d. niet beschouwd als een aantasting van diens persoon, maar als een inbreuk op diens eigendomsrecht.¹⁴² Indien men het huurrecht als een semi absoluut recht beschouwt, geldt m.m. hetzelfde voor de huurder.¹⁴³ In andere gevallen van een obligatoir gebruiksrecht geldt hinder als een schending van de zorgvuldigheidsverplichting.¹⁴⁴

Het EHRM doet het radicaal anders blijkens *Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk*.¹⁴⁵ Het Hof ontloopt het probleem van art. 8 *lid 1* Protocol ('Everyone has the right to respect for private and family life, his home ...') doordat het vaststelt dat de Staat geen actor bij de schending is, maar zoekt de oplossing in lid 2 van dit artikel. De vraag is of dit geen uitstel van executie is, want vroeg of laat dient zich een zaak aan waarin de hinder de eigendom raakt en de Staat wél als actor opereert.¹⁴⁶

140 Zie de in de noten 82-84 genoemde gevallen.

141 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 2002/03, 26 219, nr. 21a (Regels met betrekking tot onderzoek naar en het winnen van delfstoffen en met betrekking tot met de mijnbouw verwante activiteiten), en *Kamerstukken II* 1998/99, 25 757, nr. 60b, p. 7 (Wijziging van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en enkele andere wetten in verband met de beperking van het exporteren van uitkeringen (Wet beperking export uitkeringen)).

142 HR 30 januari 1914, *NJ* 1914, 497 (Krul/Joosten) en 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278 m.nt. GJS (Vermeulen/Lekkerkerker).

143 In deze zin: J. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2002, nr. 408.

144 HR 16 maart 1973, *NJ* 1975, 74 m.nt. B.W (Stikke Trui).

145 EHRM 2 oktober 2001, *NJ* 2003, 454 m.nt. EJD.

146 Men denke aan snelwegen die vlak langs woningen gaan en aan GSM-masten, mits het beweerde verband met allerlei lichamelijke klachten wetenschappelijk kan worden vastgesteld.

Ook al heeft de zaak geen rechtstreeks verband met art. 1 Protocol, hoewel eigendom onmiskenbaar op de achtergrond speelt, hij is toch voldoende interessant om hem in deze bijdrage te bespreken, omdat hij een goed inzicht geeft in de wijze van opereren van het EHRM, in de alternatieven die bestaan indien art. 1 of 8 lid 1 Protocol niet haalbaar is, maar vooral omdat hij inzicht biedt in de mate van rek, die in de uitzonderingsmogelijkheden van deze bepalingen zit.

Mevrouw Hatton is een van degenen die de Engelse Staat aanklagen wegens verstoring van de nachtrust door het luchtverkeer van de luchthaven Heathrow in de buurt waarvan zij woont. Het Hof geeft eerst aan waarom geen sprake kan zijn van schending van art. 8 lid 1 Protocol: § 95:

‘The Court notes that Heathrow airport and the aircraft which use it are not owned, controlled or operated by the Government or by any agency of the Government. The Court considers that, accordingly, the United Kingdom cannot be said to have ‘interfered’ with the applicants’ private or family life. Instead, the applicants’ complaints fall to be analysed in terms of a positive duty on the State to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants’ rights under Article 8 § 1 of the Convention (see the Powell and Rayner v. the United Kingdom judgment of 21 February 1990, Series A Vol. 172, § 41, and the Guerra v. Italy judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, § 58).’

Omdat de Engelse Staat direct noch indirect eigenaar, beheerder of exploitant is van de luchthaven of van de vliegtuigen die de lawaaioverlast veroorzaken, kan hij geen inbreuk plegen op het grondrecht van art. 8 lid 1 Protocol. Maar dit vrijwaart hem niet van aansprakelijkheid, want uit art. 8 lid 2 Protocol¹⁴⁷ leidt het Hof een op de Engelse Staat rustende gedragsverplichting af maatregelen te nemen ter bevordering en bescherming van het privacyrecht van art. 8 lid 1: § 96:

‘Whatever analytical approach is adopted – the positive duty or an interference – the applicable principles regarding justification under Article 8 § 2 are broadly similar (the aforementioned Powell and Rayner v. the United Kingdom judgment *loc. cit.*). In both contexts, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole. In both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation in determining the steps to be taken to ensure compliance with the Convention (see, for example, the Rees v. the United Kingdom judgment of 17 October 1986, Series A Vol. 106, § 37, as concerns Article 8 § 1, and the Leander v. Sweden judgment of 26 March 1987, Series A Vol. 116, § 59, as concerns Article 8 § 2). Furthermore, even in relation to the positive obligations flowing from Article 8 § 1, in striking

147 Lid 2 luidt (voor zover van belang): ‘There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interests of (...) the economic well-being of the country (...) or for the protection of the rights and freedoms of others.’

the required balance the aims mentioned in Article 8 § 2 may be of a certain relevance (see the *Rees v. the United Kingdom* judgment previously cited, loc. cit.; see also the *Lopez Ostra v. Spain* judgment of 9 December 1994, Series A Vol. 303-C, p. 54, § 51).’

Waar het betreft de naleving van deze verplichting introduceert het Hof een oude bekende: ‘striking the fair balance between private and public interest within the wide margin of appreciation’ en de *Hatton*-zaak is met name van belang en interessant, omdat hij laat zien hoe het Hof met deze – ook aan art. 1 Protocol ten grondslag liggende regel – omgaat en die tot interne verdeeldheid binnen het Hof heeft geleid, omdat de minderheid de meerderheid ervan beticht een *politieke* beslissing te hebben genomen, die een miskennis inhoudt van de ruime beleidsvrijheid van de Engelse Staat om economische belangen te laten prevaleren boven het leef- en woongenot van de klagers.

De cruciale overweging van het meerderheidsstandpunt is § 97:

‘The Court would, however, underline that in striking the required balance, States must have regard to the whole range of material considerations. Further, in the particularly sensitive field of environmental protection, mere reference to the economic well-being of the country is not sufficient to outweigh the rights of others. The Court recalls that in the above-mentioned *Lopez Ostra v. Spain* case, and notwithstanding the undoubted economic interest for the national economy of the tanneries concerned, the Court looked in considerable detail at ‘whether the national authorities took the measures necessary for protecting the applicant’s right to respect for her home and for her private and family life ...’ (judgment of 9 December 1994, p. 55, § 55). It considers that States are required to minimise, as far as possible, the interference with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights. In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project.’

Hier gaat het Hof verheugend ver. De Staat moet *alle* in aanmerking komende belangen in zijn overwegingen betrekken, terwijl economische belangen niet eo ipso zwaarder wegen dan de rechten van anderen. Het Hof snijdt deze vergaande regel niet toe op art. 8, maar rept heel in het algemeen van (grond?)-rechten van anderen, waardoor de uitspraak van principiële betekenis is ook voor art. 1 Protocol.

Het Hof gaat vervolgens nauwkeurig na wat de Staat heeft gedaan om tot een goede belangenafweging te komen. De conclusie – in mijn woorden –: too little, too late. Zo heeft de regering geen eigen onderzoek gedaan naar ‘the reality or extent of that economic interest’ (§ 100). Ook is geen poging gedaan ‘to quantify the aviation and economic benefits in monetary terms’ (§ 101). De tussenconclusie waartoe het Hof komt: § 102:

‘The Court concludes from the above that whilst it is, at the very least, likely that night flights contribute to a certain extent to the national economy as a whole, the importance of that contribution has never been assessed critically, whether by the Government directly or by independent research on their behalf.’

Vervolgens constateert het Hof dat ‘only limited research had been carried out into the nature of sleep disturbance and prevention’ (§ 103), terwijl het rapport dát er was, was beperkt tot ‘sleep disturbance’ en in het geheel geen melding maakte van ‘sleep prevention’.

Het Hof oordeelt vervolgens dat ook gekeken moet worden naar de specifieke maatregelen die zijn genomen om de lawaaioverlast te beperken en oordeelt dat deze bescheiden zijn.

Dit alles brengt het Hof tot het volgende oordeel:

‘106. However, the Court does not accept that these modest steps at improving the night noise climate are capable of constituting ‘the measures necessary’ to protect the applicants’ position. In particular, in the absence of any serious attempt to evaluate the extent or impact of the interferences with the applicants’ sleep patterns, and generally in the absence of a prior specific and complete study with the aim of finding the least onerous solution as regards human rights, it is not possible to agree that in weighing the interferences against the economic interest of the country – which itself had not been quantified – the Government struck the right balance in setting up the 1993 Scheme.

107. Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that in implementing the 1993 scheme the State failed to strike a fair balance between the United Kingdom’s economic well-being and the applicants’ effective enjoyment of their right to respect for their homes and their private and family lives.

There has accordingly been a violation of Article 8.’

In het kader van de ‘fair balance’ stelt het Hof zelfstandig vast wát de Engelse regering had moeten doen, maar heeft nagelaten om klagers te beschermen, het geeft een oordeel over wat zij wel gedaan heeft en komt, de eindbalans opmakend, in § 106 tot een vernietigend oordeel.

De overweging in § 107 kan niet verhelen dat het Hof niet marginaal, maar volledig toetst of datgene wat de regering heeft gedaan met het oog op haar gehoudenheid ex art. 8 lid 2 Protocol ‘adequate¹⁴⁸ maatregelen zijn om klagers te beschermen’ (formulering § 104). Dit komt doordat het Hof op basis van *eigen* uitgangspunten het optreden van de regering – zowel hetgeen zij heeft gedaan als hetgeen zij heeft nagelaten – beoordeelt.

In zijn *concurring* opinion betoogt Costa dat een aantal individuen een te hoge prijs (verstoring van hun nachtrust) betaalt voor het naar zijn inzicht onvoldoende aangetoond algemeen economisch belang van een bereikbare

148 In de geciteerde § 106 spreekt het Hof echter van ‘the measures *necessary*’ (cursief van mij, J).

luchthaven en die op een of andere manier moet worden gecompenseerd bijvoorbeeld door geluidwerende voorzieningen te treffen aan de woning.

In zijn *partly dissenting* opinion werpt Greve de vraag op of zich niet een geheel nieuwe generatie rechten aandient, die niet goed zijn in te passen in art. 8 Protocol, reden waarom hij niet met de meerderheid meestemt.¹⁴⁹

De tweede dissenter, Kerr, ziet de verstoring van de nachtrust als een gevolg van de vrije woonplaatskeuze van het individu en als een fact of life in een veranderende wereld.¹⁵⁰

3.1.2 Caravanstandplaats op eigen terrein voor een zigeunerin

De opmaat voor de Hatton-uitspraak is de zaak Buckley/Verenigd Koninkrijk.¹⁵¹ Ontdaan van alle bijkomstigheden is het volgende aan de hand: Buckley is een zigeunerin die al haar hele leven in een caravan woont. In verwachting van haar derde kind en van echt gescheiden van haar partner koopt ze een stukje grond, gelegen naast dat van haar zus om daarop in haar wooncaravan te gaan wonen. Haar zus heeft wel (tijdelijke) toestemming voor het plaatsen van een aantal wooncaravans op het haar in eigendom toebehorende terrein. Aan Buckley wordt eenzelfde toestemming geweigerd. Later wordt zij verwezen naar een speciaal daartoe door de gemeente voor zigeuners in het leven geroepen standplaats, gelegen op zo'n 700 meter afstand van haar terrein. Buckley weigert daar naartoe te verhuizen onder meer wegens een aantal gewelddadige incidenten die zich daar hebben voorgedaan. De gemeente persisteert. Buckley stelt zich op het standpunt 'that Gypsies should not be

149 'These environmental rights are nonetheless of a different character from the core right not to have one's home raided without a warrant. Environmental problems may lead to State responsibility under Article 8 as a consequence of the impact of planning decisions, and potentially also when a State refrains from adequately addressing serious environmental problems. Unlike the majority, I find no major shortcomings in the State's inquiry into night flights' noise and the decision-making process used in this case by the authorities in the United Kingdom. On the contrary, I find that the procedures were reasonable and adequate'. In dit verband verwijst hij naar EHRM 25 september 1996, NJ 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk), hierna in 3.1 besproken.

150 'Modern life is beset with inconveniences. It is an inevitable incident of our changing world that land use plans change and that those changes have an impact on the lives of individuals. From time to time motorways are extended, roads are re-routed or public buildings are erected near private property. Those who are directly affected by such developments are naturally most likely to oppose them. So it is with night flights. But the mere fact that one's private life is interfered with by such developments is not enough to attract the protection of Article 8. It must be demonstrated that, in trying to balance the individual's rights and society's needs and interests, the State has not afforded the rights enshrined in that provision the requisite respect. In addressing that question, the possibility of removing oneself from the source of the inconvenience cannot be ignored. Having considered all the available evidence, I have concluded that it has not been established that there was a significant interference with the applicants' right to private life'.

151 EHRM 25 september 1996, NJ 1997, 555 m.nt. EJD (Buckley/Verenigd Koninkrijk).

immune from planning controls but argued that the burden placed on her was disproportionate. She stated that, seeking to act within the law, she had purchased the site to provide a safe and stable environment for her children and to be near the school they were attending.' Het Hof overweegt als volgt:

'74. As is well established in the Court's case-law, it is for the national authorities to make the initial assessment of the 'necessity' for an interference, as regards both the legislative framework and the particular measure of implementation (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, the *Leander v. Sweden* judgment of 26 March 1987, Series A Vol. 116, p. 25, para. 59, and the *Miailhe v. France* (Vol. 1) judgment of 25 February 1993, Series A Vol. 256-C, p. 89, para. 36). Although a margin of appreciation is thereby left to the national authorities, their decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention. The scope of this margin of appreciation is not identical in each case but will vary according to the context (see, *inter alia* and *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Leander* judgment, *ibid.*). Relevant factors include the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities concerned.

75. (...) In so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation.

76. The Court cannot ignore, however, that in the instant case the interests of the community are to be balanced against the applicant's right to respect for her 'home', a right which is pertinent to her and her children's personal security and well-being (see the above-mentioned *Gillow* judgment, p. 22, para. 55). The importance of that right for the applicant and her family must also be taken into account in determining the scope of the margin of appreciation allowed to the respondent State. Whenever discretion capable of interfering with the enjoyment of a Convention right such as the one in issue in the present case is conferred on national authorities, the procedural safeguards available to the individual will be especially material in determining whether the respondent State has, when fixing the regulatory framework, remained within its margin of appreciation. Indeed it is settled case-law that, whilst Article 8 (art. 8) contains no explicit procedural requirements, the decision-making process leading to measures of interference must be fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 (art. 8) (see the *McMichael v. the United Kingdom* judgment of 24 February 1995, Series A Vol. 307-B, p. 55, para. 87).

77. The Court's task is to determine, on the basis of the above principles, whether the reasons relied on to justify the interference in question are relevant and sufficient under Article 8 para. 2 (art. 8-2).'

Ook in deze zaak maakt het Hof duidelijk niet te zullen schromen om zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de Staat. De beleidsvrijheid van de Staat is niet meer dan een uitgangspunt. De reikwijdte hiervan wordt bepaald door de aard van het in geding zijnde grondrecht, het belang van dit recht voor het individu en de aard van de door de Staat ontwikkelde activiteiten. Het 'however' waarmee § 76 opent, spreekt echter boekdelen, want

het maakt duidelijk dat het Hof niet bereid is steeds ‘the wide margin of appreciation’ in acht te nemen. Integendeel, in § 77 spreekt het Hof uit het als zijn taak te zien om vast te stellen of de overwegingen van de Staat om op te treden, tegen de achtergrond van de uitgangspunten die het Hof hanteert en die ik zojuist heb aangegeven, *relevant* en *toereikend* zijn. Hierdoor creëert het Hof voor zichzelf de mogelijkheid om *voluit* te toetsen. Men kan het ook anders formuleren en lippendienst bewijzen: het Hof neemt de ‘the margin of appreciation’ wél in acht, maar geeft dit begrip vervolgens een inhoud die het Hof in staat stelt integraal te toetsen.

Beide uitspraken maken duidelijk dat het Hof ten minste in het kader van art. 8 Protocol bereid is ‘the wide margin of appreciation’ zodanig te vernauwen dat het in staat is integraal te toetsen of een ‘fair balance’ is bereikt.

Precies dezelfde benadering als in de beide Engelse zaken zien we in de zaak López Ostra/Spanje.¹⁵² López Ostra klaagt over (de gevolgen van) de zeer schadelijke uitstoot van een afvalverwerkingsinstallatie in haar woonplaats. Het Hof overweegt in § 58:

‘Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town’s economic well-being – that of having a waste-treatment plant – and the applicant’s effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life.’¹⁵³

Ook hier stelt het Hof zijn eigen oordeel in de plaats van dat van de Staat.

Zouden de hier besproken gevallen nog de beperkte conclusie kunnen dragen dat het Hof uitsluitend in de sfeer van art. 8 Protocol een ruimhartig opvatting over de fair balance heeft, de volgende zaken laten zien dat ook buiten de sfeer van dit artikel uitspraken van dit kaliber zijn gedaan.

3.1.3 Het bodemrecht van de fiscus

Ook (het minderheidsstandpunt in) de zaak Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland¹⁵⁴ maakt helder welke ruimte de rechter voor zich kan opeisen

152 EHRM 9 december 1994, *Serie A*, no 303-C.

153 Zie ook EHRM 19 februari 1998, zaaknr. 14967/89 (*Guerra c.s./Italië*), § 60: ‘The Court reiterates that severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely (see, *mutatis mutandis*, the López Ostra judgment cited above, p. 54, § 51). In the instant case the applicants waited, right up until the production of fertilisers ceased in 1994, for essential information that would have enabled them to assess the risks they and their families might run if they continued to live at Manfredonia, a town particularly exposed to danger in the event of an accident at the factory. The Court holds, therefore, that the respondent State did not fulfil its obligation to secure the applicants’ right to respect for their private and family life, in breach of Article 8 of the Convention.’

154 EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris.

om te toetsen of de Staat als wetgever gebleven is binnen de grenzen van art. 1 Protocol.

De onderneming naar Duits recht Gasus Dosier- und Fördertechnik heeft een betonmolen onder eigendomsvoorbehoud geleverd aan het Nederlandse bedrijf Atlas en Van Baarsen. Voor een belastingschuld van dit bedrijf legt de Nederlandse fiscus ingevolge art. 16 Invorderingswet 1845¹⁵⁵ bodembeslag op de betonmolen en executeert deze vervolgens. Gasus klaagt bij het Hof over schending van zijn eigendomsrecht.¹⁵⁶ De meerderheid wijst de klacht af, een minderheid van drie is een andere mening toegedaan.

Het standpunt van de meerderheid is het volgende: de Staat komt een ruime beoordelingsvrijheid toe 'especially with regard to the question whether – and if so, to what extent – the tax authorities should be put in a better position to enforce tax debts than ordinary creditors are in to enforce commercial debts. The Court will respect the legislature's assessment in such matters unless it is devoid of reasonable foundation' (§ 60). De laatste zin maakt duidelijk dat het Hof bereid is een aanzienlijke distantie in acht te nemen. In het kader van de 'fair balance' moet sprake zijn van 'a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued' (§ 62). Vervolgens stelt het Hof zich op het standpunt dat de fair balance in ieder geval niet verstoord wordt enkel omdat verhaal wordt genomen op vermogensbestanddelen van een derde:

'The Court notes at the outset that the grant to the tax authorities of a power to recover tax debts against goods owned by certain third parties – such as a seller of goods who retains his title – does not in itself prompt the conclusion that a fair balance between the general interest and the protection of the individual's fundamental rights has not been achieved. The power of recovery against goods which are in fact in a debtor's possession although nominally owned by a third party is a not uncommon device to strengthen a creditor's position in enforcement proceedings; it cannot be held incompatible per se with the requirements of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1). Consequently, a legislature may in principle resort to that device to ensure, in the general interest, that taxation yields as much as possible and that tax debts are recovered as expeditiously as possible. Nonetheless, it cannot be overlooked that, quite apart from the dangers of abuse, the character of legis-

155 Deze wet is vervangen door de Wet van 30 mei 1990, inzake invordering van rijksbelastingen, andere dan invoerrechten en accijnzen.

156 De fiscus is bereid uitsluitend voor reële eigendom te wijken. Reële eigendom is een fiscaal begrip en betekent dat de derde zowel juridisch eigenaar moet zijn als in economische zin als rechthebbende moet worden aangemerkt. Zaken die in operational lease ter beschikking zijn gesteld aan de belastingplichtige worden beschouwd als reële eigendom van de lessor en worden dus door de fiscus ongemoeid gelaten. Bij financial lease, levering onder eigendomsvoorbehoud of huurkoop daarentegen is geen sprake van reële eigendom en kan de fiscus zich dus verhalen op die zaken. Men zie overigens de onlangs ingevoerde artikelen 63c en 241c Fw. EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995, 262 m.nt. M.W.C. Feteris (Gasus Dosier und Fördertechnik/Nederland).

lation by which the State creates such powers for itself is not the same as that of legislation granting similar powers to narrowly defined categories of private creditors. Consequently, further examination of the issue of proportionality is necessary in this case.’ (§ 66)

Voor het Hof is voor de proportionaliteitskwestie beslissend of ten laste van Gasus sprake is van ‘an individual and excessive burden’.¹⁵⁷ Het Hof noemt in §§ 70-71 vervolgens vier argumenten waarom naar zijn oordeel geen sprake is van een individuele en buitensporige last: (a) de commerciële transactie van Gasus draagt naar zijn aard een risico in zich, (b) Gasus had dit risico kunnen vermijden door Atlas geen krediet te geven, een bankgarantie te verlangen of helemaal geen transactie met Atlas aan te gaan, (c) Gasus had kunnen weten dat de betonmolen onder het bodemrecht van de fiscus (‘furnishings’) viel en (d) de belastingdienst heeft niet dezelfde mogelijkheden als commerciële schuldeisers om zich te beschermen tegen financiële problemen van de belastingplichtige.

De argumenten zijn weinig overtuigend: bij (a) wordt miskend dat ook de overheid een risico loopt, te weten dat van belastinginning en dat transacties als de onderhavige ook belastinginkomsten genereren, (b) staat, zeker waar het betreft de laatste optie, buiten de realiteit, (c) is de omgekeerde wereld, want de vraag is nu juist of het bodemrecht niet een inbreuk op de eigendom vormt en (d) verliest uit het oog dat de belastingdienst veel meer mogelijkheden heeft dan de doorsnee commerciële schuldeiser (de dienst kan zelf de executorialie titel uitvaardigen, hij beschikt – onder andere door boekenonderzoek en belastingaangiften – over informatie waar geen andere schuldeiser ooit over kan beschikken, hij is als schuldeiser hoog bevoorrecht, kan boeten opleggen, de regeling van de heffingsrente is gunstiger dan die van de civiele moratoire interessen etc.).

De minderheid laat de proportionaliteitstest heel anders uitpakken en heeft daartoe drie argumenten: (a) het bodemrecht is niet onmisbaar voor de fiscus; fijntjes wordt erop gewezen dat de fiscus met het bodemrecht jaarlijks slechts één miljoen gulden ophaalt op een totaal budget van 233 miljard gulden, (b) het eigendomsvoorbehoud is een normale en gebruikelijke voorziening en (c) het is niet acceptabel ‘that a third party, if he is a private person, should bear the risk that the person with whom he enters into an agreement has not paid all his taxes. Normally the third party will know nothing about his business counterpart’s tax status as it is in most countries a punishable act for persons in government employ to disclose information of this nature to any private party, bank or credit information service’. Niet alleen vindt de minderheid het niet aanvaardbaar dat een derde het risico moet dragen dat iemand zijn belastingsschuld niet betaalt, maar door de wettelijke geheimhoudingsplicht

157 Het Hof verwijst hiertoe naar EHRM 21 februari 1986, *Serie A*, nr. 98, § 50 (James c.s./Verenigd Koninkrijk).

van de belastingdienst is die derde niet eens in staat zich een beeld te vormen van de verplichtingen die de belastingplichtige jegens de belastingdienst heeft.

De López Ostra-, Buckley- en Hatton-zaak maken duidelijk *hoe* het Hof opereert en zijn naar mijn mening een lichtend voorbeeld voor hoe rechters bij de belangenafweging in het kader van art. 1 Protocol te werk kunnen én dienen te gaan, wil deze bepaling niet volstrekt gemarginaliseerd worden. Dezelfde lading heeft in de Gasus-zaak het minderheidsstandpunt, dat wederom duidelijk maakt dat binnen de bestaande toetsingskaders een *volledige* toetsing mogelijk is met name doordat de rechter zelf kan vaststellen *wat* een fair balance in een concreet geval van de Staat verlangt. De drie hier besproken zaken maken duidelijk dat (de minderheid van) het Hof niet schroomt om zijn eigen oordeel te stellen in de plaats van dat van de Staat. De toekomst zal leren of sprake is van een radicale koerswijziging dan wel van de spreekwoordelijke zwaluw.

Minder onverschrokken opereren de hoogste Nederlandse rechters.

3.2 De hoogste Nederlandse rechters

3.2.1 Hoge Raad

De kleine zelfstandige en de Ziekenfondswet

Er bestaan bijna geen krassere voorbeelden van een zich verschuilen achter de uitzonderingen van art. 1 Protocol, ook al lijkt het aannemen van een niet gerechtvaardigde stoornis van het genot van de eigendom geïndiceerd, dan de fiscale uitspraken inzake de verplichte ziekenfondsverzekering van kleine zelfstandigen. Hier pakt met name de referteperiode soms uitgesproken onbillijk uit. De Belastingkamers van de verschillende Gerechtshoven en A-G Wattel in zijn conclusies¹⁵⁸ nemen op grond van deze onbillijke gevolgen de belastingplichtige in bescherming, de Hoge Raad maakt hiermee echter korte metten.

Kort gezegd komt de – complexe – regeling voor zelfstandigen op het volgende neer:¹⁵⁹ ingevolge artikel 3d lid 1 Ziekenfondswet is gedurende een kalenderjaar verzekerd de zelfstandige die een inkomen heeft dat – voor het in casu relevante jaar 2000 – niet meer bedraagt dan f 41.200 (= € 18.695). In artikel 3d lid 4 Ziekenfondswet is bepaald dat voor de toepassing van het eerste lid voor binnenlandse belastingplichtigen onder inkomen wordt verstaan het inkomen bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Wet op de inkomstenbelasting

158 Het betreft hier drie zaken – nrs. 36.621, 36.642 en 36.558 –, waarvan ik, voor zover het de conclusies betreft, alleen 36.621 bespreek. Deze is genomen vóór HR 7 maart 2003, L/JN AD9721. De conclusie van A-G Wattel is ook o.a. te vinden op: <<http://www.futd.nl/content/futd/achtergronden/specials/ziekenfonds/doc23.html>>.

159 Zie voor de parlementaire stukken: http://www.monitor.nl/ziek.html?http://cgi.monitor.nl/s_596_all_.htm. (aanklikken Kamerstukken en -verslagen). Hierin wordt overigens met geen woord gerept over het EVRM!

1964, met dien verstande dat, indien de berekening van het inkomen tot een negatief bedrag leidt, dat inkomen op nul wordt gesteld. Voorts voorziet dat artikellid erin dat bij ministeriële regeling wordt bepaald over welk tijdvak het toetsinkomen in aanmerking wordt genomen en dat nadere regels kunnen worden gesteld ter uitvoering van onder meer lid 1. In artikel 4 lid 1 aanhef en letter b van de ministeriële Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen is bepaald dat voor de beoordeling van de ziekenfondsverzekering van een zelfstandige die vanaf 1997 en daarna zelfstandige is respectievelijk is gebleven, voor het jaar 2000 in aanmerking wordt genomen het inkomen over 1997. Het is met name deze ministeriële regeling die voor problemen zorgt.

In casu ging het om een relatief jeugdige belastingplichtige, die leed aan een zeer zeldzame ziekte. Haar artsen schatten haar overlevingskansen op nihil. Zij was al vier maal gereanimeerd en de familie had al afscheid van haar genomen. Wereldwijd waren slechts enkele gevallen van overleving bekend. Tegen alle verwachting in herstelt ze. De kosten van de medische behandeling liepen in de tonnen en de kans op terugkeer van de ziekte is reëel. Zij kreeg van de inspecteur der belastingen, belast met de uitvoering van de desbetreffende regeling een beschikking, gebaseerd op art. 3d, tweede lid, Ziekenfondswet die inhield dat zij voldeed aan de voor het jaar 2000 geldende voorwaarden voor de *verplichte* ziekenfondsverzekering. Zij was ten tijde van deze beschikking particulier tegen ziektenkosten verzekerd. Haar situatie viel onder art. 4 lid 2, letter b van de krachtens art. 3d Ziekenfondswet gegeven Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen, die in casu meebracht dat voor haar ziektenkostenverzekeringpositie in 2000 de hoogte van haar inkomen in 1997 bepalend was. In dat jaar was zij net als zelfstandige gestart en was haar referentieperiode, die normaal een tijdvak van drie jaren beslaat, beperkt tot dit ene jaar. Haar inkomen lag in 1997 beneden de zogeheten ziekenfondsgrens.

Zij komt bij het Gerechtshof in beroep van de afwijzing van haar bezwaarschrift tegen deze beschikking van de inspecteur, omdat zij vreest binnen de kortste keren weer boven de ziekenfondsgrens uit te komen en dan grote problemen te krijgen met het afsluiten van een ziektenkostenverzekering. In haar beroep tegen de ministeriële regeling beroept zij zich op schending van ongeveer alle denkbare algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar werkwaardig genoeg doet zij geen beroep op art. 1 Protocol. Bij het Gerechtshof boekt zij succes. Dit is van oordeel dat de in de Regeling neergelegde maatstaf van slechts één toetsjaar door zijn beperkte reikwijdte in zodanige mate onderhevig is aan toevallige omstandigheden en keuzes die de ondernemer binnen de wettelijke mogelijkheden kan maken, dat de hantering van die maatstaf – zoals in het onderhavige geval – tot een uitkomst kan leiden die niet overeenkomt met de door de wetgever voor ogen staande toetsing aan een meer duurzaam inkomensperspectief. Voorts valt volgens het Hof niet in te zien waarom voor belanghebbende als een in 1997 gestarte zelfstandige, anders

dan voor de in 1998, 1999 en 2000 begonnen ondernemers, per se moet worden aangesloten bij hetzelfde blok van drie referentie jaren dat als basisreferentieperiode in aanmerking moet worden genomen voor ondernemers die reeds vanaf 1995 als zelfstandige waren aan te merken. Het in de ministeriële Regeling opgenomen systeem beperkt aldus zonder duidelijke grond de kennelijk voor starters in de jaren 1998, 1999 en 2000 wel benutte mogelijkheid van het in aanmerking nemen van toetsjaren buiten de basisreferentieperiode, terwijl die mogelijkheid ook voor in 1997 gestarte ondernemers zou kunnen worden benut om tot een meer betrouwbare maatstaf te komen. Daarmee zou, aldus het Hof, tevens recht zijn gedaan aan de kennelijk aan de noodzaak voor het treffen van een startersregeling en van een overgangsregeling ten grondslag liggende gedachte dat starters niet op één lijn zijn te stellen met 'gevestigde' ondernemers. Het Hof concludeert dat de Regeling met betrekking tot het in aanmerking te nemen tijdvak en inkomen een zodanig gebrekkige uitwerking van de Wet bevat dat die regeling voor gevallen als het onderwerpelijke buiten toepassing moet worden gelaten.

De Hoge Raad caseert, maar komt aan art. 1 Protocol – ook ambtshalve¹⁶⁰ – niet toe.¹⁶¹ Wel toetst de Hoge Raad aan een hele reeks algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaraan het hof als gevolg van zijn benadering niet was toegekomen en die na vernietiging van het arrest alsnog aan de orde moesten komen. De Hoge Raad doet de hierop gebaseerde verweren zelf af en verwerpt het beroep.

In HR 17 september 2004¹⁶² kan de kwestie van art. 1 Protocol echter niet meer worden ontlopen:

160 In EHRM 15 november 1996, zaaknr. 18877/91, (Sadik/Griekenland) is bepaald dat de rechter niet gehouden is tot ambtshalve toepassing van het EVRM, maar dit verdrag is een minimumvoorziening. Staten hebben de vrijheid extra voorzieningen te bieden. Vergelijk hiervoor T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse Burgerlijk recht* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005, p. 32-33.

161 Kernoverweging (met 'Wet' wordt bedoeld: Ziekenfondswet): '3.5. De door het Hof vermelde omstandigheden – kort samengevat: dat de hantering van slechts één toetsjaar tot een uitkomst kan leiden die niet overeenkomt met de toetsing aan een meer duurzaam inkomensperspectief welke de wetgever voor ogen stond, dat zonder duidelijke grond niet zoals ten aanzien van in de jaren 1998, 1999 en 2000 gestarte zelfstandigen toetsjaren buiten de basisreferentieperiode in aanmerking worden genomen, en dat de Regeling met betrekking tot het in aanmerking te nemen tijdvak en inkomen een gebrekkige uitwerking van de Wet bevat – zijn onvoldoende voor de conclusie dat de Regeling in strijd is met enig algemeen rechtsbeginsel; het Hof heeft ook niet aangegeven welk rechtsbeginsel hier zou zijn geschon- den. Die omstandigheden zijn voorts, mede in aanmerking genomen dat de inhoud van de Regeling (sc. Regeling tijdvak en inkomen ziekenfondsverzekering zelfstandigen, J) bij de parlementaire behandeling van de Wet aan de orde is geweest, onvoldoende voor de conclusie dat de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport met de Regeling de haer in artikel 3d, lid 4, van de Wet gegeven bevoegdheid is te buiten gegaan. Voorzover in het middel hierop gerichte klachten liggen besloten, treft het mitsdien doel'.

162 Zaak 38.662, L/JN AR2314. Zie voorts HR 7 maart 2003, L/JN AD9784, zaak 36.642.

'3.1. Voor het Hof heeft belanghebbende een beroep gedaan op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Zijn daartoe gehouden betoog komt erop neer dat hij door artikel 3d van de Wet¹⁶³ ertoe wordt gedwongen zijn particuliere verzekering te verlaten en zich aan te sluiten bij een ziekenfonds, dat hem onder omstandigheden meer kost en daarvoor minder levert, en dat hij bij een stijging van zijn inkomen zich weer particulier zal moeten verzekeren, hetgeen niet mogelijk is zonder uitsluitingen of premieverhoging dan wel met de beperkingen van de standaardpakketpolis. Het Hof heeft dit beroep op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verworpen. Daartegen keert zich het vierde middel.

3.2. De Wet Zelfstandigen in Zfw dient een algemeen belang, hierin bestaande dat ook zelfstandigen uit de lagere inkomensgroepen een gegarandeerde toegang hebben tot een volledige ziektekostenverzekering tegen een betaalbare, want aan het inkomen gerelateerde premie. Deelname is verplicht gesteld omdat met een vrijwillige verzekering de deur naar zelfselectie zou worden opengezet, waardoor het financiële draagvlak van de verzekering te zeer zou worden aangetast (Kamerstukken II 1998/1999, 26 553, nr. 5, p. 2, en Kamerstukken I 1999/2000, 26 553, nr. 28a, p. 6). Kennelijk en niet onbegrijpelijk was de wetgever van oordeel dat ook voor de laagste inkomensgroepen de premie voor zo'n verzekering slechts betaalbaar kan worden gehouden door deelname aan die verzekering verplicht te stellen. Zulks in aanmerking genomen kan niet worden gezegd dat geen redelijke verhouding bestaat tussen voormeld algemeen belang en de nadelige gevolgen die in individuele gevallen kunnen voortvloeien uit beëindiging van een lopende particuliere ziektekostenverzekering.

Reeds op deze grond faalt het middel. In het midden kan blijven of de Wet Zelfstandigen in Zfw leidt tot ontneming of regulering van een possession/bien in de zin van het Eerste Protocol bij het EVRM.'

De overwegingen van de Hoge Raad zijn volgens het EHRM-boekje. In Allan Jacobsson/Zweden (nr. 1)¹⁶⁴ schetst het EHRM de speelruimte van de lidstaten, § 55:

'Under the second paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1), the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose. However, as this provision is to be construed in the light of the general principle enunciated in the first sentence of the first paragraph, there must exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, as the most recent authority, the above-mentioned *Tre Traktörer AB* judgment, Series A nr. 159, p. 23, para. 59). *In striking the fair balance thereby required between the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights, the authorities enjoy a wide margin of appreciation* (see the *AGOSI* judgment of 24 October 1986, Series A nr. 108, p. 18, para. 52).'

163 Sc. Ziekenfondswet.

164 EHRM 25 oktober 1989, *Serie A*, nr. 163.

De voorlaatste zin van rov. 3.2 is een getrouwe toepassing van de door mij gecursiveerde passage, maar zoals de Hoge Raad de regel hanteert zal het individuele belang het vrijwel altijd afleggen tegen het algemeen belang. Ten eerste wegens de aard en omvang van laatstgenoemd belang en ten tweede vanwege 'the wide margin of appreciation' die voor de Staat bestaat bij de afweging van het algemeen belang ten opzichte van het individuele belang ('fair balance'). De Staat moet het wel heel bont maken wil zijn optreden zo'n marginale toetsing niet overleven.¹⁶⁵ De Hoge Raad suggereert echter nog andere pijlen op zijn boog te hebben voor zijn beslissing ('reeds op deze grond').

In de benadering van de Hoge Raad kan inderdaad in het midden worden gelaten of sprake is van een ontneming of regulering van een possession/bien, omdat ook indien het antwoord bevestigend zou luiden de stoornis geoorloofd is op de gehanteerde uitzonderingsgrond.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is een vordering op een verzekeraar, ook al is zij voorwaardelijk omdat het risico zich nog niet heeft verwezenlijkt, een possession.¹⁶⁶ Dat sprake zou zijn van een *ontneming* kan wellicht nog worden betwijfeld, omdat in al deze processen het streven van de belanghebbenden juist was gericht op deze ontneming hetgeen er op wijst dat zij meenden door die ontneming juist beter af te zijn. Maar dat ook geen sprake

165 Zo'n geval zijn EHRM 20 november 1995, *NJ* 1996, 593 m.nt. EJD (Pressos Compania Naviera c.s./België) – nadat het Belgisch Hof van Cassatie had beslist dat loodsen op de Schelde aansprakelijk waren voor hun fouten, vaardigt de Belgische Staat een wet uit die met een terugwerkende kracht van dertig jaren de aansprakelijkheid van loodsen beperkt tot opzet of grove schuld – en EHRM 9 december 1994, *NJ* 1996, 592 m.nt. EJD (Stran Greek Refineries c.s./Griekenland): klagers verkrijgen bij de gewone rechter een veroordeling van de Griekse Staat. Deze start daarop een arbitrale procedure. Ook hierin wordt de Staat veroordeeld. Daarop bestrijdt de Staat bij de gewone rechter de bevoegdheid van de arbiters. In eerste en tweede aanleg wordt Staat wederom in het ongelijk gesteld. Tijdens de cassatieprocedure wordt een gelegenheidswet aangenomen die het arbitrale beding en de procedure daartoe nietig verklaart, waarop de Griekse Hoge Raad casseert en het arbitrale vonnis alsnog vernietigt. Het Hof neemt schending van art. 6 lid 1 (fair trial) alsmede van art. 1 (verstoring van het evenwicht tussen de bescherming van de eigendom en de eisen van het algemeen belang). Zie over de zaak Pressos van a tot z: Femke Blancquaert, 'Het fenomeen retroactiviteit: een 'gevaarlijke' fictie die nog steeds tot onze werkelijkheid behoort?!', <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/33n1/blancqua.htm#N_7_>. Een derde voorbeeld is EHRM 14 mei 2004, zaaknr. 49806/00, (Prodan/Moldavië), waarin de Staat aansprakelijk wordt gehouden, omdat hij geen medewerking verleende aan de executie van onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraken (waarbij hij zelf geen partij was).

166 Zie EHRM 16 september 1996, *NJ* 1998, 738 (Gaygusuz), § 41: 'The Court considers that the right to emergency assistance – in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol Nr. 1 (P1-1). That provision

zou zijn van een *regulering* van het gebruik van de eigendom valt niet goed vol te houden.¹⁶⁷

Dat de uitzonderingen van art. 1 Protocol in de hier bedoelde gevallen ook heel anders kunnen uitpakken, laat A-G Wattel zien in zijn conclusie in zaak 36.621. Volgens Wattel is wél sprake van een ontneming:¹⁶⁸ hij betoogt dat de kleine zelfstandige wordt gedwongen zijn particuliere verzekering te verlaten en zich bij een ziekenfonds te verzekeren, dat hem weer zal uitwerpen zodra zijn inkomen te hoog wordt, waarna een particuliere verzekeraar hem niet meer zal verzekeren, althans niet zonder uitsluitingen of premieverhoging dan wel slechts op basis van een standaardpakketpolis. Voorts betoogt hij dat hoewel zulks zou passen in de ratio van de regeling, de kleine zelfstandige die jaarlijks ten genoegen van de inspecteur aantoonde dat hij voldoende verzekerd is, niet ervoor kan kiezen particulier verzekerd te blijven en evenmin is voorzien in een verbod voor particuliere verzekeraars om kleine zelfstandigen uit te sluiten voorzover zij in een verplichte wettelijke verzekering vallen. Zijn conclusie is de volgende:

‘5.5 Voorts meen ik op grond van de in de bijlage vermelde jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), met name zijn arrest in de zaak Gaygusuz,¹⁶⁹ dat in casu sprake is van regulerende inmenging van de Staat in het recht van de burger op ongestoord genot van zijn ‘possessions/biens’ in de zin van art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Bij een dergelijke regulerende inmenging heeft de Staat een ruime beleidsmarge, maar dient wel een redelijke verhouding te bestaan tussen het beleidsdoel en de individuele gevolgen van het gebruikte middel. Weliswaar is de aanwezigheid van betere beleidsopties op zichzelf geen reden om aan te nemen dat de inbreuk ongerechtvaardigd is, maar in het specifieke geval van de belanghebbende is mijns inziens sprake van een zodanige wanverhouding tussen enerzijds het met de overheidsmaatregel te dienen doel van algemeen belang (met name gezien de moeilijk verklaarbare ruimte tussen de verklaarde beleidsdoelen en wensen en de uitwerking daarvan) en anderzijds de individuele nadelige gevolgen voor de belanghebbende van het daartoe gebruikte middel (met name gezien het risico dat haar ziektebeeld terugkomt), dat zelfs bij een marginale rechterlijke toetsing de conclusie moet zijn dat van een ‘fair balance’ in haar geval geen sprake is.’

Het verschil in beoordeling is evident, maar wat verklaart het? De benadering van A-G Wattel is dezelfde als die van de Hoge Raad. Eerst wordt de ruime beleidsmarge van de Staat erkend en vervolgens wordt getoetst aan de even-

(P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay ‘taxes or other contributions’.

167 In deze zin ook A-G Wattel, in zijn conclusie, sub 4.8, vóór HR 7 maart 2003, nr. 36.621, L/JN AD9721.

168 T.a.p. sub 4.1.

169 EHRM 16 september 1996, NJ 1998, 738, J.

eens door het EHRM erkende regel van 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'.¹⁷⁰ Deze regel stelt in staat om een *reële* afweging te maken van de betrokken belangen zonder op voorhand al een zekere distantie in acht te moeten nemen zoals het geval is bij 'the wide margin of appreciation'. Het behoort immers tot de kerntaken van de rechter een oordeel uit te spreken over het billijkheidsgehalte van een maatregel. De 'fair balance' rule realiseert het tussen partijen noodzakelijke evenwicht en moet een faire uitkomst van het geding garanderen.

Het verschil tussen de Raad en zijn A-G is dat de A-G de regel, zoals hij blijkens zijn formulering ook is bedoeld, *subjectief* toepast en het accent legt op de belangen van het individu ('haar geval', 'haar ziektebeeld'). Het gaat om the *individual's* fundamental rights. De Hoge Raad daarentegen legt het accent op het belang van de *doelgroep* waartoe de belanghebbende behoort en zegt bijna letterlijk dat de *nadelige* gevolgen die in *individuele* gevallen kunnen voortvloeien uit beëindiging van een lopende particuliere ziektekostenverzekering de balans niet kunnen doen doorslaan ten gunste van laatstgenoemde. Maar op zo'n manier pakt de toetsing aan de 'fair balance' rule *altijd* negatief uit voor het individu, want diens belang legt het per definitie af tegen het algemeen belang (het collectief). Wat bedoeld is als een *concrete* toetsing in een *individueel* geval verwordt zo tot een *generale* beoordeling van de belangen van de *doelgroep*. De Raad heeft dan niet eens meer 'the wide margin of appreciation' nodig om het beoogde resultaat van de belangenafweging veilig te stellen.

Dat de Raad het accent uitsluitend legt op het algemeen belang blijkt uit het feit dat wél een nauwkeurige inventarisatie wordt gemaakt van de voor het algemeen belang relevante gezichtspunten – (1) *gegarandeerde* toegang van zelfstandigen uit de *lagere* inkomensgroepen, (2) *volledige* ziektenkostenverzekering tegen een *betalbare* premie, (3) *verplichte* verzekering waardoor het *financieel draagvlak* wordt verbreed –, maar dat zo'n zelfde inventarisatie van de belangen van het individu achterwege blijft. Welke gezichtspunten van het individu door de Hoge Raad bij de belangenafwegingen zijn betrokken, blijft aldus volstrekt in het vage. De A-G maakt die inventarisatie wél – voor hem weegt vooral zwaar het risico dat het ziektebeeld terugkeert en de gevolgen die dit heeft voor de verzekeringsmogelijkheden – en komt hierdoor naar mijn mening tot een veel overtuigender, maar in ieder geval veel beter gemotiveerd oordeel. Tevens is het een verademing dat hij niet klakkeloos kiest voor (het gewicht van) het algemeen belang.

Om binnen de door het EHRM getrokken grenzen te blijven moet de A-G tot slot nog vaststellen of ook binnen 'the wide margin of appreciation' die

170 Zie bijvoorbeeld EHRM 23 september 1982, *Serie A*, nr. 52, § 69 (Sporrong en Lönnroth/Zweden) en EHRM 18 december 1989, *Serie A*, nr. 169, § 44 (Mellacher c.s./Oostenrijk).

aan de Staat toekomt, sprake is van een fair balance, welke vraag door hem ontkennend wordt beantwoord.

Het valt te betreuren dat het EHRM ook bij het billijkheidsoordeel de Staat een ‘wide margin of appreciation’ geeft. Een billijkheidsoordeel is een rechterlijke werkzaamheid bij uitstek en het verlangt per definitie een *volledige* toetsing. Immers de vraag is niet wat *in redelijkheid* redelijk en billijk is, maar wat redelijk en billijk is. Het ware beter geweest indien het EHRM ‘the wide margin of appreciation’ had beperkt tot de keuze van de Staat op welke wijze hij vorm wenst te geven aan het gekozen *beleid*. Door dit niet te doen loopt het Hof, om in dezelfde terminologie te blijven, het risico zichzelf te marginaliseren. Gehoopt mag worden dat de Hatton-zaak een eerste aanzet is tot correctie van een regel, die veel te veel ruimte biedt aan het algemeen belang ten koste van de belangen van het individu, waardoor van een effectieve rechtsbescherming van klagers geen sprake kan zijn.¹⁷¹

Kennis nemend van de inmiddels vele uitspraken die door de verschillende, hoogste Nederlandse rechters zijn gedaan, kan men zich in gemoede afvragen hoe ernstig het nadeel van het individu moet zijn, wil hij wél in aanmerking komen voor bescherming. Ook de CRvB durft het niet aan het handelen van de Staat te wraken, zelfs niet in het krasse geval dat de Raad met zoveel woorden vaststelt dat sprake is van een *ernstige* inbreuk op de eigendom en dat de door de Staat gekozen oplossing ingaat tegen de jurisprudentie van de Raad.

3.2.2 Centrale Raad van Beroep

Met terugwerkende kracht een inkomenseis stellen

Een vrouw geniet een volledige AAW-uitkering sedert 1 oktober 1976. Met ingang van 1 juli 1991 wordt deze uitkering ingetrokken op de grond dat de vrouw in het jaar voorafgaande aan het intreden van haar arbeidsongeschiktheid, te weten 1975, geen inkomen uit of in verband met arbeid heeft genoten. Dit besluit berust op de Reparatiewet AAW van 1989, zoals gewijzigd bij Wet van 4 juli 1990 op grond van welke bepaling ten aanzien van degene wiens arbeidsongeschiktheid is ingetreden vóór 1 januari 1979 met betrekking tot het behoud van de aanspraak op uitkering vanaf 1 juli 1991 de voorwaarden gelden als bepaald in art. 6 AWW, zoals dat artikel luidde door inwerkingtreding van de Wet van 20 december 1979. De vrouw voldoet niet aan de – nieuwe – eis dat zij in 1975 inkomen uit arbeid had. Zij klaagt bij de CRvB over onrechtmatige ontneming van haar eigendomsrecht in de zin van art. 1 Protocol.

¹⁷¹ Het Hof concludeert dat ook art. 13 Protocol is geschonden en kent de klagers voorts smartengeld, vergoeding van kosten en wettelijke interessen toe.

De CRvB¹⁷² gaat overstag en erkent op de voet van het Gaygusuz-arrest het eigendoms karakter van de AAW-uitkering. Ook is de Raad van oordeel dat in casu deze eigendom is ontnomen en toetst vervolgens of aan de voorwaarden van eigendomsontneming is voldaan. Overwogen wordt:

‘De criteria die in de Straatsburgse jurisprudentie worden gehanteerd in verband met een beroep op het zojuist bedoelde onderdeel van artikel 1 zijn recentelijk nog eens uiteengezet door het Hof in zijn arrest van 29 april 1999 (Chassagnou e.a. vs Frankrijk, nog niet gepubliceerd,¹⁷³ zie *NJCM-bulletin* 1999, p. 771 e.v.):

‘It is well established caselaw that the second paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1 must be construed in the light of the principle laid down in the first sentence of the Article. Consequently, an interference must achieve a ‘fair balance’ between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The search for this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, and therefore also in the second paragraph thereof: there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued. In determining whether this requirement is met, the Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (see the *Fredin v. Sweden* nr. 1 judgement of 18 February 1991, Series A Vol. 192, p 17, § 51).’

Kort gezegd dient de inbreuk een evenwichtige afweging te bewerkstelligen tussen de gemeenschapsbelangen en de vereisten die voortvloeien uit het ingeroepen fundamentele recht en moet er een redelijke proportionaliteitsrelatie bestaan tussen de gekozen middelen en het beoogde doel; een en ander onder erkenning van een ruime beoordelingsmarge die de staat heeft bij de hantering van die criteria. Bij de beantwoording van de vraag of bij het onderhavige besluit ingevolge de Reparatiwet AAW aan die criteria is voldaan, roept de Raad de voorgeschiedenis van die wet in herinnering, zoals deze is weergegeven in de prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EG welke hebben geleid tot het arrest Posthuma-van Damme (RSV 1996/169; de prejudiciële vragen in RSV 1995/121):

‘Aanvankelijk gaf de AAW, die sinds 1 oktober 1976 van kracht is, mannen alsmede ongetrouwde vrouwen na een arbeidsongeschiktheid van een jaar recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering waarvan de hoogte niet afhankelijk was van de eventuele overige inkomsten van de uitkeringsgerechtigde of van de door deze geleden inkomensderving.

Met de Wet invoering gelijke uitkeringsrechten voor mannen en vrouwen van 20 december 1979 kregen ook getrouwde vrouwen recht op een AAW-uitkering.

172 CRvB 22 december 1999, RSV 2000, 78.

173 Zie inmiddels *NJ* 1999, 649, J.

Tegelijkertijd voerde die wet voor alle verzekerden, met uitzondering van bepaalde categorieën, de voorwaarde in, dat er slechts recht op uitkering bestaat indien de betrokkene in het jaar voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid uit of in verband met zijn of haar arbeid een bepaald inkomen – oorspronkelijk minimaal 3 423,81 HFL – heeft verworven (hierna: 'inkomenseis'). Die inkomenseis gold voor alle personen die op of na 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden.

Ingevolge de overgangsbepalingen van genoemde wet van 20 december 1979 behielden mannen en vrouwen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, hun recht op uitkering zonder aan de inkomenseis te hoeven voldoen.

Gehuwde vrouwen wier arbeidsongeschiktheid dateerde van voor 1 oktober 1975, hadden geen recht op uitkering, zelfs indien zij aan de inkomenseis voldeden, en gehuwde vrouwen die tussen 1 oktober 1975 en 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, hadden enkel recht op uitkering indien zij aan de inkomenseis voldeden.

Bij een aantal uitspraken van 5 januari 1988 oordeelde de Centrale Raad van Beroep, dat die overgangsbepalingen een discriminatie op grond van geslacht vormden, die onverenigbaar was met artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van 19 december 1966 (Recueil des Traités, vol. 999, blz. 171), en dat gehuwde vrouwen die voor 1 januari 1979 arbeidsongeschikt waren geworden, met ingang van 1 januari 1980 – datum van inwerking-treding van de wet van 20 december 1979 – onder dezelfde voorwaarden als mannen recht hadden op een AAW-uitkering, dat wil zeggen zonder aan de inkomenseis te hoeven voldoen, zelfs indien hun arbeidsongeschiktheid dateerde van voor 1 oktober 1975.'

De keuze van de wetgever bij de Reparatiwet AAW, na de zojuist geschetste ontwikkeling, om voor een ieder die vanaf 1 juli 1991 aanspraak maakte op AAW-uitkering een inkomensvoorwaarde te laten gelden, werd voornamelijk ingegeven door twee overwegingen:

- 1 onder het regime van een langlopende uitkeringsregeling, namelijk tot het 65e jaar bij voortdurende arbeidsongeschiktheid, bestond een betekend verschil in uitkeringsvoorwaarden (de inkomenseis) dat enkel werd bepaald door de datum van intreden van arbeidsongeschiktheid (vóór, dan wel op of na 1 januari 1979) en dat als zodanig op gespannen voet stond met het beginsel van gelijke behandeling van gelijke gevallen;
- 2 de groep arbeidsongeschikten die ook vanaf 1 januari 1980 zonder inkomensvoets een voortgezette aanspraak op uitkering hadden, was door de rechtspraak aanmerkelijk vergroot, hetgeen tot onaanvaardbare budgettaire gevolgen zou kunnen leiden.

Bij de reconstructie van de AAW uit hoofde van deze overwegingen dienden voorts ook anderszins de rechtsnormen inzake gelijke behandeling in acht te worden genomen, in welk verband vooral een rol speelden de communautaire regels inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG nader uitgewerkte verbod van

directe en indirecte discriminatie tussen mannen en vrouwen in de sociale zekerheid.

De afweging die de wetgever heeft gemaakt, heeft geleid tot een volstrekte gelijkheid in uitkeringsvoorwaarden – op het punt van voorafgaand arbeidsinkomen – binnen de gehele groep van AAW-gerechtigden. Hoewel dit voor een deel van die groep betekent dat, soms na een periode van (maximaal) ruim 14 jaar AAW-uitkering zoals in het geval van appellante, deze uitkering wordt ingetrokken, hetgeen zonder twijfel als een ernstige inbreuk op het door artikel 1 van het Eerste Protocol beschermde recht moet worden beschouwd, en de gekozen constructie door de introductie-achteraf van een toetredingsvoorwaarde op bedenkingen stuit als geformuleerd in 's Raad uitspraak RSV 1996/170, is de Raad van oordeel dat, gegeven de geschetste ontwikkeling en de beperkte keuzemogelijkheden die de wetgever nadien ter beschikking stonden, de gekozen maatregel ook bij een toetsing aan artikel 1 van het Eerste Protocol gerespecteerd moet worden.

Daarbij neemt de Raad nog in ogenschouw dat voor de getroffen groep een wettelijke overgangperiode¹⁷⁴ van – uiteindelijk – 26 maanden is gecreëerd, gedurende welke de uitkeringsaanspraak onverkort heeft voortbestaan. Bij deze beperkte compensatie verdient aantekening dat bij maatregelen die (mede) zijn ingegeven door dringende overwegingen van financiële aard een volledige of zelfs aanmerkelijke compensatie niet aan de orde kan komen zonder de doelstelling van die maatregelen (grotendeels) teniet te doen.

Voorts neemt de Raad in aanmerking dat door de nader gestelde voorwaarde beoogd werd enkel die groep te treffen die voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid voor het levensonderhoud niet was aangewezen op inkomen uit arbeid.

Tenslotte acht de Raad nog van belang dat in het Nederlandse stelsel de Algemene bijstandswet als sociaal 'vangnet' fungeert, hetgeen derhalve ook van toepassing is voor diegenen die voor hun levensonderhoud waren aangewezen op de AAW-uitkering.'

De CRvB maakt zich er niet gemakkelijk vanaf. Wat dit betreft zou de Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak met zijn uiterst karige motiveringen waar het de verenigbaarheid met art. 1 Protocol betreft, aan hem een voorbeeld kunnen nemen. Toch ontkomt ook de CRvB niet aan het verwijt dat hij het niet heeft aangedurfd de regeling door een veto te treffen, hoewel hiertoe voldoende aanleiding zou hebben bestaan. Ten eerste rept de Raad zelf van een *ernstige* inbreuk op art. 1 Protocol en constateert hij dat de gekozen constructie door

174 In CRvB 18 juni 2004, RSV 2004, 298, rov. 3.4.2.11, oordeelt de CRvB dat de wetgever *niet* op een toereikende wijze vorm heeft gegeven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit door met inachtneming van een overgangstermijn van slechts één maand een uitkering, ingevolge de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden te ontnemen. Een uitloop van zes maanden zou volgens de Raad wél in overeenstemming zijn met art. 1 Protocol.

de introductie-achteraf van een toetredingsvoorwaarde op bedenkingen van 's Raads jurisprudentie stuit. Wat de Raad desondanks de regeling deed sauveren waren: (a) de royale overgangstermijn, (b) de beperkte keuzemogelijkheden van de wetgever in verband de budgettaire gevolgen, (c) de ABW¹⁷⁵ die als vangnet dienst doet en (d) de inkomenseis beoogde enkel een groep te treffen die voorafgaand aan het intreden van de arbeidsongeschiktheid voor het levensonderhoud niet was aangewezen op inkomen uit arbeid.

Deze argumenten overtuigen niet: de overgangsregeling doet niet terzake, want het gaat om de vraag of de ontneming van het inkomen zelf legitiem is. Het vangnet van de ABW is als argument ondeugdelijk, omdat hiermee de ontneming van iedere uitkering kan worden gerechtvaardigd. Argument (d) gaat niet op, want klaagster maakte juist geen deel uit van de doelgroep, aangezien zij in 1972 was gescheiden en dus vanaf dat moment was aangewezen op eigen inkomen. Blijft over argument (b). De zwakte hiervan is dat de ook volgens de Raad *ernstige* gevolgen van de regeling worden afgewenteld op het individu en niet op de gemeenschap. Wat zou er op tegen zijn geweest om de premie of – bij fiscale financiering van de uitkering – de belastingen te verhogen om de budgettaire gevolgen van de regeling te neutraliseren? Als het belang van de gemeenschap dient te prevaleren dan mag toch, minst genomen, worden verwacht dat die gemeenschap hier iets tegenover stelt.¹⁷⁶ Vergelijkt men dit geval met de hiervoor besproken gevallen waarin de rechter oordeelde dat *niet* aan de proportionaliteitseis was voldaan, dan moet worden geconstateerd, dat dit geval in ernst niet onderdoet voor die andere gevallen en toch is de uitkomst een andere. In dit verband teken ik aan dat de omstandigheid dat het gestelde doel ook met een lichter middel (in casu omslag over de gemeenschap) kan worden bereikt, op zichzelf weliswaar ontoereikend is voor het oordeel dat de inbreuk niet gerechtvaardigd is,¹⁷⁷ maar dat de aanwezigheid van alternatieven wél meeweegt bij de proportionaliteitstoets.¹⁷⁸

175 Thans de Wet werk en bijstand.

176 Ik noem in dit verband als voorbeeld de Wet medefinanciering oververtegenwoordiging oudere ziekenfondsverzekerden (Wet MOOZ), die als solidariteitsheffing een verplichte opslag kent op de premie die particulier verzekerden betalen voor hun ziektenkostenverzekering teneinde de ziekenfondsverzekering van de ouderen betaalbaar te houden.

177 Zie EHRM 19 december 1989, *Serie A*, nr. 169, § 53 (Mellacher c.s./Oostenrijk), § 53: 'The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified. Provided that the legislature remains within the bounds of its margin of appreciation, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way (see the James and Others judgment, cited above, Series A nr. 98, p. 35, § 51).'

178 Zie EHRM 22 september 1994, *Serie A*, nr. 296A (Hentrich/Frankrijk), § 47: 'The Court notes, firstly, that the Revenue may, through the exercise of its right of pre-emption, substitute itself for any purchaser, even one acting in perfectly good faith, for the sole purpose of warning others against any temptation to evade taxes. This right of pre-emption, which does not seem to have any equivalent in the tax systems of the other States parties to the Convention, does not apply systematically – in other words, every time the price has been

Een laatste bezwaar is dat, terwijl de CRvB met zoveel woorden stelt dat sprake is van een ontneming van eigendom en terwijl volgens vaste rechtspraak van het EHRM ontneming 'disproportionate' is indien geen compensatie wordt geboden, anders dan zou mogen worden verwacht, aan de kwestie van de schadevergoeding zelfs geen woord wordt gewijd.¹⁷⁹

Het EHRM signaleert dit probleem vermoedelijk wel, maar loopt, zoals we thans zullen zien, hier met een wijde boog omheen.¹⁸⁰ In zijn uitspraak van 5 januari 2005 oordeelt (een niet nader genoemde meerderheid van) het EHRM dat de AAW-reparatiewet geen schending vormt van art. 1 Protocol.¹⁸¹ Net als voor de CRvB weegt voor het Hof zwaar dat de AAW-reparatiewet beoogt de staatsuitgaven te beheersen en een einde te maken aan discriminatie. Voorts laat het Hof op sociaal en economisch terrein een ruime beoordelingsvrijheid aan de Staat:

'It finds that the removal of discriminatory regulations and the control of public expenses by the State are legitimate aims for the purposes of securing social justice and protecting the State's economic well-being. In this respect, the Court reiterates that, in implementing social and economic policies, the margin of appreciation enjoyed by the national authorities in determining what is in the general interest of the community is a broad¹⁸² one (see *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A nr. 98, p. 32, § 46, and *Bäck v. Finland*, nr. 37598/97, § 53, 20 July 2004).'

Maar om een inbreuk op de eigendom te rechtvaardigen moet niet alleen aan de zijde van de Staat sprake zijn van een door het algemeen belang ingegeven rechtmatig doel – aan deze voorwaarde is blijkens de vorige alinea volgens het Hof voldaan –, maar ook mag de tegenpartij op zijn beurt niet het slachtoffer worden van een 'individual and excessive burden':

more or less clearly underestimated – but only rarely and scarcely foreseeably. Furthermore, the State has other suitable methods at its disposal for discouraging tax evasion where it has serious grounds for suspecting that this is taking place; it can, for instance, take legal proceedings to recover unpaid tax and, if necessary, impose tax fines. Systematic use of these procedures, combined with the threat of criminal proceedings, should be an adequate weapon.'

179 Stukken beter in dit opzicht: CRvB 24 januari 2001, AB 2001, 81 m.nt. FP, inzake de ANW-uitkering. Na te hebben vastgesteld dat sprake is van een gedeeltelijke ontneming van de uitkering overweegt de Raad: 'Dat slechts een 'volledige compensatie' in overeenstemming met artikel 1 van het Eerste Protocol zou zijn, zoals namens de betrokkenen in de op de onderhavige zitting behandelde gedingen is betoogd, berust op een onjuiste opvatting ten aanzien van die bepaling, welke niet zo ver strekt dat zij het een staat ten enenmale onmogelijk zou maken in bestaande (sociale zekerheids)rechten in te grijpen'.

180 Zie hiervóór nr. 2.1.

181 EHRM 5 januari 2005, zaaknr. 58641/00 (Hoogendijk/Nederland). De rechtsoverwegingen zijn ongenummerd.

182 In zijn eindconclusie inzake art. 1 Protocol rept het Hof weer van een 'wide margin'.

‘However, an interference with property rights under Article 1 of Protocol Nr. 1 must not only pursue a legitimate aim ‘in the public interest’; there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear ‘an individual and excessive burden’ (see *James and Others v. the United Kingdom*, cited above, § 50).’

Ook in dit opzicht volgt het Hof de CRVB en komt tot het oordeel dat geen sprake is van een individual and excessive burden, omdat er een royale overgangsregeling bij de beëindiging van de uitkering was getroffen en een recht op een bijstandsuitkering als vangnet bestond. Het door de CRVB, door mij hiervóór sub (d) genoemde argument gebruikt het Hof evenwel niet.

Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat klachten op sociaal en economisch terrein bij het Hof nagenoeg kansloos zijn,¹⁸³ aangezien zelfs in een geval waarin de hoogste nationale rechter oordeelt dat de inbreuk op de eigendom ernstig en de door de Staat gekozen oplossing contrair aan de jurisprudentie van de Raad is, het Hof kennelijk geen termen aanwezig acht om in te grijpen. Ook op fiscaal gebied moet een klager geen overdreven verwachtingen hebben.¹⁸⁴

Er bestaan evenwel nog andere bezwaren tegen deze uitspraak van het EHRM: mijns inziens is in het onderhavige geval sprake van een ontneming van eigendom *zonder* enige vorm van compensatie. Er is sprake van ontneming, omdat de uitkering in haar geheel verloren gaat – in deze zin ook de CRVB – en compensatie ontbreekt, omdat de aanspraak op de Algemene bijstandswet¹⁸⁵ voor klager reeds bestond en voorts niet als compensatie voor dit verlies is *bedoeld*. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat een *ontneming* van de eigendom *zonder* compensatie als ‘disproportionate’ wordt aangemerkt.¹⁸⁶

183 Zie ook EHRM 20 juli 2004, zaaknr. 37598/97 (Bäck/Finland), § 53: ‘The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is ‘in the public interest’ unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see *Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], nr. 25701/94, § 87, ECHR 2000-XII, and *James and Others v. the United Kingdom*, judgment of 21 February 1986, Series A nr. 98, pp. 31-32, §§ 45-46).’ Een illustratie hiervan vormt CRVB 18 juni 2004, L/JN AP4680, rov. 3.3.1.4, inzake de Wet sociale zekerheidsrechten gedetineerden, waarin wordt aangehaakt bij deze vaste jurisprudentie van het EHRM.

In de besproken fiscale kwestie inzake bodemrecht van de Nederlandse fiscus rept het Hof niet, zoals in Bäck/Finland van ‘*manifestly* without reasonable foundation’, maar van ‘*devoid* of reasonable foundation’, t.a.p. § 60. De laatste formulering schijnt mij krachtiger toe. Niet duidelijk is of met dit verschil in formulering ook een verschil in gevolgen wordt bedoeld.

184 Zie A-G Wattel in zijn conclusie, sub 6.7, vóór HR 8 februari 2002, L/JN ZC8109 (inzake terugwerkende kracht wijziging Wet op de belastingen van rechtsverkeer): ‘Straatsburg (beschouwt) belastingheffing bij uitstrek een politiek beleidsterrein waar de politiek zoveel mogelijk ruimte gelaten moet worden. Ingegrepen wordt pas (...) bij een wijze van heffing waarvoor een fatsoenlijk land zich moet schamen’.

185 Thans de Wet werk en bijstand.

186 Zie hiervóór nr. 2.1.

Het lijkt mij dan ook geen waarom, maar een daarom dat het Hof in zijn uitspraak nadrukkelijk in het midden laat of sprake is van een ontneming van de eigendom:

‘The Court does not find it necessary to determine whether the applicant’s loss of her entitlement to AAW benefits is to be considered a ‘deprivation of possessions’ within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1 of Protocol Nr. 1.’

Door deze kwestie uit de weg te gaan meent het Hof ontslagen te zijn van de verplichting een oordeel te geven over de schadevergoedingsplicht van de Staat jegens klager, maar rekent dan buiten de waard. Het Hof kán deze keuze niet ontlopen, want het moet beoordelen of een fair balance bestaat en dan geldt voor ontneming van de eigendom een ander criterium (‘disproportionate’) dan voor regulering van het gebruik ervan. In het laatste geval hanteert het Hof het criterium van de ‘individual and excessive burdens’ en dit is precies het criterium waaraan het Hof toetst. Hoewel het dus met zoveel woorden zegt geen keuze te maken, kiest het impliciet voor regulering van het gebruik van de eigendom, maar dan is volstrekt onduidelijk waarom geen sprake is van een ontneming. In ieder geval kan worden vastgesteld dat de CRVB – mijns inziens terecht – uitgaat van een ontneming.

Voorts verzuimt het Hof aan te geven waarom van de Staat niet kon worden geveerd een solidariteitsheffing op de belasting- c.q. premiebetalers te leggen, waardoor het budgettaire argument zou worden ontkracht. In andere gevallen is zo’n solidariteitsheffing door de Staat wél opgelegd.¹⁸⁷

Tenslotte verdient aandacht dat het Hof kennelijk niet geïnteresseerd is in kwantitatieve gegevens zoals de omvang van de door de reparatiewet getroffen groep en van de budgettaire gevolgen van het achterwege laten van de AAW-reparatie hoewel het Hof in andere gevallen aan dergelijke gegevens wél belang hechtte. Ik noem in dit verband de zaak *Hatton c.s./Verenigd Koninkrijk* (‘the reality or extent of the economic interest’ en ‘to quantify the aviation and economic benefits in monetary terms’) en het minderheidsstandpunt in de zaak *Gasus Dossier- und Fördertechnik/Nederland* (gegevens over de door middel van het bodemrecht geïncasseerde bedragen).

Tussen het EHRM en de CRVB bestaat, afgezien van het reeds genoemde argument (d), één opvallend verschil in benadering: het EHRM kent de beheersing van de staatsuitgaven een rol toe in het kader van ‘determining what is in the general interest of the community’, de CRVB plaatst de kwestie in het kader van de ‘individual and excessive burdens’. De benadering van het EHRM lijkt mij juister, omdat dit element meer in de sfeer van de Staat dan in die van de klager valt te situeren.

187 Zie in dit verband noot 176.

Alles bijeen genomen mist ook de uitspraak van het EHRM overtuiging, omdat onduidelijk blijft waarom bij de bepaling van het oordeel of een fair evenwicht is bereikt, aspecten die blijkens andere uitspraken in dit verband relevant zijn, hier kennelijk niet relevant zijn, waarom de gemeenschap van het individu een offer mag verlangen zonder zelf hier iets tegenover te stellen, waarom kennelijk onvoldoende gewicht toekomt aan het feit dat sprake is van een ernstige stoornis van de eigendom en een handelen van de overheid dat indruist tegen de jurisprudentie van de hoogste rechter en, ten slotte, waarom in het midden kan worden gelaten of sprake is van een ontneming, hoewel dit gegeven cruciaal is voor de schadevergoedingsplicht van de Staat.

3.2.3 Raad van State Afdeling Bestuursrechtspraak

Het verbod de recreatiewoning te gebruiken voor permanente bewoning

Zuinigheid is in het algemeen troef bij uitspraken van dit rechtcollege. Geen woord te veel, maar evenmin een motivering. Uit een eindeloze reeks in de serie recreatiewoningen één uitspraak.¹⁸⁸ Ingevolge het desbetreffende bestemmingsplan heeft het terrein waarop de woning van appellant is gelegen de bestemming recreatie. De gronden met de bestemming recreatie zijn bestemd voor recreatieve doeleinden. De Raad overweegt:

‘Voorzover het in het bestemmingsplan opgenomen gebruiksverbod kan worden beschouwd als een inmenging in de rechten als bedoeld in art. 8, eerste lid, EVRM, heeft de afdeling in genoemde rechtspraak overwogen dat deze haar wettelijke grondslag vindt in de Wet op de Ruimtelijke Ordening (hierna: WRO) en op grond van die wet, onder andere door het gemeentebestuur, nader vastgestelde regelgeving, daaronder begrepen een bestemmingsplan als bedoeld in artikel 10 WRO.

Ingevolge laatstgenoemde bepaling stelt de gemeenteraad voor het gebied, dat niet tot de bebouwde kom behoort – zoals hier aan de orde – een bestemmingsplan vast, waarbij, voorzover dit ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening nodig is, de bestemming van de in het plan begrepen grond en de zich daarop bevindende opstallen.

Het gebruiksverbod is derhalve bij wet voorzien en moet worden aangemerkt als noodzakelijk in het belang van het economisch welzijn van het land en de rechten en vrijheden van anderen, waarbij een billijke afweging heeft plaatsgevonden tussen de belangen van het individu enerzijds en genoemde belangen van de gemeenschap als geheel anderzijds’.¹⁸⁹

Het ‘spectaculaire’ deel van de uitspraak is dat de wetgeving bij wege van delegatie valt onder wet in art. 1 Protocol. Voor de rest is armoe troef. De

188 RvSt 28 april 2004, L/N AO8491 (Lochem). Zie J.B. Mus, ‘Permanente bewoning van recreatieverblijven’,

<http://www.akd.nl/pdf/BR_Permanente_bewoning_van_recreatiebedrijven_Mus.pdf>.

189 In dezelfde zin: RvSt 28 april 2004, AB 2004, 276 m.nt. RW.

toverformule van het EHRM ('striking the fair balance with the wide margin of appreciation') wordt plichtmatig genoemd en ook hier weer treft het voorstellen van het algemeen belang zonder een inventarisatie van de belangen aan de zijde van het individu.

Volstrekt onduidelijk is ook op wiens afweging in de derde alinea wordt gedoeld, die van de wetgever of van de gemeente Lochem. Zou gedoeld worden op die van de wetgever, dan lijkt mij de uitspraak onjuist, omdat art. 1 Protocol verlangt dat de *rechter* zijn *eigen* afweging maakt.

Ik betoog niet dat de uitspraak onjuist is, maar de wijze waarop hij is opgezet, is symptomatisch voor de aanpak door de Nederlandse rechter: de afweging is voorspelbaar en de overwegingen zijn plichtmatig.

Dezelfde karigheid vinden we terug in andere uitspraken van de Raad.¹⁹⁰ Zo wordt de Wet voorkeursrecht gemeenten als rechtmatig aangemerkt met een wonderlijke motivering:¹⁹¹

'Het tweede deel van art. 1 Eerste protocol bij het EVRM geeft de staat voorts het recht om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang, zodat reeds daarom van een schending van het eerste deel van dit artikel geen sprake is'.

Ook hier weer: geen *eigen* belangenafweging door de rechter op basis van een inventarisatie van de over en weer betrokken belangen, maar louter een referentie aan de belangenafweging door de wetgever, een benadering die mijns inziens volkomen strijdig is met (de ratio van) art. 1 Protocol.¹⁹² Deze bepaling wordt hierdoor een dode letter, want men kan er gevoeglijk van uitgaan dat de wetgever enige belangenafweging heeft gemaakt.

4 CONCLUSIES

Formele wetten kunnen in ieder geval worden getoetst aan een ieder verbindende verdragen. Deze toetsing geschiedt op nationaal niveau door de verschil-

190 Zie bijvoorbeeld RvSt 16 april 2003, AB 2004, 347 m.nt.ChB (Aanwijzing IJmeer als vogelbeschermingszone is een toelaatbare regeling van het gebruik van eigendom. Er is geen reden om aan te nemen dat het daarbij gaat om een individuele of buitensporige last voor de eigenaar of gebruiker die op voorhand een verplichting tot het aanbieden van schadevergoeding of nadeelscompensatie zou meebrengen) en RvSt 20 oktober 2000, L/JN AA8930 (A. Recycling Centrale/Zuid Holland), rov.2.4.2 (bestuursdwang inzake art. 18.8 lid 1 Wet milieubeheer).

191 RvSt 20 juni 2000, AB 2002, 23 m.nt. J.B. Mus. Ook de Hoge Raad is van oordeel dat de Wvg art. 1 Protocol niet schendt en ook hier ontbreekt de motivering; zie HR 17 november 2000, L/JN AA8353 (Stienstra Bedrijfsprojectontwikkeling c.s./Maastricht c.s.), rov. 3.6.

192 Stukken beter in dit opzicht: (een andere kamer van) RvSt 21 augustus 2002, L/JN AE6739 (Margraten), eveneens over de Wet voorkeursrecht gemeenten, rov. 2.9-2.11.

lende Nederlandse rechtscollages en op internationaal niveau door het EHRM, dat wél aan algemene rechtsbeginselen kan toetsen aangezien het deze integreert in de verschillende verdragsbepalingen. Daarnaast dient ook de formele wetgever zich steeds af te vragen of zijn wetgeving de toetsing aan art. 1 Protocol kan doorstaan.

Deze twee Nederlandse machten van de Trias Politica tonen koudwaterrees indien het aankomt op deze toetsing en verschuilen zich dikwijls achter de zeer ruim geformuleerde uitzonderingsmogelijkheden van deze bepaling. De wetgever kent steevast een dubbele Pavlov-reactie: de eerste is de ontkenning dat überhaupt een recht van eigendom in de zin van art. 1 Protocol bestaat. De tweede is dat, zo al zo'n eigendomsrecht moet worden aangenomen, een stoornis van de eigendom c.q. een regulering van het gebruik van de eigendom gerechtvaardigd is door het algemeen belang. De Nederlandse rechters geven de eerste linie vrij snel op, maar graven zich volledig in in de tweede linie, hierbij dankbaar gebruik makend van de ruimte die het EHRM hen hiertoe biedt, doordat ook de billijkheidsafweging ('fair balance') slechts marginaal mag worden getoetst ('the wide margin of appreciation').

Dit laatste valt te betreuren om verschillende redenen: (a) miskend wordt dat de billijkheidsafweging een rechterlijke werkzaamheid bij uitstek is, (b) marginale toetsing houdt verband met de Trias Politica en zij waakt ervoor dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten. In casu is van een bestuurlijke werkzaamheid van de rechter evenwel geen sprake, omdat de rechter zich niet bemoeit met de keuze van de Staat, maar zich uitsluitend inlaat met de vraag of de door de Staat gekozen optie een 'fair balance' constitueert, (c) de verdragrechtelijke bescherming van burger krijgt een vrijwel louter papieren betekenis, ondanks de zeer ruime opvatting die het EHRM heeft ten aanzien van het bereik van het begrip eigendom in de zin van art. 1 Protocol.

Een aantal zaken – Hatton/Verenigd Koninkrijk, Buckley/Verenigd Koninkrijk, López Ostra/Spanje, het minderheidsstandpunt in Gasus Dosier- und Fördertechnik/Nederland en de conclusie van A-G Wattel in de ziekenfondszaken – maakt duidelijk dat het ook heel anders kan en dat de rechter integraal kan toetsen of de Staat een 'fair balance' heeft weten te bereiken door na te gaan of de Staat heeft gedaan wat *naar het oordeel van de rechter noodzakelijk is* om dit evenwicht te bereiken. De 'wide margin of appreciation' dient beperkt te blijven tot de beleidsopties van de Staat, zoals terecht wordt overwogen in rov. 6.2.2. van het varkensrechtenarrest.¹⁹³ 'Waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit belang te dienen, komt de wetgever een 'wide margin of appreciation' toe.'¹⁹⁴

193 HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK en EAA.

194 Dit conform de vaste opvatting van het EHRM; zie laatstelijk EHRM 22 februari 2005, zaaknr. 35014/97 (Hutten-Czapska/Polen), § 185: 'States necessarily enjoy a wide margin of appreciation not only in regard to the existence of the problem of general concern

Slechts met inachtneming van de hier geschetste uitgangspunten kan art. 1 Protocol mede gezien het zeer ruime begrip eigendom dat het Hof hanteert, voor klagers het schild zijn dat het beoogt te zijn. Op sociaal, economisch en fiscaal terrein evenwel heeft een klager niets te verwachten van het EHRM.

warranting measures for control of individual property but also to the choice of the measures and their implementation.'

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0
- MI-5 S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7
- MI-17 H.J.Th.M. van Roosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation (oratie Leiden)*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5
- MI-36 U. Drobniig, H.I. Sagel-Grande & H.J. Sniijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Insolvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde (oratie Leiden)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces (diss. Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and Juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1
- MI-48 K. Teuben, *Rechtensregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4
- MI-57 P. Vos, *Kredietopraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, ISBN 90 6916 485 X
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3

- MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations* (diss. Leiden), 2004
- MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8
- MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8
- MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6
- MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8
- MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x
- MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4
- MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6
- MI-78 K. Teuben, *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1
- MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6
- MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5
- MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2
- MI-82 J. van der Leun & L. Vervoorn, *Slavernij-achtige uitbuiting in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 534 8
- MI-83 B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, ISBN 90 6916 526 0
- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel – van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6
- MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7
- MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen*, (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3

- MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7
- MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer ISBN 90 1303 156 0
- MI-98 Bundel n.a.v. congres Fiscaal overgangsbeleid van 15 april jl. (A. Lubbers en M. Bravenboer)
- MI-99 Bundel over Juridische positie Allochtone gezinnen (Nationale Gezinsraad E. Hooghiemstra en R. Heerema)
- MI-100 Verrassingsboek. Nader bekend te maken.
- MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië, ISBN 973 50 1106 9

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

- H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6
- T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)
- 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: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)
- H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of us Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0
(together with International Institute of Air and Space Law)
- E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x
- E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9
- E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2
- E.R. Muller, D. Starink, J.M.J. Bosch & I.M. de Jong, *Krijgsmacht. Studies over de organisatie en het optreden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 130 6
- E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 129 2

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

- BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
- BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
- BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
- BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
- BWKJ 5 (1989): Een internationale code
- BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
- BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
- BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
- BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
- BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
- BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht

BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
BWKJ 14 (1998): Koop!
BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties
BWKJ 20 (2004): Termijnen
BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht