



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2002). De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid. *Overheid & Aansprakelijkheid*, 2002(4), 102-116. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12978>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12978>

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

De betekenis van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik*

In deze bijdrage wordt onderzocht wat de betekenis is van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (het eigendomsrecht) voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid. Op basis van een analyse van de jurisprudentie van het EHRM en de Nederlandse rechter wordt geconcludeerd dat aan art. 1 EP een niet te onderschatten betekenis toekomt, met name waar het gaat om optreden van de formele wetgever dat iemands vermogenspositie schaadt. Ook biedt art. 1 EP waarborgen tegen de beperking van nationale regelingen voor de vergoeding van schade bij eigendomsinbreuken. Met het verdragsartikel wordt, zo blijkt ten slotte, mede als gevolg van de ontwikkelingen in de jurisprudentie, door bestuur en wetgever steeds meer rekening gehouden bij de voorbereiding van regelgeving en andere besluiten om zo aansprakelijkheid voor schade voortvloeiend uit een schending van art. 1 EP te voorkomen.

1 Inleiding

Bestudering van de jurisprudentie van lagere en hogere rechters leert dat de Nederlandse rechtspraktijk art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM definitief lijkt te hebben ontdekt, terwijl ook de aandacht daarvoor in de wetenschap is gegroeid.¹ De laatste jaren wordt op dit verdragsartikel, dat kort gezegd het eigendomsrecht beschermt, in toenemende mate een beroep gedaan. Daarbij gaat het met name om vorderingen uit onrechtmatige overheidsdaad of om bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot schadeveroorzakend overheidsoptreden dat zijn basis vindt in formele wetgeving. Juist op dat vlak lijkt art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna EP) te voorzien in een behoefte, zoals ook wordt aangegeven door de redactie van dit tijdschrift in het 'startartikel'.² Als gevolg van het nog steeds bestaande toetsingsverbod van art. 120 Grondwet mogen formele wetten niet worden getoetst aan het eveneens in de Nederlandse Grondwet gewaarborgde eigendomsrecht (art. 14) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals de met het eigendomsrecht in zekere zin verwante beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. Een recent en veel besproken voorbeeld van de toepassing van art. 1 EP op dit vlak biedt de strijd van de varkensboeren tegen de

Wet herstructurering varkenshouderij (Whv), die inmiddels is uitgemond in een arrest van de Hoge Raad.³

De hiervoor beschreven ontwikkeling vormt de aanleiding voor deze bijdrage, waarin een inventarisatie en analyse van de toepassing van art. 1 EP wordt gemaakt om zo de vraag te beantwoorden welke (potentiële) betekenis dit verdragsartikel heeft voor het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 2 van deze bijdrage worden in dat kader mede aan de hand van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten voor de Mens (hierna EHRM of Hof) te Straatsburg de hoofdlijnen van de in art. 1 EP neergelegde rechtsbeginselen geschetst. In paragraaf 3 komt de belangrijkste Nederlandse rechtspraak ter zake van art. 1 EP aan de orde. In paragraaf 4 wordt een kort uitstapje gemaakt naar de toetsing door de Nederlandse rechter van bestuurshandelingen niet inhoudende formele wetgeving aan art. 14 Grondwet en – op zeer beknopte wijze – aan de met het eigendomsrecht in verband staande beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. Tevens wordt in deze paragraaf gezien of art. 1 EP een meerwaarde heeft ten opzichte van art. 14 Grondwet en de genoemde rechtsbeginselen. In paragraaf 5 volgen tot besluit enkele afsluitende beschouwingen waarbij ook kort wordt ingegaan op mogelijkheden voor de overheid om aansprakelijkheid wegens schending van art. 1 EP te voorkomen.

* Mr. T. Barkhuysen is advocaat te Amsterdam bij Stibbe en per 1 november 2002 universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden.

Mr. M.L. van Emmerik is werkzaam bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Hij schrijft op persoonlijke titel. Dit artikel is afgerond op 9 september 2002.

2 Hoofdpijnen art. 1 EP en de Straatsburgse jurisprudentie

2.1 Introductie van het verdragsartikel

Hoewel de bescherming van het eigendomsrecht gemeengoed is in vele constituties over de hele wereld, konden de partijen het bij de totstandkoming van het EVRM niet eens worden over een daartoe strekkende bepaling.⁴ Daarin slaagde men na moeizame onderhandelingen pas later, waarna het eigendomsartikel in het Eerste Protocol terecht is gekomen, dat overigens geacht moet worden deel uit te maken van het EVRM zelf. De tekst van art. 1 EP – die geleet op de formulering en de vele clausuleringen duidelijk de sporen draagt van de moeizame totstandkoming – luidt in de officiële Nederlandse vertaling als volgt:

1 Afgezien van annotaties onder met name EHRM-uitspraken kan worden verwezen naar W. Snijders, 'De toekomst van de eigendom', in: B.W.M. Nieskens-Ispording e.a. (red.), *In het nu wat worden zal*, Schoordijk-bundel, Kluwer: Deventer 1991, p. 249-265; T. Hartlief, 'Het recht op eigendom onder het EVRM', in: A.W. Heringa & E. Myjer (red.), *45 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekrij 1996, p. 129-146; de verschillende bijdragen in J.P. Loof a.o. (eds.), *The right to property, The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000; H.D. Ploeger, 'Eigendom in het licht van het EVRM', *WPNR* 2000, p. 687-695. Vgl. in bredere zin ook J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMThemis* 2000, p. 203 e.v.

2 J.E.M. Polak e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2002: de stand van de rechtsonwikkeling', *O&A* 2002, p. 2-14 op p. 6-7.

3 HR 16 november 2001, AB 2002, 25, m.nt. PvB, JB 2002, 2, m.nt. AWH, JM 2002, 56, m.nt. Lambers, *Agrarisch Recht* 2002, 5020. Naar verluidt is naar aanleiding van dit arrest inmiddels een klacht ingediend bij het EHRM.

4 Zie voor een uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht A.J. van der Walt, *Constitutional property clauses*, Dordrecht: Kluwer Law International 1999. De totstandkoming van art. 1 EP wordt o.m. beschreven in D.J. Harris, M. O' Boyle & C. Warbrick, *Law of the*

ECHR, London/Dublin/Edinburgh: Butterworth 1995, p. 516-517. Zie voor een analyse van de bescherming van het recht op eigendom als mensenrecht Th.R.G. van Banning, *The Human Right to Property* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2002.

5 Zie nader over art. 1 EP o.m. P. van den Broek, 'The Protection of Property Rights under the European Convention on Human Rights', in: *Legal Issues of European Integration* 1986, p. 52-90; J.A. Frowein, 'The Protection of Property', in: R.St.J. Macdonald et al. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London: Nijhoff 1993, p. 515-530; Harris, O' Boyle & Warbrick, a.w., p. 516-539; P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International 1998, p. 618-643; J.G.C. Schokkenbroek, 'Het Eerste Protocol – Art. 1 Eigendom', in: A.W. Heringa et al. (red.), *Rechtspraak & Commentaar EVRM* (losbladig), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998 e.v.; M. Carss-Frisk, *The right to property, A guide to the implementation of Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 4, Council of Europe: Strasbourg 2001.

6 EHRM 23 september 1982, Series A, vol. 52, NJ 1988, 290, m.nt. EAA.

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

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

Mogelijk mede als gevolg van de gekozen formulering heeft art. 1 EP in de Straatsburgse jurisprudentie lange tijd een ondergeschikte rol gespeeld. In het besef dat de bescherming van de vrijheid van het individu het niet kan stellen zonder een reële bescherming van het eigendomsrecht zijn het EHRM en zijn inmiddels opgeheven voorportaal – de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECieRM) – in de loop der tijd echter toch gaan bouwen aan een uitgebreide jurisprudentie. Daarmee werd het bereik en de betekenis van art. 1 EP steeds meer verduidelijkt, hoewel er – zoals bij de hiernavolgende bespreking van de hoofdlijnen van deze jurisprudentie zal blijken – nog belangrijke vragen onbeantwoord zijn gebleven.⁵

Een belangrijke uitspraak in dit verband deed het Hof in 1982 in de zaak *Sporrong en Lönnroth t. Zweden*,⁶ waarin het in art. 1 EP drie afzonderlijke hoofdregels onderscheidde:

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

Het EHRM ziet de eerste regel als het algemene beginsel, terwijl de twee volgende regels daar een uitwerking van zijn. Deze regels dienen in onderlinge samenhang te worden gezien. Opvallend is dat op grond van art. 1 EP naast natuurlijke personen ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op de bescherming van hun eigendomsrecht.

Voor een geslaagd beroep op art. 1 EP moet het wel gaan om een aan een verdragsstaat toerekenbare schending van het eigendomsrecht. Primair moet hierbij worden gedacht aan schendingen van het eigendomsrecht die door handelen van de staat worden veroorzaakt. De staat dient zich te onthouden van niet gerechtvaardigde inmengingen in het eigendomsrecht. Het EVRM heeft namelijk in beginsel betrekking op de verhouding staat-burgers; alleen de staat kan, met andere woorden, direct wegens een schending van art. 1 EP in rechte worden betrokken. Toch kunnen de bepalingen van het

EVRM, en meer in het bijzonder het eigendomsrecht, ook van belang zijn in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen tussen burgers en private rechtspersonen. Daarvoor is echter vereist dat een aansprakelijkheid van de staat kan worden geconstrueerd, dat wil zeggen dat de staat verantwoordelijk kan worden gesteld voor de schending van het eigendomsrecht in de horizontale verhouding. Dit zou kunnen doordat de staat heeft nagelaten de ene burger te beschermen tegen de eigendomsinbreuk door een andere burger, bijvoorbeeld door het niet (voldoende) bieden van wettelijke (rechts)bescherming tegen inbreuken of door het niet-optreden van politieke en justitiële autoriteiten tegen strafbare inbreuken op het eigendomsrecht, zoals vernieling of brandstichting.⁷ Uit art. 1 EP kunnen derhalve voor de staat ook positieve verplichtingen voortvloeien. Zo oordeelde het Hof dat de Italiaanse overheid had moeten helpen bij de uitzetting van mensen in een woning toebehorend aan de klager door een daarop betrekking hebbend rechterlijk vonnis daadwerkelijk ten uitvoer te leggen.⁸

Tussen art. 1 EP en art. 6 EVRM (het recht op toegang tot de rechter en 'fair trial' bij geschillen over 'civil rights and obligations') bestaat een nauw verband, nu een eigendomsrecht meestal ook kwalificeert als een 'civil right'.⁹ Datzelfde geldt ten aanzien van art. 13 EVRM (het recht op een effectief nationaal rechtsmiddel bij – beweerde – schendingen van het EVRM). Dit impliceert dat er met betrekking tot geschillen over eigendomsrechten moet zijn voorzien in een adequaat systeem van nationale rechtsbescherming, hetgeen nog eens wordt onderstreept door de hiervoor aangehaalde jurisprudentie over de positieve verplichtingen voor de staat op grond van art. 1 EP zelf.¹⁰

Verder is het de staat op grond van art. 14 EVRM verboden om een ongerechtvaardigd onderscheid te maken of te laten bestaan waar het betreft de uitoefening van het eigendomsrecht. Daarbij kan het gaan om relatief technische kwesties, met vaak grote (financiële) gevolgen. Zo is Nederland recentelijk door het EHRM veroordeeld wegens discriminatie omdat het AOW-pensioen – dat door art. 1 EP wordt beschermd – van de klaagster werd gekort vanwege het feit dat haar echtgenoot jarenlang in het buitenland had gewerkt, terwijl een getrouwde man in dezelfde situatie als klaagster niet op zijn pensioen zou zijn gekort.¹¹

2.2 Autonome en ruime uitleg van het eigendomsbegrip

Waar het betreft de betekenis van art. 1 EP is het van groot belang dat het EHRM een autonoom – ongeacht de classificatie naar nationaal recht – en ruim eigendomsbegrip hanteert. Behalve wat onder het nationale recht als eigendom wordt gekwalificeerd, kunnen ook eigendom zijn in de zin van art. 1 EP 'certain other rights and interests constituting assets'.¹² De Nederlandse jurist, die het eigendoms-

Waar het betreft de betekenis van art. 1 EP is het van groot belang dat het EHRM een autonoom en ruim eigendomsbegrip hanteert

begrip van het Burgerlijk Wetboek¹³ in zijn hoofd heeft, zal opkijken van wat er allemaal onder het Straatsburgse eigendomsbegrip kan vallen. Zo hebben het Hof en daarvoor de Commissie bepaald dat onder eigendom in de zin van art. 1 EP ('possessions' in de Engelse authentieke tekst en 'biens' in de Franse

authentieke tekst) kunnen vallen: door (verplichte) bijdragen opgebouwde pensioenrechten,¹⁴ de aandelen in een vennootschap,¹⁵ goodwill,¹⁶ het recht van onwettige kinderen om te erven van hun natuurlijke ouders,¹⁷ de economische belangen verband houdend met het drijven van een restaurant,¹⁸ de op basis van een in een publiek register opgenomen vergunning gerechtvaardigde verwachting dat een aangekocht stuk land zou mogen worden ontwikkeld voor industriële doeleinden,¹⁹ een door de rechter of arbitrale uitspraak erkende claim tegen de staat,²⁰ een zekerheidsrecht,²¹ een van rechtswege erkende vordering uit onrechtmatige daad,²² een speciale nooduitkering wegens werkloosheid,²³ de verplichte premieafdracht voor de Algemene kinderbijslagwet,²⁴ een klantenbestand van een bioscoop,²⁵ het in de nationale procedure geldend kunnen maken van het recht om op grond van een – door de staat niet tijdig geïmplementeerde – EG-richtlijn geen BTW te hoeven afdragen, zo nodig ook met doorbreking van het kracht van gewijsde van een eerdere rechterlijke uitspraak als dat de enige mogelijkheid is om het eigendomsrecht geldend te kunnen maken²⁶ en een illegale maar door de autoriteiten gedoogde woning.²⁷ Uiteraard heeft het Hof ook de meer klassieke zaken onder het eigendomsbegrip geschaard, zoals de eigendom van een stuk land²⁸ of een huis. Ook de beperkingen op het gebruik van de eigendom vallen onder de reikwijdte van het eigendomsbegrip, bijvoorbeeld de verplichting om jacht op een in eigendom toebehorend perceel te gedogen.²⁹

Uit het voorgaande blijkt dat het eigendomsrecht een breed bereik heeft, hetgeen echter niet betekent dat het Hof in het geheel geen grenzen stelt. Een belangrijke beperking kan worden gevonden in de eis dat het recht of belang met voldoende zekerheid moet vaststaan. Zo kan het eigendomsrecht niet worden ingeroepen in verband met een nog niet opengevallen nalatenschap³⁰ of een niet onherroepelijke rechterlijke uitspraak over een vorderingsrecht.³¹ Het moet in de woorden van het Hof gaan om: 'assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a "legitimate expectation" of obtaining effective enjoyment of a property right'.³² In deze lijn past ook de con-

stante jurisprudentie dat de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende is voor de toepasselijkheid van art. 1 EP.³³

2.3 Inmenging in het eigendomsrecht en rechtvaardiging daarvan

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

Alvorens aan de vraag over de rechtvaardiging toe te komen, zal het Hof natuurlijk eerst moeten bepalen of er wel sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP. De meest vergaande inmenging in het eigendomsrecht is de ontname van eigendom (de hiervoor genoemde tweede hoofdregel uit art. 1 EP). Er moet dan sprake zijn van een eigendomsoverdracht in juridische dan wel – en daarover gaan de meeste uitspraken van het Hof – in feitelijke zin, zodanig dat het recht om te beschikken over het eigendom verloren gaat.³⁴ Een minder vergaande inmenging wordt gevormd door de regulering van eigendom (de derde hoofdregel uit art. 1 EP). Daarvan is sprake wanneer de gebruiksmogelijkheden van de eigendom worden beperkt, zonder dat echter het beschikkingsrecht

- 7 Vgl. EHRM 25 april 1996, Gustafsson t. Zweden, *RJD* 1996, *NJ* 1997, 729, *NJCM-Bulletin* 1998, p. 18 e.v., m.nt. Schut; EHRM 10 mei 2001, Cyprus t. Turkije, *RJD* 2001.
- 8 EHRM 11 januari 2001, Lunari t. Italië, *RJD* 2001; EHRM 11 januari 2001, Tangenelli t. Italië, *RJD* 2001 en EHRM 11 januari 2001, P.M. t. Italië, *RJD* 2001.
- 9 Zie bijv. EHRM 6 december 2001, Yagtzilar e.a. t. Griekenland, *RJD* 2001, EHRC 2002, 5 (onteigening van een olijfgaard zonder enige compensatie, waarbij de betrokkenen na 63 jaar wegens verjaring niet-ontvankelijk in hun vordering werden verklaard, hetgeen volgens het Hof een schending van art. 6 EVRM en 1 EP inhoudt).
- 10 Zie E.A. Alkema, 'The concept of property – In particular in the ECHR', in: J.P. Loof a.o. (eds.), a.w., p. 17-28.
- 11 EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland, *RJD* 2002, EHRC 2002, 60, m.nt. Driessen, *USZ* 2002, 215, m.nt. Driessen. Een ander voorbeeld van een schending van art. 1 EP jo. 14 EVRM, ditmaal m.b.t. de verplichting van ongetrouwde kinderloze mannen ouder dan 45 jaar premie te betalen voor de Algemene kinderbijslagwet terwijl er voor vrouwen in dezelfde situatie was voorzien in een vrijstelling, biedt EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland, *RJD* 1997, *NJ* 1997, 580, m.nt. PJB, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 475 e.v., m.nt. Heringa. Vgl. ook de veroordeling in EHRM 11 juni 2002, Willis t. Verenigd Koninkrijk, *RJD* 2002, EHRC 2002, 62, m.nt. Gerards (discriminatie o.g.v. geslacht m.b.t. een weduwepensioen).
- 12 Vgl. EHRM 5 januari 2000, Beyeler t. Italië, *RJD* 2000, EHRC 2000, 18, m.nt. Heringa, *AB* 2000, 235, m.nt. LV.
- 13 Art. 5:1, eerste lid, BW luidt: 'Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.'
- 14 ECieRM 1 oktober 1975, Müller t. Oostenrijk, *D&R* 1975, 3, p. 25. Zie ook EHRM 1 juni 1999, Skorkiewicz t. Polen, *RJD* 1999. Een bijzonder geval is EHRM 20 juni 2002, Azinas t. Cyprus, *RJD* 2002, EHRC 2002, 67, m.nt. Van der Velde, waarin geen sprake was van verplichte premieafdracht, maar waarin het Hof onder de bescherming van art. 1 EP bracht de rechten voortvloeiend uit de verplichting tot pensioenbetaling die de werkgever bij het aangaan van de arbeidsrelatie op zich had genomen.
- 15 ECieRM 12 december 1983, Bramelid & Malmström t. Zweden, *D&R* 1983, 38, p. 18.
- 16 EHRM 26 juni 1986, Van Marle t. Nederland, *Series A*, vol. 101, *NJ* 1987, 581, m.nt. EAA.
- 17 EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk, *Series A*, vol. 126.
- 18 EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden, *Series A*, vol. 159.
- 19 EHRM 29 november 1991, Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland, *Series A*, vol. 222.
- 20 EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland, *Series A*, vol. 301-B, *NJ* 1996, 592, m.nt. EJD.
- 21 EHRM 23 februari 1995, Gasus Dosier- und Fördertechnik t. Nederland, *Series A*, vol. 306-B, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 1084, m.nt. Koopman.
- 22 EHRM 20 november 1995, Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België, *Series A*, vol. 332, *NJ* 1996, 593, m.nt. EJD.
- 23 EHRM 16 september 1996, Gaygusuz t. Oostenrijk, *RJD* 1996, *NJ* 1998, 738, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 461, m.nt. Groenendijk.
- 24 EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland, *RJD* 1997, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 475 e.v., m.nt. Woltjer.
- 25 EHRM 25 maart 1999, Iatridis t. Griekenland, *RJD* 1999.
- 26 EHRM 16 april 2002, S.A. Dangeville t. Frankrijk, *RJD* 2002, *NJB* 2002, p. 1112, nr. 26, EHRC 2002, 45, m.nt. Heringa.
- 27 EHRM 18 juni 2002, Öneriyildiz t. Turkije, *RJD* 2002, *NJB* 2002, p. 1615, nr. 38 (het betrof hier een illegale woonconstructie in een Istanbulse sloppenwijk).
- 28 Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, Papamichalopoulos t. Griekenland, *Series A*, vol. 260-B.
- 29 EHRM 29 april 1999, Chassagnou e.a. t. Frankrijk, *RJD* 1999, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 771 e.v., m.nt. Bosma & Mendelts.
- 30 EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, *Series A*, vol. 31, *NJ* 1980, 462, m.nt. Alkema.
- 31 EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland, *Series A*, vol. 301-B, *NJ* 1996, 592, m.nt. EJD.
- 32 EHRM 12 juli 2001, Hans Adam II of Liechtenstein t. Duitsland, *RJD* 2001, EHRC 2001, 64, m.nt. Van der Velde.
- 33 Vgl. ECieRM 13 december 1979, *D&R* 18, p. 216; EHRM 19 oktober 2000, Ambruosi t. Italië, *RJD* 2000.
- 34 Zie bijv. EHRM 24 juni 1993, Papamichalopoulos t. Griekenland, *Series A*, vol. 260-B en EHRM 28 oktober 1999, Brumaresco t. Roemenië, *RJD* 1999.

daarover (geheel) verloren gaat. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden gedacht aan beperkingen van de gebruiksmogelijkheden van land als gevolg van ruimtelijke regelgeving of een wettelijk maximum voor toegestane periodieke huurprijsstijgingen.³⁵ Opgemerkt moet worden dat de jurisprudentie in het algemeen geen duidelijkheid geeft over de precieze grens tussen ontneming en regulering (respectievelijk de tweede en derde hoofdregel), welke onduidelijkheid sterk samenhangt met wat als

De jurisprudentie geeft in het algemeen geen duidelijkheid over de precieze grens tussen ontneming en regulering

eigendom kwalificeert in een concrete zaak. Een voorbeeld hiervan biedt de al eerder aan-gehaalde zaak *Tre Traktörer Aktiebolag* waarin het Hof een ondernemingsgebon-den drankvergunning niet als zodanig aan-merkte als een 'possession', maar slechts als belangrijk onderdeel van de totale bedrijfs-

uitoefening van het restaurant in kwestie. De intrekking van de vergunning, die op zich een zelfstandige waarde vertegenwoordigde, werd dan ook niet beschouwd als een ontneming van eigendom maar als te rechtvaardigen regulering.³⁶ In een aantal uitspraken laat het Hof ter vermijding van lastige juridische vragen zelfs in het midden of er sprake is van ontneming dan wel regulering, maar past meteen de eerste hoofdregel toe, het algemene beginsel van ongestoord eigendomsgeenot.³⁷ Ook zijn er zaken denkbaar die duidelijk noch onder ontneming, noch onder regulering kunnen worden geschaard. Een voorbeeld daarvan is een zaak waarin een waardedrukkend illegaal bouwwerk naast de woning van klager op grond van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak zou moeten worden gesloopt, maar de autoriteiten weigerden het bouwwerk daadwerkelijk te (doen) verwijderen.³⁸ Overigens levert niet elk handelen of nalaten van de overheid ter zake van eigendom een inmenging daarin op. Zo wordt een louter immateriële aantasting van het woongenot door geluidhinder in beginsel niet beschouwd als een inmenging in het eigendomsrecht, zoals beschermd door art. 1 EP.³⁹ Indien eenmaal is vastgesteld dat sprake is van een inmenging in het eigendomsrecht, beziet het Hof volgens een vast algemeen toetsingskader of deze kan worden gerechtvaardigd. Dit kader is in beginsel voor alle te onderscheiden vormen van inmenging vergelijkbaar, ook als het Hof in het midden laat of sprake is van ontneming of regulering en het de eerste hoofdregel van art. 1 EP toepast. In de eerste plaats gaat het Hof na of de inmenging bij wet is voorzien, hetgeen ook betekent dat de inmenging niet in strijd mag komen met het rechtszekerheidsbeginsel noch met het verbod van willekeur.⁴⁰ De nationale rechtsbasis voor de inmenging moet vol-

doende precies, toegankelijk en voorzienbaar zijn. In het kader van deze toets speelt verder een rol de vraag in hoeverre in de beschikbare nationale procedures de kwestie van inmenging in het eigendomsrecht aan de orde kon komen.⁴¹ Daarna wordt bezien of de inmenging een gerechtvaardigd algemeen belang dient, hetgeen in de rechtspraak meestal wordt aangenomen.⁴² Voorts is het de vraag of de inmenging proportioneel is, dat wil zeggen of er een 'fair balance' c.q. rechtvaardig evenwicht bestaat tussen de eisen van het algemene belang en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu, waarbij behalve het optreden van de staat ook het gedrag van de klager een rol kan spelen. Dit betekent dat een inmenging in het algemeen belang moet plaatsvinden en geen onevenredige last ('excessive burden') op de betrokkene mag leggen. De vraag of aan dit laatste criterium is voldaan, staat centraal in een meerderheid van de art. 1 EP-zaken voor het Hof en kan vergeleken worden met de toepassing van het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' in het Nederlandse recht. Net als in de Nederlandse jurisprudentie, waar laatstgenoemde beginselen een rechtsplicht kunnen inhouden tot schadevergoeding, gaat ook het Hof in het kader van de toets aan dit criterium na of, en zo ja in welke mate, er schadevergoeding is geboden voor de ondervonden last. Naarmate de inmenging zwaardere negatieve gevolgen heeft, dient – zo blijkt uit de jurisprudentie – ruimere compensatie te worden geboden wil er sprake zijn van een 'fair balance'.⁴³ Indien aan één van de hiervoor onderscheiden rechtvaardigingsvereisten niet wordt voldaan, is er sprake van strijd met art. 1 EP.

2.4 Bijzondere waarborgen bij 'ontneming' van eigendom

Uit het voorgaande blijkt dat de grenzen tussen ontneming en regulering in de praktijk behoorlijk zijn gerelativeerd, maar toch blijft dit onderscheid van betekenis. Bij ontneming geldt namelijk – zo blijkt uit de jurisprudentie – een aantal bijzondere waarborgen. Zo lijkt uit de jurisprudentie te volgen dat de toetsing aan de hiervoor geschetste rechtvaardigingscriteria strenger is in gevallen van ontneming. Daarnaast – en dat is mogelijk nog belangrijker – blijkt uit de rechtspraak dat een ontneming van eigendom in het algemeen belang zonder enige vorm van compensatie – buitengewone omstandigheden daargelaten – als disproportioneel en daarmee in strijd met art. 1 EP wordt beschouwd. Bij ontneming is het uitgangspunt een 'full market value', dat wil zeggen een volledige schadevergoeding.⁴⁴ Vergoedingen die in geringe mate van dit uitgangspunt afwijken, worden echter in bepaalde gevallen door het Hof eveneens geaccepteerd.⁴⁵ Bovendien laat het Hof staten een ruime beoordelingsvrijheid bij het taxeren van de waarde van een eigendom volgens het genoemde uitgangspunt.

Daarbij kan het voorkomen dat in verschillende procedures met betrekking tot een zelfde eigendom verschillen optreden. Deze kunnen dus meestal door de beugel, zij het dat het Hof bij evident tegenstrijdige taxaties, waarbij de indruk van misbruik is ontstaan, strijd met art. 1 EP kan aannemen wegens overtreding van de eerste hoofdregel. Een dergelijk geval deed zich voor in een Finse onteigeningszaak waarbij – ten voordele van de staat – de waarde van de grond in de onteigeningsprocedure aanzienlijk lager werd getaxeerd dan in de successiebelasting-procedure.⁴⁶ De bescherming van art. 1 EP bij ontneming van eigendom (onteygening) strekt zich blijkens recente jurisprudentie in bepaalde gevallen ook uit tot na het moment waarop een – volgens de dan geldende maatstaven – toereikende schadevergoeding is uitgekeerd. Het Hof heeft een schending van art. 1 EP aangenomen in een Franse zaak waarin de overheid de daadwerkelijke uitvoering van het project ten behoeve waarvan was onteigend pas na negentien jaar ter hand nam, zonder daarvoor een

goede in het algemeen belang gelegen reden te hebben, terwijl tegelijkertijd de waarde van de grond fors was toegenomen. Volgens het Hof waren klagers onevenredig getroffen omdat hen geen aanvullende schadevergoeding werd toegekend. Het lijkt er op dat het Hof hiermee wil voorkomen dat staten onteigeningsinstrumenten gebruiken louter om ten koste van het individu te kunnen profiteren van waardeverhogingen van de betreffende grond.⁴⁷ Bij regulering van eigendom lijkt minder snel te worden aangenomen dat bij ontbrekende compensatiemaatregelen sprake is van een disproportionele inmenging.⁴⁸

2.5 Ruimte voor de staat: de 'margin of appreciation'

In het kader van de toetsing of is voldaan aan de voorwaarden die gelden voor een rechtmatige inmenging in het eigendomsrecht van art. 1 EP genieten verdragsstaten in het algemeen wel een ruime 'margin of appreciation', ofwel beoordelingsvrijheid. De overheid komt de vrijheid toe om in het algemeen belang, in het bijzonder met het oog op sociale en economische doelstellingen, bepaald beleid te voeren waarbij inmenging plaats kan vinden in eigendomsrechten. Hierbij valt onder meer te denken aan maatregelen op het gebied van de controle van de woningmarkt, belastingheffing, ruimtelijke ordening en grondpolitiek. Volgens het Hof zijn de nationale autoriteiten vanwege hun directe kennis over (de behoeften van) de samenleving in beginsel beter geëquipeerd dan de Straatsburgse organen om te beoordelen wat in het algemeen belang is. De nationale autoriteiten zullen dus in eerste instantie moeten beoordelen of een bepaald maatschappelijk probleem het rechtvaardigt om maatregelen te nemen die een inmenging in het eigendomsrecht opleveren. Het Hof is van oordeel dat de beoordelingsvrijheid voor staten als het gaat om de implementatie van sociaal-economische maatregelen ruim moet zijn. Gelet daarop zal het Hof het oordeel van de nationale autoriteiten over wat in het algemeen belang is dan ook in beginsel accepteren, tenzij deze beoordeling kennelijk zonder enige redelijke grond is.⁴⁹ Het Hof zal in ieder geval wel nagaan of er een belangenafweging op nationaal niveau heeft plaatsgevonden. Bij afwezigheid van een dergelijke belangenafweging zal het Hof oordelen dat art. 1 EP is geschonden. Als er echter een nationale procedure is geweest, waarin is getoetst of de inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen belang en in overeenstemming met het nationale recht heeft plaatsgevonden en waarin de belangen zorgvuldig zijn afgewogen en zonodig een redelijke schadevergoeding is aangeboden, zal het Hof niet licht aannemen dat art. 1 EP is geschonden. Overigens is het de vraag of de nationale rechter bij de toetsing van overheidsmaatregelen aan art. 1 EP ook gehouden is de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten te respecteren vanwege het

35 Zie resp. EHRM 29 november 1991, *Pine Valley Developments Ltd. t. Ierland*, *Series A*, vol. 222; EHRM 19 december 1989, *Mellacher e.a. t. Oostenrijk*, *Series A*, vol. 169.

36 EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, *Series A*, vol. 159. Zie ook EHRM 18 februari 1991, *Fredin t. Zweden*, *Series A*, vol. 192 (waarin de intrekking van een ontgrondvergunning ook als gerechtvaardigde regulering werd aangemerkt).

37 Zie bijv. EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth t. Zweden*, *Series A*, vol. 52, *NJ* 1988, 290, m.nt. EAA; EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries en Stratis Adreadis t. Griekenland*, *Series A*, vol. 301-B, *NJ* 1996, 592, m.nt. EJD; EHRM 20 juni 2002, *Azinas t. Cyprus*, *RJD* 2002, *EHRC* 2002, 67, m.nt. Van der Velde.

38 EHRM 20 juli 2000, *Antonetto t. Italië*, *RJD* 2000.

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

40 Zie bijv. EHRM 9 november 1999, *Spacek s.r.o. t. Tsjechië*, *RJD* 1999, *EHRC* 1999, 8, m.nt. Heringa en EHRM 30 mei 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. t. Italië*, *RJD* 2000, *EHRC* 2000, 59, m.nt. Janssen.

41 Zie bijv. EHRM 24 oktober 1986, *Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*, *Series A*, vol. 108.

42 Alleen in evidente gevallen neemt het Hof aan dat de maatregel niet in het algemeen belang is. Vgl. EHRM 19 juni 2001, *Zwierzynski t. Polen*, *RJD* 2001 (de autoriteiten

weigerden een aan de klager toebehorend pand terug te geven, terwijl zij dit op volstrekt onrechtmatige wijze in gebruik hadden als politiebureau).

43 Vgl. EHRM 29 april 1999, *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*, *RJD* 1999, *NJCM-Bulletin* 1999, p. 771 e.v., m.nt. Bosma & Mendelts.

44 EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, *Series A*, vol. 98, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 546 e.v., m.nt. Heringa; EHRM 9 december 1994, *Holy Monasteries t. Griekenland*, *Series A*, vol. 301-A, *NJ* 1996, 374, m.nt. EAA.

45 EHRM 25 maart 1999, *Papachelas t. Griekenland*, *RJD* 1999.

46 EHRM 21 mei 2002, *Jokela t. Finland*, *RJD* 2002, *EHRC* 2002, 56, m.nt. Heringa.

47 EHRM 2 juli 2002, *Motaïs de Narbonne t. Frankrijk*, *RJD* 2002, *EHRC* 2002, 71, m.nt. Schokkenbroek (overigens bevatten de Nederlandse Onteigeningswet en de verwante Wet voorkeursrecht gemeenten een voorziening voor de vergoeding van waardeverminderingen bij verdraging in de uitvoering van projecten). Het was al vaste jurisprudentie dat art. 1 EP individuen bescherming biedt tegen geldontwaarding in het geval de staat talmet met uitbetaling van een na een onteigening vastgestelde schadevergoeding. Zie bijv. EHRM 9 juli 1997, *Akkus t. Turkije*, *RJD* 1997.

48 EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, *Series A*, vol. 159; EHRM 18 februari 1991, *Fredin t. Zweden*, *Series A*, vol. 192.

49 EHRM 21 februari 1986, *James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, *Series A*, vol. 98, *NJCM-Bulletin* 1986, p. 546 e.v., m.nt. Heringa, par. 46.

concept van de 'margin of appreciation'. Hoewel de Nederlandse rechter – waarover in de volgende paragraaf meer – dit lijkt te doen, zou ook betoogd kunnen worden dat het concept van de 'margin of appreciation' alleen moet gelden in de verhouding van het Straatsburgse Hof tot de nationale autoriteiten.⁵⁰ Hoe dit ook zij, in elk geval moet worden vastgesteld dat de toepassing van de 'margin of appreciation' de staat een relatief grote ruimte biedt bij inmengingen in het eigendomsrecht.

2.6 Balans

Het grote aantal Straatsburgse uitspraken ten aanzien van art. 1 EP overziend, kan worden geconcludeerd dat het EHRM verdragsstaten in het algemeen een ruime beoordelingsmarge laat en niet snel een schending van art. 1 EP constateert. De arresten waarin het Hof een schending van art. 1 EP heeft aangenomen, zijn in de eerste plaats gevallen

Het EHRM laat verdragsstaten in het algemeen een ruime beoordelingsmarge en constateert niet snel een schending van art. 1 EP

waarin de onteigening niet *lawful* was in de betreffende staat en, in de tweede plaats, zaken waarin de burger lange tijd in onzekerheid werd gelaten terwijl er allerlei gebruiksbeperkingen op zijn eigendom waren gelegd.⁵¹ In de derde plaats kan worden gewezen op gevallen waarin de overheid de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak, waarin een claim tegen de

overheid wordt gehonoreerd, doorkruist, bijvoorbeeld door een latere wet.⁵² Ten slotte is het Hof ook bereid een schending van art. 1 EP aan te nemen in gevallen van eigendomsontnemning waarin duidelijk te weinig of ten onrechte geen schadevergoeding door de overheid wordt aangeboden.⁵³

3 De Nederlandse rechtspraak over art. 1 EP

3.1 Introductie

Nadat in de vorige paragraaf de hoofdlijnen van de Straatsburgse jurisprudentie over art. 1 EP zijn geschetst, is het tijd om te bezien wat voor effect art. 1 EP tot nu toe in de nationale rechtspraak heeft gehad. Vastgesteld kan worden dat er de laatste jaren steeds vaker een beroep wordt gedaan op art. 1 EP en dat de rechter regelmatig overwegingen wijdt aan dit verdragsartikel. In deze paragraaf zullen de meest in het oog springende zaken in kaart worden gebracht waarbij voor het gemak de volgende globale – de genoemde categorieën overlappen

immers deels – indeling wordt gevolgd: uitkeringen, verkregen rechten, vorderingsrechten, terugwerken-de kracht, regulering grondgebruik en een categorie overige zaken.

3.2 Uitkeringen

Op het terrein van de sociale zekerheid wordt geregeld een beroep gedaan op art. 1 EP. In paragraaf 2 van deze bijdrage bleek reeds dat in twee Nederlandse zaken met betrekking tot sociale zekerheid door het EHRM een schending van art. 14 EVRM jo. 1 EP is geconstateerd.⁵⁴ Een belangrijke uitspraak is die van de Centrale Raad van Beroep inzake de vervanging van de Algemene Weduwen- en Wezenwet (AAW) door de Algemene nabestaandenwet (Anw). Weduwen van wie de partners onder de AAW premie hadden betaald en die reeds onder die wet een uitkering ontvingen, werden als gevolg van de vervanging van de AAW door de Anw geconfronteerd met een aanzienlijke inkomensachteruitgang. Dit omdat de Anw, anders dan de AAW, uitgaat van een inkomensafhankelijke uitkering en niet voorziet in een overgangsregeling die deze achteruitgang voor de bestaande gevallen toereikend compenseert. De Centrale Raad van Beroep erkent wel dat het gaat om 'possessions' in de zin van art. 1 EP en gaat ook met appellanten mee in hun betoog dat sprake is van een gedeeltelijke ontneming van eigendom. Toch meent de Centrale Raad van Beroep dat daarvoor geen volledige compensatie zou hoeven te worden geboden, met name omdat art. 1 EP naar zijn oordeel niet zover strekt dat het de staat ten enenmale onmogelijk zou maken in bestaande sociale zekerheidsrechten in te grijpen. Nu de Centrale Raad de ingreep ook overigens in overeenstemming met het algemeen belang acht, komt hij tot de conclusie dat art. 1 EP niet is geschonden.⁵⁵ In een andere uitspraak komt de Centrale Raad van Beroep tot het oordeel dat de maatregel van volledige weigering van een WW-uitkering vanwege het niet-nakomen van de verplichting om te voorkomen dat verwijtbare werkloosheid ontstaat, geen verboden vorm van eigendomsontnemning in de zin van art. 1 EP oplevert. De Raad overweegt dat – daargelaten of sprake is van ontneming in de zin van art. 1 EP – in casu geen onevenwichtige afweging tussen gediende gemeenschapsbelangen en het ingeroepen fundamentele recht heeft plaatsgevonden, terwijl evenmin kan worden staande gehouden dat geen redelijke proportionaliteitsrelatie bestaat tussen gekozen middelen en het beoogde doel.⁵⁶ Evenmin succes had een man die zich met een beroep op art. 1 EP verzette tegen de toepassing van de nieuwe Wet verevening pensioenrechten, op grond waarvan hij en zijn vrouw na hun scheiding ieder recht hadden op een gelijk deel van de door hem opgebouwde pensioenrechten. Volgens de Hoge Raad gaat het daarbij om regulering van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang, namelijk dat om redenen van sociale recht-

vaardigheid mannen en vrouwen na een scheiding gelijkelijk moeten kunnen profiteren van de tijdens het huwelijk opgebouwde rechten. De wetgever heeft daarmee volgens de Hoge Raad geen onevenredige last op de oorspronkelijke pensioengerechtigden gelegd.⁵⁷

3.3 Verkregen rechten

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

EP. De zaak komt uiteindelijk bij de Hoge Raad terecht die het arrest van het gerechtshof vernietigt, aangezien het hof weliswaar veronderstellenderwijs heeft geoordeeld dat sprake was van een ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP maar niet heeft nagegaan of hier een rechtvaardiging voor bestond en of in dat kader een schadevergoeding zou moeten worden geboden. De Hoge Raad verwijst de zaak naar een ander gerechtshof voor het alsnog uitvoeren van een deugdelijke toets aan art. 1 EP.⁵⁸ Een andere belangrijke zaak over verkregen rechten is die met betrekking tot de zogenaamde 'varkensrechten'. De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) uit 1998 beoogt de varkensstapel te reduceren door middel van het terugbrengen van het aantal toegekende varkensrechten. Deze varkensrechten waren eerder ingevolge een wet aan de varkenshouders toegekend op basis van het aantal varkens dat zij bezaten in een bepaalde periode. Vervolgens stond deze wet het vrij verhandelen van de rechten toe, hetgeen ertoe leidde dat varkenshouders hun varkensstapel uit konden breiden door van anderen rechten te kopen. Volgens de rechtbank kunnen deze rechten worden aangemerkt als vermogensbestanddelen in de zin van art. 1 EP. De rechtbank is van oordeel dat de maatregelen op grond van de Whv zijn te beschouwen als ontneming van eigendom in de zin van art. 1 EP, waarvoor – buitengewone omstandigheden daargelaten – een adequate schadevergoeding moet worden geboden.⁵⁹ Nu een schadevergoedingsregeling in de Whv ontbreekt, dienen de op de ontneming van eigendom van de rechten betrekking hebbende gedeelten van de wet daarom buiten toepassing te worden gelaten totdat zal zijn voorzien in een adequate schadevergoedingsregeling voor de eigenaren van de varkensrechten.⁶⁰ Het hof is in hoger beroep echter van oordeel dat de maatregelen in kwestie moeten worden beschouwd als regulering van eigendom: de varkensrechten worden gezien als onderdeel van het gehele bedrijf, waarmee het hof anders dan de rechtbank niet het accent legt op de zelfstandige verhandelbaarheid van de rechten. Vervolgens verricht het hof een toets naar de rechtvaardiging van de inmenging en concludeert dat de eerste korting van de varkensstapel (met 25%) proportioneel is en dat voor een tweede voorziene korting (met 10%) de noodzaak nog niet is aangetoond.⁶¹ De Hoge Raad meent met het hof dat sprake is van regulering van eigendom en lijkt daarmee de varkensrechten, hoewel zelfstandig verhandelbaar, in zekere zin op één lijn te stellen met niet als zelfstandig eigendomsrecht te kwalificeren publiekrechtelijke vergunningen. Daarbij speelt voor de Hoge Raad een belangrijke rol dat de varkensrechten het resultaat zijn van een publiekrechtelijke regeling tot beperking van de vrijheid van bedrijfsuitoefening. Verder is de Hoge Raad van oordeel dat er een evenredigheidstoets moet worden verricht waarbij de verplichting tot compensatie bestaat indien in een concreet geval sprake is van een individuele en onevenredig zware

50 In deze zin J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het EVRM* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 517.

51 A.W. Heringa, 'Artikel 1 Eerste Protocol EVRM: het eigendomsrecht', in: *Eigendom in het milieu-recht*, Centrum voor Omgevingsrecht/Nilos, Utrecht: 2001, p. 17-27, op p. 26; zie bijv. EHRM 5 januari 2000, Beyeler t. Italië, RJD 2000, EHRC 2000, 18, m.nt. Heringa, AB 2000, 235, m.nt. LV (de staat heeft vijf jaar gewacht met het uitoefenen van zijn voorkeursrecht op de aankoop van een schilderij van Van Gogh).

52 Zie bijv. EHRM 28 maart 2000, Georgiadis t. Griekenland, RJD 2000, EHRC 2000, 39, m.nt. Heringa.

53 Zie bijv. EHRM 11 januari 2001, Platakou t. Griekenland, RJD 2001, EHRC 2001, 17, m.nt. Heringa (de staat bood slechts 25 procent van de waarde van het onroerend goed volgens een officiële taxatie zonder deze afwijking te kunnen rechtvaardigen).

54 EHRM 21 februari 1997, Van Raalte t. Nederland, RJD 1997, NJCM-Bulletin 1997, p. 475 e.v., m.nt. Woltjer; EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland, RJD 2002, EHRC 2002, 60, m.nt. Driessen, USZ 2002, 215, m.nt. Driessen.

55 CRvB 24 januari 2001, RSV 2001,

138. Mede naar aanleiding van deze zaak is een klacht ingediend bij het EHRM. Vgl. CRvB 22 december 1999, NJB 2000, p. 331-332, nr. 5 ter zake van de beëindiging van een AAW-uitkering.

56 CRvB 16 augustus 2000, AB 2001, 103. Zie voor twee andere sociale zekerheidszaken waarin een vergeefs beroep werd gedaan op art. 1 EP Rechtbank Amsterdam 19 december 1997, USZ 1998, 40 (malusregeling) en CRvB 13 juni 2001, USZ 2001, 211 (AOW-toeslag).

57 Hoge Raad 24 oktober 1997, NJ 1999, 395, m.nt. JdB.

58 Hoge Raad 14 april 2000, NJ 2000, 713, m.nt. ARB, AB 2001, 135, m.nt. Van Kampen.

59 De rechtbank verwijst hierbij naar EHRM 9 december 1994, Holy Monasteries t. Griekenland, Series A, vol. 301-A, NJ 1996, 374, m.nt. EAA.

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

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

De Hoge Raad meent dat sprake is van regulering van eigendom en lijkt daarmee de varkensrechten, hoewel zelfstandig verhandelbaar, in zekere zin op één lijn te stellen met niet als zelfstandig eigendomsrecht te kwalificeren publiekrechtelijke vergunningen

last als gevolg van de wettelijke maatregelen. De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk dat art. 1 EP geen grond biedt om de Whv buiten toepassing te laten ten aanzien van varkenshouders die door de bestreden maatregelen slechts getroffen zijn in de varkensrechten die ingevolge de wet aan hen zijn toegekend en die zij niet op andere wijze tegen betaling hebben verworven. De maatregelen zijn jegens hen niet onevenredig. Wel is de Hoge Raad van oordeel dat nader onderzoek naar de evenredigheid moet plaatsvinden van de maatregelen jegens individuele varkenshouders, die bijvoorbeeld in verband met

de door de overheid gewekte verwachtingen kosten hebben gemaakt die zij anders niet zouden hebben gemaakt (waarbij bijvoorbeeld aan het bijkopen van rechten zou kunnen worden gedacht). De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het gerechtshof Den Haag op deze grond en verwijst de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het hof Arnhem.⁶²

Felle (juridische) strijd heeft ook plaatsgevonden ter zake van de liberalisatie van de markt voor taxivergunningen. In strijd met de wet was jarenlang een praktijk ontstaan en gedoogd waarbij taxivergunningen een schaars en verhandelbaar goed waren en – mede als gevolg daarvan – alleen tegen forse vergoedingen waren te verkrijgen. Met de invoering van de nieuwe Taxiwet werd aan deze praktijk een einde gemaakt, met name doordat de minister in plaats van de lokale autoriteiten bevoegd werd vergunningen te verstrekken en tegelijkertijd het maximumstelsel ter zake werd losgelaten. Als gevolg van deze maatregel verwaterde de waarde van de onder het oude regime verstrekte vergunningen sterk. Gedupeerde taxichauffeurs die zo hun investering en – veelal – ouderdomsvoorziening zagen verdampen stelden zich op het standpunt dat de wettelijke maatregelen de toets aan onder meer art. 1 EP niet zouden kunnen doorstaan: er zou sprake zijn van ontneming van eigendom zonder de daarbij verplichte compensatie te bieden. De Rechtbank 's-Gravenhage maakt echter korte metten met dit betoog. Er zou noch sprake zijn van ontneming, noch van regulering van eigendom, nu de Taxiwet de markt juist vrijmaakt en eerder verstrekte ver-

gunningen respecteert. Ten overvloede wordt daarbij aangegeven dat zelfs als al aangenomen zou kunnen worden dat het gaat om regulering, er geen sprake is van een individuele en excessieve last, zodat deze inmenging als gerechtvaardigd beschouwd zou kunnen worden.⁶³

3.4 Vorderingsrechten

In twee arresten sprak de Hoge Raad zich uit over de positie van crediteuren in een faillissement in verband met het recht op eigendom, zoals gegarandeerd door art. 1 EP. De Hoge Raad overwoog in dit verband: 'De sedert 1983 in de rechtspraak aangenomen bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij die benadeling betrokken derde staat, ongeacht of de curator van deze bevoegdheid gebruik maakt of niet, niet eraan in de weg dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Voor een andersluidend oordeel zou, mede in verband met het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn.' Deze grondslag ontbreekt echter volgens de Hoge Raad.⁶⁴

3.5 Terugwerkende kracht

De Hoge Raad heeft bepaald dat de toekenning van terugwerkende kracht aan een wijziging in de overdrachtsbelasting niet in strijd is met art. 1 EP. Bij wet van 18 december 1995 is aan de Wet op de belastingen van rechtsverkeer een bepaling toegevoegd waarin voor de toepassing van die wet onder verkrijging van een onroerende zaak mede wordt begrepen de verkrijging van de economische eigendom van een dergelijke zaak. Een en ander met terugwerkende kracht tot en met 31 maart 1995, tenzij wordt aangetoond dat de verkrijging nadien van de economische eigendom van een onroerende zaak het gevolg is van een op 31 maart 1995, 18.00 uur bestaande schriftelijke overeenkomst. Het laatstgenoemde tijdstip lag kort na het tijdstip waarop het voornemen van de wetswijziging bij persbericht was aangekondigd. De Hoge Raad verwerpt de stelling van een belanghebbende die als gevolg van de wetswijziging met een naheffingsaanslag in de overdrachtsbelasting is geconfronteerd, dat de terugwerkende kracht niet is toegestaan door art. 1 EP. De Hoge Raad overweegt daartoe in eerste instantie dat het EVRM uitdrukkelijk niet het recht aantast van verdragsstaten om belastingen te heffen, mits daarbij de door het EVRM gegarandeerde rechten worden gerespecteerd, terwijl geen van de in het EVRM neergelegde rechten een verbod inhoudt aan een wet op grond waarvan belasting wordt geheven terugwerkende kracht toe te kennen. Verder overweegt de Hoge Raad dat, anders dan het geval is ten aanzien van het bestraffen van gedragingen – waarvoor art. 7 EVRM een voorziening heeft – het EVRM

– waaronder begrepen het Eerste Protocol – geen bepaling bevat die het verdragsstaten verhindert bij wet een bepaling in te voeren waarbij transacties die voor de inwerkingtreding van die wet tot stand zijn gekomen, aan belasting worden onderworpen. De Hoge Raad verwijst hierbij naar EHRM 28 oktober 1999, *Zielinski, Gonzalez e.a. tegen Frankrijk*,⁶⁵ waarin het Hof heeft overwogen dat het de wetgever in zaken met betrekking tot burgerlijke rechten en verplichtingen niet is verboden om nieuwe, terugwerkende regelingen te treffen ten aanzien van rechten onder bestaande wetten. De Hoge Raad concludeert dat er geen reden bestaat om ten aanzien van de onderhavige regeling anders te oordelen, omdat de wetgever door terugwerkende kracht te beperken tot het tijdvak gelegen na het tijdstip waarop het voorstellen tot wetwijziging bekend was gemaakt, niet is getreden buiten de beoordelingsvrijheid die hem toekomt bij het tot stand brengen van belastingwetten.⁶⁶

3.6 Regulering grondgebruik

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

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt door het vestigen van een voorkeursrecht op grond van de Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvg) niet in strijd gehandeld met art. 1 EP. Als gevolg van de vestiging van een dergelijk recht op een perceel grond, dient de eigenaar van een perceel dit bij een voorgenomen vervreemding – kort gezegd – als eerste aan de gemeente aan te bieden. Deze kan het perceel dan tegen een normale – eventueel door deskundigen – vast te stellen marktprijs verwerven. Met de Wvg wordt beoogd gemeenten een instrument te geven om het tijdig verwezenlijken van bestemmingen beter te waarborgen. Hoewel de vestiging van een voorkeursrecht is te beschouwen als een inmenging (regulering) in

het eigendomsrecht, is volgens de Afdeling een redelijk evenwicht bereikt tussen het met de Wvg nagestreefd algemeen belang en de fundamentele rechten van de grondeigenaren.⁶⁷

In een andere uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat een bestemmingsplanregeling die permanente bewoning van een recreatiewoning verbiedt, niet buiten toepassing hoeft te worden gelaten wegens strijd met art. 1 EP. De Afdeling overweegt daartoe dat in zoverre de in deze verdragsbepaling neergelegde beperkingen van het gebruik van de recreatiewoning al zijn aan te merken als een aantasting van het recht op ongestoord genot van het eigendom, de bedoelde verdragsbepaling de toepassing van wetten die noodzakelijk kunnen worden geacht om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang onverlet laat. Volgens de Afdeling is de desbetreffende bestemmingsplanregeling aan te merken als een dergelijke toepassing.⁶⁸

3.7 Overig

Ook op een aantal andere terreinen dan de hiervoor genoemde is een beroep gedaan op het eigendomsrecht van art. 1 EP.

In een uitspraak uit 1994 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de verhouding tussen art. 42, tweede lid, van de Onteigeningswet (Ow) en art. 1 EP. Art. 42, tweede lid, Ow maakte om praktische redenen een uitzondering op het beginsel van volledige schadevergoeding in het onteigeningsrecht door de schadevergoeding voor een anders dan als bedrijfsruimte verhuurde onroerende zaak in het geval dat de huurtijd nog één of meer jaren moet duren, te fixeren op de huurprijs van twee jaar. De Hoge Raad overweegt dat de huurder in casu aan art. 1 EP dezelfde bescherming kan ontnemen als een eigenaar omdat het huurrecht, dat op grond van de wet eindigt als gevolg van de onteigening, is te beschouwen als een 'possession' in de zin van art. 1 EP. Naar het oordeel van de Hoge Raad staat de op grond van art. 42, tweede lid, Ow toegekende schadevergoeding niet in een redelijke verhouding tot het bedrag van de door de huurder als gevolg van de onteigening geleden schade. De Hoge Raad concludeert dat hierdoor sprake is van een ongerechtvaardigde inmenging (ontneming) in het eigendomsrecht en daarmee van een schending van art. 1 EP.⁶⁹

Minder succes had een minderheidsaandeelhouder die op grond van art. 2:92a BW gedwongen werd uitgekocht en zich met een beroep op art. 1 EP beklagde over de prijsbepaling ter zake van zijn aandelen. Daarvoor was de Ondernemingskamer uitgegaan van de beurskoers op een bepaald moment terwijl de aandeelhouder meende dat de intrinsieke waarde van de aandelen een meer objectieve indicatie was. De Hoge Raad overweegt dat uit art. 1 EP niet is af te leiden dat een voor uit te kopen aandelen te betalen prijs een andere dan een reële

62 Hoge Raad 16 november 2001, AB 2002, 25, m.nt. PvB, JB 2002, 2, m.nt. AWH, JM 2002, 56, m.nt. Lambers, *Agrarisch Recht* 2002, 5020. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze uitspraak T.A. van Kampen, *NTB* 2002, p. 58-66. Naar verluidt is naar aanleiding van deze uitspraak in Straatsburg een klacht ingediend.

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

64 Hoge Raad 21 december 2001, *JOR* 2002, 37 en 38, m.noten Faber en Bartman, *TvI* 2002, p. 173 e.v., m.nt. Van Koppen (die meent dat art. 2:138 en 248 BW wel een vol-

doende wettelijke grondslag bieden).

65 *RJD* 2000, *NJ* 2000, 524.

66 Hoge Raad 8 februari 2002, *NJB* 2002, p. 1116, nr. 20, *BNB* 2002, 137C, m.nt. Van Kesteren.

67 ABRvS 20 juni 2000, AB 2002, 23, m.nt. Mus. In vergelijkbare zin over de Wvg oordeelt HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 289, m.nt. P.C.E. van Wijmen. Zie ook ABRvS 21 augustus 2002, *Nieuwsbrief Justex*, nr. 324.

68 ABRvS 28 november 2001, *JB* 2002, 23. Vgl. ABRvS 1 november 1999, *JB* 1999, 299, m.nt. Heringa: in deze zaak ging het om een tracébesluit ten behoeve van de aanleg van de Betuweroute.

69 Hoge Raad 30 november 1994, AB 1995, 321, m.nt. Drupsteen ('Het witte paard').

prijs zou moeten zijn, en met name niet dat steeds de prijs in aanmerking zou moeten worden genomen, die volgens (theoretische) berekeningen het hoogste resultaat oplevert.⁷⁰

3.8 Balans

Uit het voorgaande zeker niet uitputtende overzicht van Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot art. 1 EP blijkt dat niet licht wordt aangenomen dat dit verdragsartikel is geschonden. De nadruk ligt op het voldoen aan formele vereisten, zoals het aanwezig zijn van een wettelijke basis en – voor de rechter die een beroep op art. 1 EP beoordeelt – het volgen van het uit de Straatsburgse jurisprudentie voortvloeiende toetsingsschema om te bepalen of sprake is van een inmenging en, zo ja, of deze te rechtvaardigen is. Daarbij dient in beginsel een toetsing op individueel niveau plaats te vinden, waarbij moet worden nagegaan of een inmenging al dan niet leidt tot een onevenredig zware last. Op het

Verder wordt niet snel aangenomen dat er een onevenredige last bestaat, ondanks in sommige casus evident optredende schade dan wel beschaamd vertrouwen

meer materiële vlak is de jurisprudentie terughoudend. Waar het betreft de noodzaak van een inmenging wordt het oordeel van het bestuur dan wel de wetgever gerespecteerd, vaak zonder dit grondig te motiveren (de eerder genoemde uitspraken van de Hoge Raad inzake de varkensboeren en in – in mindere mate – die inzake de scheepsmakelaars vormen positieve uitzonderingen in dit verband). Verder

wordt ook niet snel aangenomen dat er een onevenredige last bestaat, ondanks in sommige casus evident optredende schade dan wel beschaamd vertrouwen.

4 De betekenis van art. 14 Grondwet en de daarmee verwante fundamentele rechtsbeginselen vergeleken met de waarborgen van art. 1 EP

4.1 Art. 14 Grondwet

Het eigendomsrecht vindt behalve in art. 1 EP ook – zij het niet als subjectief recht – bescherming in art. 14 Grondwet.⁷¹ De directe betekenis van dit grondwetsartikel voor de rechtspraktijk – en meer in het bijzonder voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht – is mede als gevolg van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet betrekkelijk gering, zoals ook blijkt uit de uiterst beperkte hoeveelheid jurispru-

dentie op dit punt. Wat dit betreft is ook van belang dat art. 14 Grondwet vooral betrekking lijkt te hebben op de bescherming van de klassieke eigendom, dat wil zeggen eigendom conform de definitie van dit begrip in het Burgerlijk Wetboek (onroerende zaken en andere zakelijke en vermogensrechten).

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

Op grond van art. 14, eerste lid, van de Grondwet kan onteigening alleen plaatsvinden in het algemeen belang, op basis van een formeelwettelijke grondslag en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling.⁷² De rechter toetst echter slechts marginaal of een onteigening in het algemeen belang is.⁷³ Wat precies moet worden verstaan onder ‘vooraf verzekerde schadeloosstelling’ is nog niet uitgemaakt. Het is namelijk de vraag of een bestuurlijke toezegging tot betaling van de nog nader te bepalen vereiste compensatie (bijvoorbeeld in de vorm van een bankgarantie) toereikend is of dat alleen tot daadwerkelijke onteigening mag worden overgegaan indien de rechter een onherroepelijk oordeel over de schadeloosstelling heeft gegeven. De wetgever lijkt blijkens de Onteigeningswet dat laatste als uitgangspunt te hebben gekozen, zij het dat in bijzondere gevallen (de ‘vervroegde onteigening’ van art. 54f e.v. Ow) de eigendom ook reeds kan overgaan op grond van het vonnis tot onteigening en de toekenning van een voorschot op de schadeloosstelling, vóórdat de rechter de hoogte van de schadeloosstelling onherroepelijk heeft vastgesteld. De precieze betekenis van de term ‘schadeloosstelling’ staat evenmin vast. De Grondwet gaat weliswaar uit van volledige schadevergoeding, maar blijkens de parlementaire geschiedenis kan de wetgever ook uitgaan van de gebruikswaarde die lager kan liggen dan de marktwaarde, mits hij hierbij wel het beginsel van de gelijkheid voor de publieke lasten (*égalité*) in acht neemt.⁷⁴ Overigens hoeft ingevolge het tweede lid van art. 14 Grondwet de schadeloosstelling niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.

Art. 14, derde lid, van de Grondwet geeft in bij krachtens de wet bepaalde gevallen recht op een schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt (dat laatste betreft regulering in de Straatsburgse zin). Hiermee wordt geen sterke garantie in het leven geroepen, nu het recht op schadeloosstelling in dit geval afhankelijk is van de vraag of de wetgever in een dergelijk recht voorziet.⁷⁵ De regeling van planschadevergoeding in art. 49 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening is hier een voorbeeld van.⁷⁶

Bij dit alles dient echter wel te worden bedacht dat het grondwettelijke eigendomsrecht zijn uitwerking heeft gevonden in diverse formele wetten ter

bescherming van het eigendomsrecht, waarvan de Onteigeningswet het meest in het oog springende voorbeeld is (verwezen zij ook naar de in de voorgaande noot vermelde wetten). Laatstgenoemde wet geeft een gedetailleerde procedurele en materiële regeling ter zake van onteigening en biedt zo waarborgen tegen willekeurige onteigening en ontoereikende schadeloosstellingen.⁷⁷ Over de toepassing van de Onteigeningswet is, anders dan met betrekking tot art. 14 Grondwet, een uitgebreide en verfijnde jurisprudentie tot stand gekomen. Art. 14 Grondwet en art. 1 EP bieden waarborgen tegen aanpassingen van deze wet die de positie van de eigenaar verzwakken, met name waar het betreft het recht op schadeloosstelling.⁷⁸

Bij vergelijking van het beschermingsniveau van art. 14 Grondwet met dat van art. 1 EP valt op dat art. 14 Grondwet uitgaat van het eigendomsbegrip in klassieke zin, terwijl art. 1 EP een veel ruimer eigendomsbegrip hanteert. Verder geniet alles dat valt buiten de klassieke onteigening (van onroerende zaken en andere zakelijke en vermogensrechten) ingevolge de Grondwet minder bescherming in ver-

gelijking met de garanties van art. 1 EP, dat onder meer ook bescherming biedt tegen 'de facto'-onteigening, vernietiging van eigendom en regulering daarvan. Daarnaast speelt art. 14 Grondwet vanwege het toetsingsverbod geen rol indien inmengingen in het eigendomsrecht voorzien zijn in een formele wet. Gelet op het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad,⁷⁹ zou art. 14 Grondwet in een rechterlijke procedure mogelijk wel een rol kunnen spelen bij toetsing van een wet in formele zin, indien de wetgever bij de totstandbrenging van deze wet geheel voorbij heeft gezien aan mogelijke strijdigheid met de Grondwet op dit punt. De conclusie is dat art. 1 EP, afgezien van het vereiste van een formeelwettelijke basis uit art. 14 Grondwet, meer bescherming biedt dan deze grondwettelijke eigendomsgarantie.

Uit het voorgaande volgt dat art. 1 EP voor de Nederlandse rechtspraktijk een deel van zijn meerwaarde boven art. 14 Grondwet ook zou behouden wanneer het ooit tot (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zou komen. Na een periode van relatieve rust op dit

punt, heeft het kamerlid Halsema een mooi en goed onderbouwd initiatiefwetsvoorstel ingediend op grond waarvan de rechter de bevoegdheid krijgt formele wetten te toetsen aan – kort gezegd – de klassieke grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet, waaronder het eigendomsrecht, en een aantal in andere hoofdstukken opgenomen daarmee gelijk te stellen bepalingen.⁸⁰ Kort hierop heeft de toenmalige regering een notitie aan de Tweede Kamer gestuurd waarin een grotendeels vergelijkbare optie wordt geschetst.⁸¹ Het is nog onduidelijk wat het huidige kabinet en de nieuw aangetreden Tweede Kamer op dit

Art. 1 EP zou ook voor de Nederlandse rechtspraktijk een deel van zijn meerwaarde boven art. 14 Grondwet behouden wanneer het ooit tot (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet zou komen

punt voorstaan. Het strategisch (regeer)akkoord van het nieuwe kabinet is daarover in ieder geval allerm minst duidelijk.⁸²

70 Hoge Raad 11 september 1996, *NJ* 1997, 176. Een klacht bij het EHRM ter zake werd niet-ontvankelijk verklaard in EHRM 16 januari 2001, Offerhaus e.a. t. Nederland, *RJD* 2001.

71 De wenselijkheid van de grondwettelijke verankering van een subjectief eigendomsrecht werd bij de grondwetsherziening van 1983 door de regering ontkend, met als motief dat dit zou nopen tot zeer ruime beperkingclausules, waardoor het recht in feite zo goed als betekenisloos zou worden. Zie Algehele grondwetsherziening, Documentatiereeks, nr. 15, deel 1a, *Grondrechten*, 1979, p. 162-163 en p. 207-208.

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

73 Hoge Raad 25 mei 1988, *NJ* 1988, 928, m.nt. MS.

74 Zie onder verwijzing naar de parlementaire behandeling van art. 14 Grondwet, C.A.J.M. Kortmann in: *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 14-15.

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

76 Andere voorbeelden zijn de art. 15.20 en 15.21 Wet milieubeheer, de Belemmeringenwet Privaatrecht,

de Waterstaatswet 1900, de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen, de Rivierenwet, de Wet op de Bodembescherming, de Landinrichtingswet, de Wet op de Stads- en Dorpsvernieuwing en de Grondwaterwet.

77 Zie nader over art. 14 Grondwet en de uitwerking in de Onteigeningswet, Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, veertiende druk, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede & G.J.M. van Wissen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 366-376.

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

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

80 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nrs. 1-3.

81 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 355, nrs. 1-2.

82 In het strategisch akkoord staat hierover de cryptische zin: 'De constitutionele toetsing van wetten aan de grondwet wordt bezien in het kader van de discussie over de introductie van grondrechten in het Europese Unieverdrag' (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 375, nr. 5, p. 26). Wat het een nu met het ander te maken heeft, is echter volstrekt onduidelijk.

4.2 Evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen

Uit de voorgaande analyse van de Straatsburgse jurisprudentie op grond van art. 1 EP, dringt zich, als het gaat om de waarborgen die gelden in geval van inmenging in het eigendomsrecht, de gelijkenis op met de Nederlandse rechtspraak inzake evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen.⁸³ Over de overheidsaansprakelijkheid op grond van deze rechtsbeginselen is in Nederland reeds veel geschreven. Uit de recente preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht VAR over schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad en de diverse bestuursrechtelijke handboeken, komt het beeld naar voren van een aansprakelijkheidsregime op grond van de genoemde beginselen dat in hoge mate lijkt op de uitgangspunten die in de Straatsburgse jurisprudentie op grond van het eigendomsrecht uit art. 1 EP zijn ontwikkeld. Zo concludeert Schueler in zijn preadvies dat de grondslagen voor nadeelcompensatie op grond van art. 1 EP sterk lijken op die van het Nederlandse nadeelcompensatierecht. Hij verwacht niet dat art. 1 EP de betrokkene ruimere mogelijkheden tot nadeelcompensatie zal geven dan het Nederlandse recht, ondanks het feit dat het toetsingskader van art. 1 EP niet beperkt is tot toetsing aan de égalité en ook de beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen een rol spelen. De reden daarvoor is volgens Schueler dat het EHRM zo terughoudend blijkt te toetsen aan het proportionaliteitsvereiste dat eigenaren daar niet veel van te verwachten hebben, tenzij sprake is van ontneming van eigendom, nu ze dan in de regel recht hebben op schadevergoeding.⁸⁴ Ook Hoitink verwacht niet dat de eisen van art. 1 EP zullen leiden tot een ruimere toekenning van schadevergoeding, omdat de eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie op grond van art. 1 EP parallel lopen met de eisen die in Nederland zijn geformuleerd voor het vaststellen van een recht op nadeelcompensatie.⁸⁵ Uit de bespreking van de genoemde rechtsbeginselen in bestuursrechtelijke handboeken komt een soortgelijk beeld naar voren, waarbij kan worden aangesloten.⁸⁶ Hierbij kan wel worden aangetekend dat de Nederlandse jurisprudentie ter zake op een aantal punten verfijnder is. Zo ontbreekt in de Straatsburgse jurisprudentie bij de toetsing aan proportionaliteit een uitdrukkelijk verwijzing naar een zogenaamde referentiegroep, zoals die in de Nederlandse jurisprudentie bij de toetsing aan het égalité-beginsel wel plaatsvindt.⁸⁷ Een belangrijke meerwaarde van art. 1 EP is echter dat daaraan ook wetgeving in formele zin kan worden getoetst, hetgeen in beginsel niet mogelijk is ter zake van de beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. Via art. 1 EP kan een indirecte toetsing plaatsvinden aan laatstgenoemde rechtsbeginselen. Als het gaat om respect voor de beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen is de formele wetge-

ver op deze manier ondanks art. 120 Grondwet, althans waar eigendomsrechten als bedoeld in art. 1 EP in het spel zijn, aan een vergelijkbaar aansprakelijkheidsregime onderworpen als de lagere regelgevers en bestuursorganen in Nederland. Bovendien biedt art. 1 EP, wederom in het geval eigendomsrechten in het spel zijn, in algemene zin waarborgen tegen de beperking van de overheidsaansprakelijkheid op dit punt, zo de wetgever en/of de rechter daartoe zouden willen overgaan. Daarbij is het van

Bovendien biedt art. 1 EP, wederom in het geval eigendomsrechten in het spel zijn, in algemene zin waarborgen tegen de beperking van de overheidsaansprakelijkheid, zo de wetgever en/of de rechter daartoe zouden willen overgaan

belang op te merken dat de thans voorliggende voorstellen voor een eventuele afschaffing van het toetsingsverbod (zie onder 4.1), niet voorzien in toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen. Dit zou betekenen dat art. 1 EP ook bij een dergelijke verruiming van de toetsingsmogelijkheden van de rechter, de hiervoor geschetste meerwaarde zou behouden. Ten slotte roept het hiervoor besprokene ook de vraag op of de betekenis van art. 1 EP niet te veel uit het oog is verloren in de voortgaande discussie over de rechtsbasis voor nadeelcompensatie.

Deze discussie betreft – in essentie – de vraag of deze basis alleen kan worden gevonden in een onrechtmatige daad (door het enkel uitblijven van compensatie moet een op zich rechtmatige handeling als onrechtmatig worden beschouwd nu daardoor onevenredige schade ontstaat) of dat moet worden erkend dat het gaat om een rechtmatige daad waarbij onevenredige schade op grond van een zelfstandig, daarvan losstaand algemeen rechtsbeginsel zou moeten worden vergoed. Voor dat laatste heeft Van Maanen recentelijk nog gepleit, waarbij hij niet kiest voor égalité maar voor het 'solidariteitsbeginsel' als rechtsbasis.⁸⁸ Indien echter het eigendomsrecht van art. 1 EP in het spel is zou deze laatste constructie minder voor de hand kunnen liggen. Bedacht dient namelijk te worden dat in het kader van de toetsing aan art. 1 EP de handeling integraal wordt beoordeeld. Indien daarbij blijkt dat een inmenging in het eigendomsrecht in het algemeen belang is en ook aan alle overige procedurele waarborgen is voldaan, maar een individu daardoor toch excessief wordt geschaad, wordt aangenomen dat deze handeling in strijd is met art. 1 EP, hetgeen naar Nederlands recht als een onrechtmatige daad

in de zin van art. 6:162 BW (strijd met een wettelijke plicht) kan worden aangemerkt.⁸⁹

5 Afsluitende opmerkingen

5.1 Resumé

Uit het voorgaande blijkt dat art. 1 EP, met name als gevolg van het ruime eigendomsbegrip en het feit dat het ook bescherming biedt tegen op formele wetgeving gebaseerd ingrijpen, een belangrijke betekenis heeft voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid. Waar art. 14 Grondwet in de praktijk alleen daadwerkelijke bescherming lijkt te bieden tegen klassieke onteigening van grond en andere zakelijke rechten, reikt art. 1 EP verder en beschermt, bijvoorbeeld, ook tegen ontneming van goodwill, sociale zekerheidsrechten en in rechte vastgestelde vorderingsrechten. De toetsing aan art. 1 EP vertoont – zo blijkt uit de Straatsburgse en Nederlandse jurisprudentie – met name als het gaat om regulering van eigendom grote gelijkenis met de toetsing aan de beginselen van evenredigheid, égalité, rechtszekerheid en vertrouwen. De meerwaarde van art. 1 EP voor het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht op dit punt betreft dan ook vooral de mogelijkheid van vergoeding van schade die ontstaat door toepassing van formele wetgeving, waar deze vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet getoetst mag worden aan genoemde beginselen. Daarbij biedt art. 1 EP, indien het eigendomsrecht in het spel is, waarborgen tegen de beperking van de mede op grond van deze beginselen en het verwante art. 14 Grondwet aangenomen overheidsaansprakelijkheid, ook waar het niet-formele wetgeving betreft. Behalve directe bescherming tegen aantasting van eigendom door de over-

heid, eist het verdragsartikel ook bescherming van de staat tegen daarop inbreuk makend handelen of nalaten van derden. In combinatie met art. 14 EVRM, biedt art. 1 EP op het brede terrein waarover het eigendomsrecht zich uitstrekt, voorts ook bescherming tegen ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Tegelijkertijd dient echter ook te worden vastgesteld dat in de praktijk niet gemakkelijk een schending van art. 1 EP wordt aangenomen. In het inmiddels indrukwekkende aantal zaken waarin het EHRM zich heeft gebogen over de vraag of art. 1 EP is geschonden, laat het de staten een grote 'margin of appreciation' die maakt dat, behalve bij het niet voldoen aan formele eisen als het vereiste van voorzienbaarheid bij wet, pas in (evident) schrijnende gevallen een schending wordt aangenomen. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan gevallen waarin burgers jarenlang in het ongewisse worden gelaten over op hun eigendom gelegde gebruiksbeperkingen en zaken waarin de overheid de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak waarin een claim tegen haar is toegewezen, tracht te frustreren, bijvoorbeeld door een latere wet. De Nederlandse rechter is inmiddels eveneens op een groot aantal rechtsgebieden overgegaan tot toetsing aan art. 1 EP, waarbij net als bij het EHRM moet worden geconstateerd dat ook hij daarbij niet snel een schending vaststelt. Indien deze al wordt vastgesteld, dan toch met name op formele gronden zoals het ontbreken van een voldoende wettelijke basis voor de inmenging of het niet volgen van het uit de Straatsburgse jurisprudentie volgende toetsingsschema om te bepalen of sprake is van een inmenging en of deze in het individuele geval gerechtvaardigd is. Op het materiële vlak is de rechter terughoudend: waar het betreft de noodzaak van een inmenging wordt doorgaans het oordeel van het bestuur c.q. de wetgever gerespecteerd. Evenmin wordt snel aangenomen dat sprake is van een onevenredige last waarvoor schadevergoeding moet worden geboden. Kennelijk wenst de Nederlandse rechter de manoeuvreerruimte van het bestuur c.q. de wetgever niet te zeer te beperken, maar ook hier lijkt een grens te liggen waar het gaat om (evident) schrijnende gevallen. De in Straatsburg aanhangige klachten inzake de Anw en de Whv bieden het EHRM de gelegenheid zich over deze opstelling van de rechter uit te spreken. Afgezien van de formele waarborgen biedt art. 1 EP volgens de huidige rechtspraak daarmee – kort gezegd – in ieder geval bescherming tegen evident onredelijk overheidsingrijpen in het eigendomsrecht, met name waar het gaat om het optreden van de formele wetgever. Daarin ligt een belangrijke waarde van art. 1 EP. Deze waarde zou nog kunnen worden vergroot indien de rechter minder afstandelijk zou toetsen. Ook verdient het aanbeveling dat de rechter zijn oordeel op het punt van de materiële toetsing beter zou motiveren.

83 Waar het betreft de erkenning van het égalité-beginsel als rechtsgrondslag voor compensatie zij bijv. gewezen op ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229, m.nt. PvB (Van Vlodrop); Hoge Raad 30 maart 2001, AB 2001, 412, m.nt. ThGD (Staat/Lavrijsen).

84 B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 148-153.

85 J.E. Hoitink, 'Schadevergoeding in het omgevingsrecht: speurtocht naar 'verklarende principes'', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 253.

86 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier 1999, p.

765 e.v.; De Haan, Drupsteen & Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deel 2, Deventer: Kluwer 1998, p. 523 e.v.

87 Zie bijv. Hoge Raad 18 januari 1991, AB 1991, 241, m.nt. FHvdB, NJ 1992, 638, m.nt. CJHB (Leffers) en Hoge Raad 3 april 1998, AB 1998, 256, m.nt. ThGD, NJ 1998, 726, m.nt. TK (Meiland).

88 G.E. van Maanen, 'De onrechtmatige rechtmatige overheidsdaad bij de burgerlijke rechter: zoektocht naar de kwadratuur van de cirkel', in: *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, VAR-reeks 128, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 7-89.

89 Vgl. M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997, p. 316.

5.2 De preventieve werking van art. 1 EP

Een andere belangrijke waarborgfunctie van art. 1 EP ligt op het meer preventieve vlak, namelijk bij de voorbereiding van bestuurshandelingen en wetgeving. De laatste jaren is zeker sprake van een groeiende aandacht voor art. 1 EP bij het bestuur en bij de wetgever. Een zoekopdracht op «www.overheid.nl» levert toch al snel zo'n 150 treffers op. Bij

Een andere belangrijke waarborgfunctie van art. 1 EP ligt op het meer preventieve vlak, namelijk bij de voorbereiding van bestuurshandelingen en wetgeving

uiteenlopende onderwerpen, zoals het jachtrecht in de Flora- en Faunawet, de Wet herstructurering varkenshouderij, de wijzigingen van de Algemene nabestaandenwet en de Algemene Ouderdomswet, de Wet Victor, de Wet beperking export uitkeringen, het Legkippenbesluit, het verbod op de pelsdierhouderij en de wijziging van de Wet voorkeursrecht gemeenten, gaat de regering – al

dan niet op aandringen van het parlement – in op de mogelijke betekenis van art. 1 EP, zij het dat de conclusie meestal – al dan niet terecht – is dat de voorgestelde regeling in kwestie voldoet aan de eisen van art. 1 EP. Het meest in het oog springende voorbeeld is het voorstel tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de kosten van bezwaar en beroep. Dit voorstel beoogde de mogelijkheid van vergoeding van in bestuurlijke voorprocedures gemaakte kosten sterk te beperken, onder meer door de bevoegdheid om hierover te oordelen exclusief bij de bestuursrechter te leggen.⁹⁰ In het oorspronkelijke regeringsvoorstel was bepaald dat de wet ook zou gelden voor alle ten tijde van de inwerkingtreding reeds lopende voorprocedures. Na vragen van de SGP-fractie of deze over-

gangsregeling zich wel verdroeg met art. 1 EP, heeft de regering teneinde mogelijke strijdigheid met art. 1 EP te voorkomen bij nota van wijziging de overgangsregeling in die zin gewijzigd dat het oude recht van toepassing blijft indien het besluit waartegen bezwaar of administratief beroep kan worden gemaakt vóór het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet is genomen.⁹¹ Aanleiding hiervoor was het feit dat de Straatsburgse jurisprudentie inderdaad laat zien dat het voor de wetgever slechts in beperkte mate mogelijk is om bestaande vorderingsrechten te beperken.⁹²

Ook in meer algemene zin geven het bestuur en de wetgever zich steeds meer rekenschap van de mogelijke gevolgen van art. 1 EP. Zo wordt in het rapport van de MDW-werkgroep verhandelbare rechten uitgebreid aandacht besteed aan art. 1 EP, onder meer via een toetsingsschema over verhandelbare rechten en art. 1 EP.⁹³ Een van de aanbevelingen heeft geleid tot de uitgave van een 'Handleiding Verhandelbare Rechten', met een checklist voor het geval de overheid wil kiezen voor de introductie van een systeem van verhandelbare rechten, waarbij ook de met het toetsingskader van art. 1 EP verband houdende vragen aan de orde komen. De handleiding biedt bouwstenen voor een op te richten stelsel van verhandelbare rechten, onder meer door eventueel ingrijpen door de overheid zo voorzienbaar mogelijk vast te leggen en daarbij aan te geven of er in een dergelijk geval grond bestaat voor het aanbieden van compensatie.⁹⁴

Al met al kan worden geconstateerd dat art. 1 EP zo ook een functie vervult bij de keuze van beleidsinstrumenten. Bestuur en wetgever raken, mede onder invloed van de zich nog steeds uitbreidende jurisprudentie over art. 1 EP van zowel de Nederlandse rechter als het EHRM, in ieder geval steeds meer overtuigd van de noodzaak om maatregelen te nemen teneinde te voorkomen dat de overheid in een latere fase door de rechter aansprakelijk wordt gehouden voor door schending van art. 1 EP veroorzaakte schade.

Terugkerend naar de centrale vraag van deze bijdrage, kan dan ook worden geconcludeerd dat art. 1 EP een zeker niet te onderschatten betekenis heeft voor het Nederlandse recht inzake overheidsaansprakelijkheid, die echter niet alleen kan worden afgemeten aan het aantal keren dat in rechte succesvol een beroep op dit verdragsartikel is en wordt gedaan.

90 *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 024, nrs 1-3.

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

92 Zie onder meer EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera SA e.a. t. België*, *Series A*, vol. 332, *NJ* 1996, 593, m.nt. EJD.

93 Rapporten van de MDW werkgroep verhandelbare rechten: Verhandelbare rechten, februari 2000, *Kamerstukken II* 1999/2000, 24 036, nr. 148 (inclusief kabinets-

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

94 *Handleiding Verhandelbare Rechten*, juli 2001, Ministerie van Economische Zaken.