



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Jong, T. de; Jong T. de

Citation

Jong, T. de. (2017, September 13). *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*. *Meijers-reeks*. Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/52962>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/52962>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/52962> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jong, T. de

Title: Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten

Issue Date: 2017-09-13

7 | De procedurele waarborgen van artikel 1 EP EVRM

7.1 INLEIDING

De centrale vraag in dit hoofdstuk luidt: welke procedurele waarborgen heeft het EHRM ingelezen in artikel 1 EP EVRM? In aansluiting daarop wordt de derde onderzoeksvraag beantwoord: wat is de mogelijke toegevoegde waarde van deze waarborgen in relatie tot de artikelen 6 en 13 EVRM?

Evenals de procedurele eisen onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM, vinden we de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM niet terug in de tekst zelf. Deze eisen zijn tot stand gekomen in de omvangrijke jurisprudentie van het Hof. De procedurele positieve verplichtingen die het Hof onder het eigendomsrecht heeft ontwikkeld zijn een nadere bestudering waard. Daarbij is het interessant om te zien wat de mogelijke invloed is van de *margin of appreciation* op de procedurele eisen als onderdeel van artikel 1 EP EVRM. Daarnaast is het nuttig om de relatie van de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM en de eisen van artikel 6 en 13 EVRM in kaart te brengen. En richten de procedurele waarborgen onder het eigendomsrecht zich in de praktijk op de uitvoerende autoriteiten van de Staat? Of is ook de rechter verplicht de onder artikel 1 EP EVRM geformuleerde procedurele eisen in acht te nemen?

Dit hoofdstuk volgt de volgende opbouw. Allereerst volgt de achtergrond van artikel 1 EP EVRM (paragraaf 7.2), gevolgd door het hart van dit hoofdstuk: de procedurele eisen onder het eigendomsrecht (paragraaf 7.3). Vervolgens volgt de paragraaf over deze eisen in relatie tot de procedurele eisen van de artikelen 6 en 13 EVRM en de eventuele toegevoegde waarde (paragraaf 7.4). Daarna gevolgd door de paragraaf waarin de vraag wordt beantwoord of de eisen zich met name lijken te richten tot het bestuur of de rechter, of juist tot beide actoren (paragraaf 7.5). Afgesloten wordt met de conclusie (paragraaf 7.6).

7.2 ACHTERGROND ARTIKEL 1 EP EVRM

7.2.1 Het eigendomsrecht

Als gezegd, maakt het eigendomsrecht geen onderdeel uit van het EVRM, maar vinden we dit recht terug in het aanvullend Eerste Protocol bij het Verdrag.

De erkenning van een internationaal eigendomsrecht is niet zonder slag of stoot gegaan. Het bleek lastig om de verschillende landen op één lijn te brengen ten aanzien van de erkenning en formulering van het eigendomsrecht.¹ In Groot-Brittannië was de vrees dat een internationaal eigendomsrecht noodzakelijke naoorlogse nationale economische keuzes in de weg zou kunnen staan. Andere geuite bezwaren zagen op het politieke karakter van het recht en de sterk nationaal economische invulling van het recht wat een algemene definiëring van het recht bemoeilijkte. Een oordeel van een internationale instantie over in principe nationale eigendomsbeperkende maatregelen was niet gewenst. Daarnaast zou het eigendomsrecht eerder een sociaal-economisch recht zijn, en zich derhalve niet lenen voor opnemings in het Verdrag nu sommige andere sociale grondrechten daar ook geen plaats zouden krijgen.²

Toch is op 20 maart 1952 het Eerste Protocol ondertekend, en na ratificatie is het in werking getreden op 18 mei 1954.³ Ratificatie door Nederland volgde op 31 augustus van datzelfde jaar.⁴ De tekst van artikel 1 EP EVRM luidt als volgt:

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

Het recht op eigendom is echter niet als zodanig terug te vinden in de tekst van het eerste artikel van het Eerste Protocol.⁵ Voorstellen waarbij dit recht als zodanig werd erkend als ook een recht op schadevergoeding stuitten op Brits verzet.⁶ Hoewel dit dus tekstueel gezien niet terug is te vinden in artikel 1 EP EVRM wijst de uitleg van het Straatsburgse Hof in een andere richting, waarbij aan dit artikel wel een recht op eigendom is toegekend en bovendien

1 Zie o.m. de uitvoerige weergave van Tjepkema over de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 1 EP, en de weerstand van de Britten en de Zweden in het bijzonder: Tjepkema 2010, p. 610-614. Zie voor een beknoptere weergave: Schild 2012, p. 118-120; Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 302-304; Harris e.a. 2014, p. 862; Alkema 2000, p. 19.

2 Tjepkema 2010, p. 610.

3 Tjepkema 2010, p. 612; Schild 2012, p. 119.

4 Schild 2012, p. 119.

5 Schild 2012, p. 119.

6 Schild 2012, p. 120.

bij een ongerechtvaardigde inbreuk schadevergoeding kan worden geclaimd.⁷ Dit laat echter onverlet dat het EHRM de politieke dimensie van dit recht in het oog is blijven houden.⁸

7.2.2 Het begrip ‘eigendom’

In de eerste zin van artikel 1 EP EVRM staat het begrip ‘eigendom’ expliciet vermeld. Voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM is het dan ook van belang dat sprake is van eigendom.⁹

In de Straatsburgse jurisprudentie heeft het eigendomsbegrip een autonome uitleg gekregen.¹⁰ Dit betekent dat de kwalificatie naar nationaal recht niet in de weg hoeft te staan aan de toekenning van het predicaat *eigendom*.¹¹ Verder is het eigendomsrecht veelomvattend.¹² Treffend spreekt Alkema van ‘(...) property / possessions in many respects operates as a kind of container’.¹³ Zo kwalificeren de eigendom van een boek,¹⁴ een stuk grond¹⁵ en een huis¹⁶ als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM. Maar ook niet tastbare eigendommen¹⁷ als goodwill,¹⁸ een intellectueel eigendomsrecht¹⁹ en daarnaast een recht op schadevergoeding²⁰ en een vergunning²¹ vallen binnen de reikwijdte

7 Zie o.m. Christoffersen 2009, p. 498. Waarbij artikel 1 EP EVRM echter geen recht op het betalen van schadevergoeding door de nationale autoriteiten omvat. EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. M.K.G. Tjepkema & T. de Jong, par. 67 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

8 Tjepkema 2010, p. 612-613.

9 Akkermans 2013, p. 1280.

10 Vgl. Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 315, Schild 2012, p. 122 e.v.; Tjepkema 2010, p. 615; White & Ovey 2014, p. 496 e.v.

11 Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 116 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 99; Tjepkema 2010, p. 615; EHRM 23 februari 1995, NJCM 1995, 1084, m.nt. R.J. Koopman, par. 53 (*Gasus Dossier – und Fördertechnik t. Nederland*).

12 Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 318 e.v.; White & Ovey 2014, p. 496; Harris e.a. 2014, p. 863 e.v.

13 Alkema 2000, p. 22.

14 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar genoemd: EHRM 7 december 1976, par. 63 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*).

15 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar onder meer genoemd: EHRM 24 juni 1993, par. 41 (*Papamichalopoulos e.a. t. Griekenland*).

16 Zie Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 321 en daar genoemd: EHRM 24 juni 2003, par. 50 (*Allard t. Zweden*).

17 Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 319.

18 EHRM 26 juni 1986, NJ 1987, 581, m.nt. E.A. Alkema, par. 41-42 (*Van Marle t. Nederland*). Vgl. opnieuw over artikel 1 EP EVRM (en over artikel 17 Handvest): Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 116 e.v.; Tjepkema 2010, p. 615.

19 EHRM 4 oktober 1990, zaaknr. 12633/87 (*Smith Kline t. Nederland*).

20 EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. E.J. Dommering, par. 31 (*Pressos Compania Naviera SA t. België*). Vgl. ook Tjepkema 2010, p. 615.

van het eigendomsbegrip. Het Hof heeft ook geoordeeld dat illegaal eigendom binnen het beschermingsbereik van artikel 1 EP EVRM kan vallen.²² Van belang is wel dat het potentiële eigendom een economische waarde heeft.²³ Het moet dus wel gaan om op geld waardeerbare belangen.²⁴ Als dit niet zo is, dan zal minder snel worden aangenomen dat sprake is van eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM.²⁵

Het eigendomsrecht is echter niet onbegrensd: de enkele hoop of verwachting op toekomstig eigendom kwalificeert niet als eigendom. Van een recht op het verwerven van eigendom is onder artikel 1 EP EVRM dus geen sprake.²⁶ Op het moment dat echter sprake is van een 'gerechtvaardigde verwachting' ('legitimate expectation') op toekomstig eigendom, valt dit wel weer binnen het eigendomsbegrip.²⁷ Toekomstig eigendom, op voorwaarde dat het met voldoende zekerheid vaststaat, kan ook binnen het bereik van artikel 1 EP EVRM worden gebracht.²⁸

-
- 21 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84, par. 53 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). In deze zaak kwalificeerde de drankvergunning overigens niet als zelfstandige 'possession', 'maar alleen als belangrijk onderdeel van de totale bedrijfsuitvoering van het restaurant in kwestie', aldus Barkhuysen en Van Emmerik: Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102.
 - 22 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*). Vgl. ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005a, p. 76 e.v.
 - 23 Tjepkema 2010, p. 615-616; VandeLanotte & Haeck 2004b, p. 319.
 - 24 Schild 2012, p. 125; Van Dijk e.a. 2006, p. 866.
 - 25 Vgl. Harris e.a. 2014, p. 864; Tjepkema 2010, p. 616.
 - 26 Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101; Tjepkema 2010, p. 616 en de verwijzingen naar respectievelijk: EHRM 13 december 2000 (ontv.besl.) (*Malthous t. Tsjechische Republiek*) en EHRM 19 oktober 2000, zaaknr. 31227/96 (*Ambruosi t. Italië*).
 - 27 Schild 2012, p. 123. Vgl. ook: Grabenwarter 2014, p. 367 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 869; Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 326-331. Zie in dit kader de Grote Kamer uitspraak: EHRM 13 december 2016, EHRC 2017, 64, m.nt. A.E.M. Leijten, USZ 2017, 86, m.nt. H.J. Simon (Grote Kamer) (*Bélané Nagy t. Hongarije*) (afwijzing verzoek arbeidsongeschiktheidsuitkering, eigendom, excessieve last, schending artikel 1 EP – met 9 tegen 8) waarin de legitieme verwachting op eigendom aanzienlijk wordt uitgebreid, en daarmee het begrip 'eigendom' (possession). In EHRM 7 maart 2017, USZ 2017, 182, m.nt. H.J. Simon (*Bazcúr t. Hongarije*) bevestigt het EHRM deze uitbreiding van het eigendomsrecht.
 - 28 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101; EHRM 12 juli 2001, NJ 2004, 327, m.nt. E.A. Alkema (*HansAdam II of Liechtenstein t. Duitsland*); EHRM 7 mei 2002, EHRC 2002, 49, m.nt. J. van der Velde, par. 40-41 (*Burdov t. Rusland*). Geen eigendom, vanwege ontbreken gerechtvaardigde verwachting: EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (ontv.besl.) (*Crash 2000 COD e.a. t. Bulgarije*).

7.2.3 De drie eigendomsregels: genotsregel, ontneming en regulering van eigendom

Het eigendomsrecht kent drie eigendomsregels. In de zaak *Sporrong en Lönnroth* tegen Zweden²⁹ heeft het EHRM bepaald dat uit artikel 1 EP EVRM de volgende drie regels zijn af te leiden.³⁰ Zo omvat dit artikel allereerst het recht om ongestoord te kunnen genieten van het eigendomsrecht, ook wel de genotsregel genoemd. In de tweede plaats overwoog het Hof dat aan de ontneming van het eigendomsrecht voorwaarden worden gesteld, en in de derde plaats heeft de Staat het recht om vanuit het algemeen belang eigendomsrechten te reguleren.³¹

Daarnaast is de zaak *Sporrong en Lönnroth* van belang, omdat dit arrest kan worden gezien als een van de eerste zaken waarin het Hof bepaalde dat de ontbrekende procedurele mogelijkheid om de beperking van het eigendomsrecht (in dit geval ging het om regulering) ter toetsing voor te leggen aan een daartoe bevoegde autoriteit een schending van artikel 1 EP EVRM opleverde.³²

Met betrekking tot de eigendomsregels is het zo dat de ontneming van eigendom de meest vergaande vorm van een inmenging in het eigendomsrecht is.³³ Bij de ontneming gaat het juridisch eigendom verloren. Hoe dit juridisch wordt gekwalificeerd is hierbij niet van belang; het EHRM kijkt of er ‘*de facto* sprake is van een ontneming van eigendom’.³⁴ Het Hof kijkt dus of feitelijk een ontneming van het eigendom heeft plaatsgevonden om ervoor te zorgen dat de Verdragsrechten ‘practical and effective’ zijn.³⁵ In het geval van onteigening beschikt de eigenaar niet langer over het recht om over zijn eigendom te beschikken. Wanneer het gaat om regulering beschikt de eigenaar nog wel (gedeeltelijk) over zijn eigendom.³⁶ De grens tussen beide inmen-

29 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 920, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

30 Vgl. Vande Lanotte & Haecq (red.) 2004b, p. 308; Schutte 2004, p. 28 e.v.; Harris e.a. 2014, p. 868 e.v.; White & Ovey 2014, p. 503 e.v.; Tjepkema 2010, p. 616 e.v.; Schild 2012, p. 120 e.v.

31 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 62 (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

32 Zie uitgebreider paragraaf 7.3.

33 Tjepkema 2010, p. 619.

34 Schild 2012, p. 142.

35 EHRM 29 maart 2010, NJ 2011, 214, m.nt. Alkema, par. 78 (*Depalle t. Frankrijk*): ‘Regarding whether or not there has been an interference, the Court reiterates that, in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation amounted to a *de facto* expropriation (...).’

36 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 101. Vgl. ook Schild 2012, p. 142 en de verwijzing naar EHRM 1 december 2005, EHRC 2006, 50, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*). Zie ook een ontvankelijkheidsbeslissing waarin het ging om de Wet herstructu-

gingsvormen met het eigendomsrecht is niet altijd even scherp te trekken.³⁷ Een reden hiervoor is dat niet altijd goed is te voorspellen of het Hof in een concrete zaak iets als eigendom kwalificeert of niet.³⁸ Tot slot dienen de drie eigendomsregels in onderlinge samenhang te worden gezien.³⁹

7.2.4 Inmenging in het eigendomsrecht: de toets

Als gezegd, is voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM in de eerste plaats van belang dat er sprake is van eigendom in de zin van dit artikel, en vervolgens zal het Hof toetsen op welke van de drie eigendomsregels mogelijk een inbreuk is gemaakt door de Staat of een private persoon.⁴⁰ Bij de toets aan de eigendomsregels kijkt het Hof altijd eerst of sprake is van een ontneming of regulering, en pas als dit niet het geval is, kijkt het of de genotsregel van toepassing is.⁴¹

Nadat is vastgesteld dat sprake is van eigendom en op welke regel een inbreuk is gemaakt, gaat het Hof in op de vraag of de inbreuk op het eigendomsrecht gerechtvaardigd is. Ongeacht de vraag welke van de drie eigendomsregels aan de orde is,⁴² toetst het Hof vervolgens aan drie cumulatieve voorwaarden.⁴³

rering varkenshouderij en het Hof oordeelde dat sprake was van regulering en niet van ontneming: EHRM 30 april 2013, AB 2014, 13, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (ontv.besl.) (*Lohuis e.a. t. Nederland*).

37 EHRM 7 juli 1989, zaaknr. 10873/84, par. 53 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). Als eerder opgemerkt kwalificeerde de drankvergunning hier niet als zelfstandig eigendom, maar als een belangrijk onderdeel van de bedrijfsvoering.

38 Aldus Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102.

39 Vgl. o.m. Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 308; Harris e.a. 2014, p. 873; Tjepkema 2010, p. 618; Schild 2012, p. 120. EHRM 21 februari 1986, NJCM 1986, 546, m.nt. A.W. Heringa, par. 37 (Grote Kamer) (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. ook: EHRM 11 januari 2007, NJ 2008, 534, m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*) (Schild 2012, p. 120).

40 Zie voor een helder vijf stappenplan van het toetsingskader van artikel 1 EP EVRM de uiteenzetting van Akkermans (Akkermans 2013, p. 1304 e.v.). In het kader van de positieve verplichtingen (waarover meer in paragraaf 7.2.5) heeft het Hof voorts onder meer bepaald dat op de Staat ook de plicht kan rusten om het eigendom van individuen te beschermen tegen handelen van particulieren (Akkermans 2013, p. 1301).

41 Zie de betreffende overweging van het Hof in de zaak *Sporrong en Lönnroth* (par. 61): 'The Court must determine, before considering whether the first rule was complied with, whether the last two are applicable.' White & Ovey 2014, p. 503 e.v.

42 Vgl. Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 333; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 102; White & Ovey 2014, p. 503 e.v. Met betrekking tot de *fair balance* en dezelfde toets onder de drie regels: Tjepkema 2010, p. 638 en de verwijzing naar: EHRM 19 december 1989, zaaknrs. 10522/83; 11011/84; 11070/84, par. 48 (*Mellacher t. Oostenrijk*).

43 Zie o.m. Schild 2012, p. 126 -141; Tjepkema 2010, p. 623-625 en p. 638 e.v.; White & Ovey 2014, p. 505-507 (ontneming); p. 517 (regulering) en p.518 (genotsregel); Harris e.a. 2014, p. 872 e.v.; Van Dijk e.a. 2006, p. 878 -887.

De eerste voorwaarde ziet op de vraag of de eigendomsbeperkende maatregel bij wet is voorzien. De wet dient precies, voorzienbaar en toegankelijk te zijn.⁴⁴ Bij de toets aan de tweede voorwaarde kijkt het Hof of de eigendomsbeperkende maatregel in het algemeen belang is 'of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren'.⁴⁵ Bij de derde en laatste voorwaarde toetst het Hof of er een *fair balance* aanwezig is tussen het algemeen belang en het individuele belang. In de kern gaat het bij de *fair balance*-toets om de vraag naar de proportionaliteit en subsidiariteit van de eigendomsbeperkende maatregel.⁴⁶

Het bij wet voorzien vereiste levert doorgaans niet de meeste problemen op. Tegelijkertijd kan de toets aan dit vereiste wel anders uitvallen in de zaken waarin het Hof ervoor kiest om in het kader van het law-vereiste ook in te gaan op de aanwezigheid van procedurele waarborgen in het nationale recht.⁴⁷ De toets aan de procedurele waarborgen kan in sommige gevallen tenslotte omvangrijk zijn. Daarnaast komt de betekenis van de *rule of law* mede tot uitdrukking in de toets aan het law-vereiste, en vanwege het belang dat het Hof hecht aan het *rule of law*- principe is de toets onder het law-vereiste streng.⁴⁸

Bij de toets of de eigendomsbeperkende maatregel het algemeen belang dient, of ziet op het verzekeren van de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten gaat het om de vraag of de beperkende maatregel een legitiem doel dient. In de jurisprudentie van het EHRM is het algemeen belang ('general interest' of 'public interest')⁴⁹ ruim uitgelegd.⁵⁰ Dit betekent dat een belang dus snel kan worden gekwalificeerd als vallend binnen het algemeen belang, en hiermee is dan voldaan aan het vereiste van een legitiem doel. Ook deze voorwaarde levert dus doorgaans niet de meeste problemen op.

Anders is dit echter bij de toets aan de derde voorwaarde: de *fair balance*-toets. Bij dit derde onderdeel van de toets of de eigendomsbeperkende maatregel gerechtvaardigd is, maakt het Hof een belangenafweging tussen het algemeen belang aan de ene kant en het belang van het individu aan de andere kant. De invulling en uitkomst van deze belangenafweging is afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke geval. Juist dit onderdeel van de toets

44 Schild 2012, p. 127; Tjepkema 2010, p. 623; Harris e.a. 2014, p. 878.

45 Zoals te lezen in de tekst van artikel 1 EP EVRM.

46 Schild 2012, p. 136; Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 14.

47 Zie ook paragraaf 7.3.

48 Schild 2012, p. 134.

49 Harris e.a. 2014, p. 876; Vande Lanotte & Haeck 2004b, p. 359.

50 Van Dijk e.a. 2006, p. 879 waarbij wordt opgemerkt dat het Hof hier een terughoudende toets hanteert en met name kijkt of in strijd met het verbod van détournement de pouvoir is gehandeld of dat sprake is van 'manifest arbitrariness' en p. 889-890. Zie ook Tjepkema 2010, p. 624-625 en Schild 2012, p. 134-135 en de verwijzing naar: EHRM 14 februari 2012, EHRC 2012, 86, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Tkachevy t. Rusland*) waarin sprake is van de (schijn van) détournement de pouvoir als gevolg waarvan het na te streven doel het algemeen belang niet dient.

krijgt veel aandacht in de rechtspraak van het Hof over artikel 1 EP EVRM. Dit is de reden om ook al op deze plek wat uitgebreider in te gaan op de *fair balance*-toets. Hiertoe zal ik eerst kort ingaan op enkele aspecten die kenmerkend zijn voor de belangenafweging. Vervolgens ga ik iets uitgebreider in op de invulling van de *fair balance*-toets in de jurisprudentie van het EHRM. Hierbij dienen de door Tjepkema in dit kader geformuleerde vuistregels als uitgangspunt.⁵¹ Daarnaast anticipeer ik bij deze bespreking al deels op de rol van de procedurele waarborgen in deze *fair balance*-toets.

Kenmerken fair balance-toets

Om te beginnen is de *fair balance*-toets op een aantal punten vergelijkbaar met de proportionaliteitstoets onder de artikelen 8, 9, 10 en 11 EVRM.⁵² Ook bij de toets of een beperking van voornoemde artikelen gerechtvaardigd is, toetst het Hof tenslotte of er een belangenafweging is gemaakt. Dit komt de uniformiteit ten goede. Tegelijkertijd heeft het begrip algemeen belang als gezegd onder artikel 1 EP EVRM een ruime uitleg gekregen, in vergelijking met het in lid 2 bij de artikelen 8 tot en met 11 van het EVRM genoemde begrip ‘necessary in a democratic society’ als potentieel legitiem beperkingsdoel.⁵³ Verder volgt uit de Straatsburgse jurisprudentie dat de aantasting van het eigendomsrecht niet mag leiden tot een ‘individual and excessive burden’ voor de betrokkene. Een onevenredige last (‘disproportionate burden’) kan dus niet door de Straatsburgse beugel, in dat geval ontbreekt de *fair balance*.⁵⁴

Een niet ten uitvoer legging van een rechterlijke uitspraak⁵⁵ of een onredelijke vertraging bij de uitbetaling van belasting⁵⁶ merkt het Hof aan als een onevenredige zware last. Dit geldt ook voor een wetswijziging als gevolg waarvan juridische kosten tijdens aanhangige procedures niet worden uitbetaald, ondanks de gerechtvaardigde verwachting.⁵⁷ Verder draagt ook een langdurige rechtsonzekerheid bij aan het aannemen van een ‘individual and

51 Tjepkema 2010, p. 638-651.

52 White & Ovey 2014, p. 506 en p. 519.

53 White & Ovey 2014, p. 519; Van Dijk e.a. 2006, p. 879.

54 Schild 2012, p. 139 e.v.

55 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 22 februari 1994, zaaknr. 12954/87, par. 36 (*Raimondo t. Italië*). Vgl. ook Christoffersen 2009, p. 500 en de verwijzing naar: EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 11931/03, par. 41 (*Teteriny t. Rusland*) en EHRM 25 februari 2005, zaaknr. 25964/02, par. 25 en 28 (*Poznakhirina t. Rusland*). Vgl. ook: EHRM 3 april 2007, zaaknr. 39745/02, par. 23-28 (*Cooperativa Agricola Slobozia – Hanesi t. Moldavië*). Zie meer recent een zaak waarin nationale rechters een tenuitvoerleggingsplicht van de Staat te beperkt hebben opgevat: EHRM 17 april 2012, *EHRC* 2012, 165, m.nt. J. van der Velde (*Ilyushkin e.a. t. Rusland*).

56 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 3 juli 2003, zaaknr. 38746/97, par. 39 (*Buffalo Srl t. Italië*).

57 Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar EHRM 19 oktober 2000, zaaknr. 31227/96, par. 29-34 (*Ambruosi t. Italië*).

excessive burden'.⁵⁸ Het gaat dus om 'procedural irregularities'⁵⁹ en een beroep op de onevenredige zware last onderbouwd met een procedurele onregelmatigheid is dus doorgaans succesvol.⁶⁰ Hierbij kan dan gedacht worden aan een onredelijke vertraging in de uitbetaling van belasting(toeslagen), of een te lang durende rechterlijke procedure, of het nalaten uitspraken van de rechter te implementeren.⁶¹ Toch is het vaak de optelsom van verschillende tekortkomingen die uiteindelijk resulteren in een schending.⁶²

Invulling fair balance-toets

Vertrekpunt bij de bespreking van de invulling van de *fair balance*-toets door het Hof vormen de door Tjepkema geformuleerde vuistregels.⁶³ Deze vier vuistregels zijn en werken erg verhelderend. Kort zijn dit de volgende: (i) 'de ernst van de aantasting van het eigendom',⁶⁴ (ii) 'redelijk aanbod tot schadevergoeding',⁶⁵ (iii) 'rechtsonzekerheid en gerechtvaardigde verwachtingen'⁶⁶ en (iv) 'procedurele waarborgen'.⁶⁷ De uitkomst van de *fair balance*-toets blijft lastig te voorspellen, maar deze vier vuistregels kunnen hierbij wel enige houvast bieden.⁶⁸

Voor dit onderzoek is vanzelfsprekend de vierde vuistregel relevant.⁶⁹ Bij de uiteenzetting van de procedurele waarborgen⁷⁰ zal gekeken worden welk gewicht de aan- of afwezigheid van deze procedurele waarborgen in de schaal legt bij de *fair balance*-toets. Ook de derde vuistregel die ziet op de 'rechtsonzekerheid' kan onder omstandigheden naar mijn opvatting verband houden met de procedurele waarborgen. Namelijk voor zover deze rechtsonzekerheid in de hand wordt gewerkt door onnodige vertraging door de overheid, en een rechtsmiddel voor betrokkene ontbreekt om de procedure te versnellen

58 Vlemminx 2002, p. 87.

59 Aldus Van Dijk e.a. 2006, op p. 889.

60 Van Dijk e.a. 2006, p. 889.

61 Zoals genoemd door Van Dijk e.a. (Van Dijk e.a. 2006, p. 889 en de verwijzing naar de EHRM-jurisprudentie).

62 Tjepkema 2010, p. 638.

63 Tjepkema 2010, p. 638-651.

64 Tjepkema 2010, p. 640-642.

65 Tjepkema 2010, p. 642-645. Zie uitgebreid over de methodes met betrekking tot de toekenning van de juiste hoogte van de schadevergoeding in geval van ontneming, onder meer: Harris e.a. 2014, p. 888-894.

66 Tjepkema 2010, p. 645-650.

67 Tjepkema 2010, p. 650-651.

68 Tjepkema 2010, p. 638-639.

69 Zie bijvoorbeeld voor de procedurele waarborgen als onderdeel van de *fair balance*-toets: EHRM 26 september 2006, EHRC 2006, 138, m.nt. Adriaansens, par. 79 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*).

70 Paragraaf 7.3.

of de duur van de eigendomsbeperkende maatregel te reduceren.⁷¹ Bovendien kan ook de ernst van de aantasting van het eigendom (de eerste vuistregel) potentieel van invloed zijn op de toets aan de procedurele waarborgen door het Hof. Zijn de potentieel vergaande gevolgen voor het Hof reden om ook onder artikel 1 EP EVRM de procedurele eisen te verzwaren? Net zoals dit het geval is onder de absolute rechten van artikelen 2 en 3 EVRM en in sommige gevallen onder artikel 8 EVRM. In hoeverre speelt het criterium van de 'onomkeerbare schade' – zoals we dit kennen in de asielzaken onder artikel 3 EVRM – een rol? Of is onder het eigendomsrecht minder snel sprake van onomkeerbare schade omdat tegenover de inmenging in het recht een geldelijke compensatie kan worden gezet? Tegelijkertijd is het ook denkbaar dat zich onder artikel 1 EP EVRM onomkeerbare schade voordoet die niet achteraf financieel kunnen worden hersteld.

Het Hof hanteert een strengere toets in het geval van ontneming. Hoe ernstiger dus de inbreuk, hoe eerder dit een schending oplevert⁷² en hoe strenger de procedurele eisen die het Hof oplegt aan de Staat.⁷³ Een verzachtende factor is de schadevergoeding die betrokkene geboden wordt in het geval van ontneming.⁷⁴ Een ontneming van eigendom zonder 'enige vorm van compensatie' leidt ertoe dat het Hof eerder een schending van artikel 1 EP EVRM aanneemt.⁷⁵ Bij een regulering is dit anders: de afwezige compensatie leidt hier niet per definitie tot een disproportioneel ingrijpen door de Staat.⁷⁶

Margin of appreciation

Tot slot verdient het leerstuk van de *margin of appreciation* een aparte bespreking. Bij de vraag of een inmenging in het eigendomsrecht is gerechtvaardigd laat het EHRM de Staten een ruime *margin of appreciation*.⁷⁷ Op deze manier blijft het aan de Staten voorbehouden om economische en sociale beleidskeuzes te maken.⁷⁸ Bovendien zijn de nationale autoriteiten beter in staat om te oordelen wat in het algemeen belang is dan het Hof in Straatsburg.⁷⁹ Dit laatste is conform het subsidiariteitsbeginsel. Helder is de toelichting van Mahoney

71 Van Dijk e.a. 2006, p. 876 en Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 69 over gebruiksbeperkende maatregelen en de lange onzekerheid waar klager in verkeerde. Vlemminx 2002, p. 88.

72 Tjepkema 2010, p. 640.

73 Dit hebben we eerder kunnen zien onder artikel 3 EVRM in asielzaken en onder 8 EVRM, zie hoofdstuk 5 en 6.

74 Tjepkema 2010, p. 640.

75 Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 66; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104. Zie ook: Akkermans 2013, p. 1316 e.v.; White & Ovey 2014, p. 507 e.v.

76 Barkhuysen & Van Emmerik 2005b, p. 67; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

77 Van Dijk e.a. 2006, p. 876 waarbij wordt opgemerkt dat bij de proportionaliteitstoets onder andere verdragsartikelen ook een *margin* wordt gelaten.

78 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

79 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 104.

voor de keuze om Staten onder artikel 1 EP EVRM een ruime *margin of appreciation* te geven:

‘The subject-matter of the right of property (...) is typically one where there is a diversity of view in democratic society as to how the tension between individual liberty and community interest should be regulated. The right of property as guaranteed under the Convention accommodates both socialists (redistributive) and conservative (acquisitive) approaches. At the other end of the spectrum there is presumably little or no scope for any margin of appreciation in relation to the right to life, the prohibition of torture and inhuman treatment, and the prohibition of slavery.’⁸⁰

Een gevolg van deze *margin of appreciation* is dat onder artikel 1 EP EVRM minder snel een schending wordt aangenomen.⁸¹ de Staten krijgen tenslotte de ruimte bij de toepassing van de eigendomsbeperkende maatregel. Illustratief in dit verband is dat het Hof pas in 1999 tot een schending van de regulering van eigendom kwam,⁸² en tot 1997 alleen in combinatie met artikel 6 EVRM tot een schending van de ontnemingsregel van artikel 1 EP EVRM oordeelde.⁸³ De ontwikkeling van het eigendomsrecht is dus echt van de laatste jaren.

Het Hof laat de Staten deze ruime *margin* bij zowel het law-vereiste, als ook bij het bepalen van het algemeen belang en tot slot bij de *fair balance*-toets.⁸⁴ Toch stelt het Hof hier grenzen. In het kader van het algemeen belang bepaalde het Hof dat het in principe de beoordeling van de Staat volgt bij wat kan worden gekwalificeerd als algemeen belang, tenzij dit ‘kennelijk zonder enige grond is’.⁸⁵ Bovendien verlangt het Hof ook in het kader van de *fair balance*-toets van de Staat dat bij de inzet van een evident onredelijk middel de keuze voor een zeer belastend alternatief vanuit het algemeen belang wordt onderbouwd.⁸⁶ Schild spreekt in het kader van de *margin of appreciation* bij de *fair balance*-toets dat het aan de Staten is om een belangenafweging te maken, maar dat een niet ‘redelijkerwijze verdedigbaar’ nalaten hiervan niet door de Straatsburgse beugel kan en een schending van artikel 1 EP EVRM oplevert.⁸⁷ Binnen de *fair balance*-toets laat het Hof de Staten de ruimte in

80 Mahoney 1998, p. 5. Vgl. ook Tjepkema 2010, p. 625-626.

81 Van Dijk e.a. 2006, p. 888-889; Tjepkema 2010, p. 625; Schild 2012, p. 137-138.

82 Tjepkema 2010, p. 625 en de verwijzing naar: EHRM 29 april 1999, zaaknr. 25088/94 (Grote Kamer) (*Chassagnou t. Frankrijk*).

83 Tjepkema 2010, p. 625 en de verwijzing naar: Van Banning 2001, p. 118 e.v.

84 Tjepkema 2010, p. 625.

85 Tjepkema 2010, p. 639.

86 Tjepkema 2010, p. 639.

87 Schild 2012, p. 138.

zowel de keuze voor de maatregel als of de proportionaliteit van de maatregel.⁸⁸ Het Hof kan echter nog wel eisen stellen aan de procedure.

Op de ruime *margin* voor de Staten bij de *fair balance*-toets is kritiek geuit. De ruime beoordelingsruimte zou de *fair balance*-toets hebben teruggebracht tot een minimale proportionaliteitstoets.⁸⁹ Wat betekent deze ruime *margin of appreciation* nu voor de procedurele waarborgen die het Hof in het kader van artikel 1 EP EVRM heeft geformuleerd?

Onder artikel 8 EVRM werd duidelijk dat een ruime *margin of appreciation* geen invloed heeft op de procedurele eisen die het Hof van de Staten verlangt. Het ligt in de lijn der verwachting dat dit ook geldt onder het eigendomsrecht.

De *margin* die aan de Staten wordt gelaten ziet op de inhoudelijke keuzes van de Staten. Dit laat dus onverlet dat het EHRM de nationale procedure alsnog wel aan een procedurele toets kan onderwerpen.⁹⁰ Dit type eisen staat tenslotte lossers van de inhoud dan het geval is bij bijvoorbeeld de materiële positieve verplichting of de klassieke onthoudingsverplichting. Dit zagen we eerder onder artikel 8 EVRM waar het Hof in de regel de inhoudelijke belangenafweging terughoudend toetst, maar wel streng de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale besluitvormingsprocedure toetst. Bovendien kan met behulp van het stellen van procedurele eisen worden bewerkstelligd dat op nationaal niveau structurele wijzigingen worden doorgevoerd. De meer inhoudelijke eisen zijn immers, meer dan de procedurele eisen, sterk zaaksgebonden. Dit neemt niet weg dat ook procedurele eisen waaraan de Staat moet voldoen van ingrijpende en vergaande aard kunnen zijn.⁹¹ Zo kosten procedurele verplichtingen als het bieden van rechtsbijstand, of het horen van betrokkene zowel extra geld als capaciteit.

88 EHRM 24 oktober 1986, zaaknr. 9118/80, par. 52 (*AGOSI t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 5 december 2002, zaaknr. 53871/00 (*Islamische Religiegemeinschaft e.a. t. Duitsland*); EHRM 28 juli 1999, zaaknr. 22774/93 (*Immolaire Saffi t. Italië*); EHRM 15 november 2001, zaaknr. 54999/00; 53991/00 (*Honecker e.a. t. Duitsland*); EHRM 29 april 1999, 25088/94 (*Grote Kamer*) (*Chassagnou t. Frankrijk*). Vgl. ook: Tjepkema 2010, p. 639.

89 Tjepkema 2010, p. 639-640 en de verwijzing naar Arai-Takahashi 2002, p. 157 en Schokkenbroek 1998, p. 30 e.v. Arai-Takahashi pleit voor een intensievere toets aan 1 EP, aldus Tjepkema.

90 Vgl. ook Brems & Lavrysen 2013, p. 195 e.v. die dit opmerken in het kader van het leerstuk van de procedurele rechtvaardigheid.

91 Vgl. Gerards die concluderend in een hoofdstuk over positieve verplichtingen stelt (Gerards 2011a, p. 260): 'In zekere zin zijn de procedurele positieve verplichtingen die het Hof heeft afgeleid uit vrijwel alle bepalingen van het EVRM, veel verstrekkender dan de materiële positieve verplichtingen die het heeft vastgesteld.'

7.2.5 Positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM: de materiële component

Ook in het kader van het eigendomsrecht heeft het Straatsburgse Hof positieve verplichtingen ontwikkeld. De bescherming van het eigendom door de Staat gaat dus verder dan de plicht die op de Staat rust om zich te onthouden van een inmenging met voormeld recht.⁹²

Opnieuw kan ook onder artikel 1 EP EVRM een onderscheid worden gemaakt tussen de materiële positieve verplichting en de procedurele positieve verplichting. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de ruime *margin of appreciation* die de Staten toekomt in eigendomskwesaties ook consequenties heeft voor de materiële positieve verplichtingen die het Hof de Staten op kan leggen. Vanwege deze *margin* stelt het Hof onder het eigendomsrecht minder vergaande verplichtingen aan het handelen van de Staat om het eigendom te beschermen dan onder artikel 2 EVRM in het geval van natuurrampen.⁹³ Dit is mede ingegeven door het fundamentele en absolute karakter van het recht op leven onder artikel 2 EVRM.⁹⁴ De procedurele positieve verplichtingen gelden in het geval van natuurrampen echter onverkort.⁹⁵

In de Grote Kamer uitspraak van het Hof in de zaak *Öneryıldiz*⁹⁶ vinden we de plicht tot het nemen van maatregelen teneinde het eigendomsrecht te beschermen terug:

‘Genuine, effective exercise of the right protected by that provision does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection, particularly where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions.’⁹⁷

92 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 134 (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*). Dit type verplichtingen heeft zich met name ontwikkeld in de jurisprudentie van midden en Oost-Europese landen, n.a.v. de eenwording van Duitsland, zo is te lezen bij: White & Ovey 2014, p. 495. Zie over de positieve verplichting ook: Akkermans 2013, p. 1301 e.v.; Grabenwarter 2014, p. 385 e.v.

93 Zie eerder hoofdstuk 4 over het verschil tussen de materiële positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM en artikel 1 EP EVRM, en de verwijzing naar de zaak: EHRM 20 maart 2008, AB 2008, 206 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 133 (*Budayeva t. Rusland*).

94 Zie paragraaf 4.2.2 in hoofdstuk 4. Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 494; Gerards 2011a, p. 255.

95 Zie paragraaf 4.3.1 in hoofdstuk 4.

96 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*).

97 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 134 (Grote Kamer) (*Öneryıldiz t. Turkije*). Vgl. ook voor de plicht die op de autoriteiten rust om schade aan eigendom te voorkomen en de omissie aan de zijde van de Staat: EHRM 12 februari 2013, EHRC 2013, 99, par. 27 (*Dzugayeva t. Rusland*).

In de onderhavige zaak overwoog de Grote Kamer van het Hof onder meer dat de Staat praktische maatregelen ('practical steps') had moeten nemen teneinde het eigendom van klagers (de illegaal gebouwde woning) te beschermen en sluit hierbij aan bij de in het kader van artikel 2 EVRM geformuleerde maatregelen waaronder het tijdig installeren van een gas-extractie systeem.⁹⁸

Op de Staat kan ook de plicht rusten om het eigendom te beschermen in de horizontale rechtsverhouding.⁹⁹ Het is echter wel zo dat deze plicht, wanneer het gaat om een economische relatie tussen particulieren, minder vergaand is dan in het geval dat het gaat om verlies van eigendom door het individu als gevolg van nalaten aan de zijde van de autoriteiten in gevaarlijke situaties.¹⁰⁰ Dit heeft tot gevolg dat, zo overweegt het Hof daarna:

'Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention cannot be interpreted as imposing any general obligation on the Contracting States to cover the debts of private entities.'¹⁰¹

Op deze manier begrenst het Hof dus de verplichting voor de Staten onder artikel 1 EP EVRM. Verder differentieert het Hof naar de ernst van de zaak. Hoe gevaarlijker/ernstiger de gevolgen voor betrokkenen, hoe meer van de Staten kan worden verlangd. Dit is ook conform de eerdere hoofdstukken over de bescherming van het recht op leven en het folterverbod en het recht op privé- en familielevens. Verder hebben de verplichtingen van de Staat onder het eigendomsrecht een meer institutionaliserend karakter in de gevallen waarin de Staat zelf betrokken is. Hierbij kan het dan bijvoorbeeld gaan om de plicht om naar nationaal recht te voorzien in een faillissementsprocedure.¹⁰²

De materiële verplichtingen die op de Staat rusten kunnen bovendien zowel preventief van aard zijn als herstellend van karakter.¹⁰³ Bij de laatste categorie kan het dan gaan om het nemen van adequate maatregelen die zien op de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken, het betalen van schadevergoeding voor onteigening of het verzekeren dat land wordt teruggegeven aan de

98 EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43, m.nt. A.J.Th. Woltjer, par. 136 en par. 106-108 (Grote Kamer) (*Öneryildiz t. Turkije*); EHRM 28 februari 2012, AB 2012, 314, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 105, m.nt. D.G.J. Sanderink, par. 212 en 216 (*Kolyadenko e.a. t. Rusland*). Vgl. ook: Harris e.a. 2014, p. 870; Akkermans 2013, p. 1302. Zie ook de dissertatie van Sanderink over het EVRM en het materiële omgevingsrecht: Sanderink 2015, en toegespitst op artikel 1 EP EVRM en de positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen, p. 66 e.v.

99 Vgl. ook: White & Ovey 2014, p. 494; Harris e.a. 2014, p. 871 en de daar genoemde jurisprudentie.

100 White & Ovey 2014, p. 494, en de verwijzing naar: EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 111 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*).

101 EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 111 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*).

102 Voorbeeld ontleend aan: Harris e.a. 2014, p. 871.

103 White & Ovey 2014, p. 495; Harris e.a. 2014, p. 871.

rechthebbende.¹⁰⁴ Sommige van de herstelmaatregelen kunnen worden gekwalificeerd als procedureel, zoals de tenuitvoerlegging van een uitspraak. Tegelijkertijd is juist het betalen van schadevergoeding meer materieel van aard voor zover het gaat om daadwerkelijke betaling van het geldbedrag. De mogelijkheid die naar nationaal recht dient te bestaan om in aanmerking te komen voor een eventuele schadevergoeding is echter wel aan te merken als procedureel.¹⁰⁵ Het voorgaande illustreert dat een strikt onderscheid tussen materiële en procedurele positieve verplichtingen dus niet altijd te maken is, en beide verplichtingen bovendien (vaak) verenigd zijn in een uitspraak.

Tot slot is het lastig om een precies onderscheid te maken tussen de negatieve (onthoudings)verplichting en de positieve verplichting onder artikel 1 EP EVRM, zo volgt herhaaldelijk uit de jurisprudentie van het Hof.¹⁰⁶ In beide gevallen dient een *fair balance* aanwezig te zijn tussen het algemeen belang en het belang van het individu. De doelen (genoemd in lid 2 van artikel 1 EP EVRM) zijn onderdeel van de *fair balance*-toets. Tot slot behoudt de Staat een zekere *margin of appreciation* bij het nemen van de maatregelen in het kader van de materiële positieve verplichtingen.

Resumerend: het begrip eigendom wordt ruim uitgelegd in de Straatsburgse jurisprudentie. Het eigendomsrecht kent drie eigendomsregels; de genotsregel, ontneming en regulering van het eigendom. Bij de toets of de beperking van het eigendom Straatsburg-proof is, toetst het Hof aan drie cumulatieve voorwaarden. Bij de derde en laatste voorwaarde, de *fair balance*-voorwaarde, spelen de procedurele waarborgen een rol, waarover hierna meer. Verder leent het eigendomsrecht zich, als gevolg van de *margin of appreciation*, bij uitstek voor een procedurele toets, en dus het formuleren van procedurele positieve verplichtingen. De *margin of appreciation* verhindert tenslotte dat het EHRM te veel dicteert hoe de Staat om dient te gaan met het eigendomsrecht. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat bij de bespreking van de materiële positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM dit type verplichtingen minder aanwezig lijkt te zijn dan bijvoorbeeld onder het absolute recht op leven van artikel 2 EVRM.

104 Harris e.a. 2014, p. 871 en de daar genoemde jurisprudentie. Vgl. recenter een uitspraak waarin het Hof oordeelde dat het nalaten van het betalen van schadevergoeding aan klager voor de waardedaling van het niet-onteigende gedeelte van het landgoed geen schending van 1 EP EVRM opleverde: EHRM 25 juni 2015, zaaknr. 24756/10 (*Couturon t. Frankrijk*).

105 Zie eerder het 13 EVRM-hoofdstuk.

106 EHRM 3 april 2012, zaaknr. 54522/00, par. 110 (Grote Kamer) (*Kotov t. Rusland*). Zie later EHRM 16 juli 2014, EHRC 2014, 226, par. 101 (*Ališić, Sadžak en Šahdanović t. Bosnië en Herzegovina, Kroatië, Servië, Slovenië en de voormalig Joegoslavische Republiek Macedonië*) en eerder: EHRM 22 juni 2004, zaaknr. 31443/96 (Grote Kamer) (*Broniowski t. Polen*).

7.3 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM

7.3.1 De procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM: een eerste overzicht

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM ziet op de mogelijkheid die in het nationale recht dient te bestaan om met behulp van een effectief rechtsmiddel een eigendom aantastende maatregel aan te vechten. In dit verband is de zaak *Sporrong en Lönnroth*¹⁰⁷ van belang. Dit arrest kan worden gezien als een van de eerste zaken waarin het Hof bepaalde dat de ontbrekende procedurele mogelijkheid om de regulering van het eigendomsrecht ter toetsing voor te leggen aan een daartoe bevoegde autoriteit bijdroeg aan de schending van artikel 1 EP EVRM.

In deze zaak heeft de Zweedse regering aan het gemeentebestuur van Stockholm een onteigeningsvergunning verleend voor de percelen die toekomen aan de klagers *Sporrong en Lönnroth*. Naast de onteigeningsvergunning wordt ook een bouwverbod opgelegd aan klagers.

Deze zaak kent echter een aantal procedurele gebreken volgens het Hof. Zo ontbrak in het nationale recht de mogelijkheid voor klagers om tussentijds een rechterlijk oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de onteigeningsvergunning en het opgelegde bouwverbod. Klagers verkeerden bovendien lange tijd in onzekerheid omdat de Zweedse uitvoerende autoriteiten voor een periode van respectievelijk 23 en acht jaar niet tot onteigening zijn overgegaan, en het bouwverbod ook gedurende 25 en twaalf jaar van kracht bleef.¹⁰⁸ Deze procedurele tekortkomingen hebben tot gevolg dat het EHRM in deze zaak heeft geoordeeld dat een *fair balance* tussen het algemeen belang (doel: stedelijke ontwikkeling) en het belang van klagers ontbreekt. Het EHRM heeft dit als volgt geformuleerd:

‘Being combined in this way, the two series of measures created a situation which upset the fair balance which should be struck between the protection of the right of property and the requirements of the general interest: the *Sporrong Estate* and *Mrs. Lönnroth* bore an individual and excessive burden which could have been rendered legitimate *only if they had had the possibility of seeking a reduction of the time-limits or of claiming compensation*. Yet at the relevant time Swedish law excluded these possibilities and it still excludes the second of them.’¹⁰⁹

Bij een langdurige beperking van het eigendomsrecht, met als gevolg rechtsonzekerheid, moet naar het oordeel van het Hof in het nationale recht zijn

107 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*).

108 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70 en 72 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*). Vgl. ook: Akkermans 2013, p. 1311.

109 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 73 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*).

voorzien in een mogelijkheid om een tussentijdse beoordeling te krijgen van de rechtmatigheid van de eigendomsbeperkende maatregel,¹¹⁰ dit is in latere jurisprudentie bevestigd.¹¹¹ Deze mogelijkheid en de optie om een schadevergoedingsverzoek in te dienen waren afwezig.¹¹² Van een *fair balance* is derhalve geen sprake. Dit, in combinatie met de onteigeningsvergunning en het daarbij komende bouwverbod leveren een schending van artikel 1 EP EVRM op.

De overkoepelende verplichting houdt in dat naar nationaal recht een mogelijkheid moet worden geboden om op te komen tegen een eigendomsbeperkende maatregel. Dit betekent meer concreet dat het voor de betrokkenen mogelijk moet zijn om een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de beperkende maatregel (voor een rechterlijke instantie). Daarnaast moet eventueel een schadevergoeding kunnen worden gevorderd.

Het Hof legt in deze zaak de nadruk op de mogelijkheid voor betrokkene om de duur van de eigendomsaantasting te beperken (via een rechterlijke herziening) en de mogelijkheid om een claim tot schadevergoeding in te dienen.¹¹³ Of de duur van de inmenging dus ook daadwerkelijk is teruggebracht en of een schadevergoeding is betaald, is voor het Hof minder relevant. Volgens Christoffersens volgt hieruit de duidelijke procedurele focus van het Hof.¹¹⁴

In meer algemene zin valt in de voorgaande overweging op, en ook in de hierna te bespreken 1 EP-jurisprudentie, dat de formulering van deze verplichting verschilt van de klassieke procedurele positieve verplichting-formulering behorend bij de artikelen 2, 3 en 8 EVRM.¹¹⁵ De aanwezigheid van procedurele garanties (i.e. waarborgen) in de nationale procedure, waaronder de beschikbaarheid van een rechtsmiddel om de eigendom aantastende maatregel te betwisten, maakt onderdeel uit van de belangenafweging van

110 EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70-74 (Grote Kamer) (*Sporrong Lönnroth t. Zweden*) en zie ook: EHRM 21 februari 1986, NJCM 1986, 546, m.nt. A.W. Heringa, par. 50 (Grote Kamer) (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

111 EHRM 16 september 1996, zaaknr. 15777/89, par. 98 (*Matos e Silva Lda e.a. t. Portugal*) (in casu resulteerde langdurige onzekerheid (13 jaar) over een voorgenomen onteigening en het bedrag aan compensatie in een onevenredig zware last voor klager); EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie ook Vlemminx 2002, p. 85.

112 Schending artikel 1 EP EVRM blijft uit in het geval dat via een civielrechtelijke procedure een schadevergoeding kan worden gevorderd: EHRM 18 maart 2014, zaaknr. 39689 (*Atev t. Bulgarije*).

113 Christoffersens 2009, p. 498.

114 Christoffersens 2009, p. 498. Zie ook Van Dijk e.a. 2006, p. 876 en noot nummer 60 waar wordt gewezen op de focus van het Hof op procedurele zaken onder verwijzing naar de uitspraken: EHRM 23 april 1987, par. 77 en par. 68 in de zaken *Erkner en Hofbauer t. Oostenrijk* en *Poiss t. Oostenrijk*. De nadruk op de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht zagen we eerder in het 13 EVRM-hoofdstuk.

115 Zie voor deze procedurele positieve verplichtingen: hoofdstuk 4 (paragraaf 4.3), hoofdstuk 5 (paragraaf 5.3) en hoofdstuk 6 (paragraaf 6.3).

het Hof onder het eigendomsrecht. Hoewel het Hof in de regel nalaat om deze procedurele waarborgen expliciet te formuleren als een procedurele positieve verplichting, laat dit naar mijn opvatting onverlet dat de nationale autoriteiten in hun procesrecht deze waarborgen ter bescherming van het eigendomsrecht in acht moeten nemen. De waarborgen vormen tenslotte een vast onderdeel van de proportionaliteitstoets van het Hof behorend bij artikel 1 EP EVRM. Bovendien zijn er ook zaken waarin het Hof in het kader van de proportionaliteit van de inmenging wel expliciet spreekt van ‘positive obligations’ en ‘an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention.’¹¹⁶ Kortom: de EHRM-rechtspraak verschilt op dit punt van de procedurele positieve verplichtingen behorend bij het recht op leven, het folterverbod en het recht op privé- en familielevens. Toch rust op de nationale autoriteiten de plicht om bij een inmenging in het eigendomsrecht te zorgen voor procedurele waarborgen die de negatieve inbreuk kunnen rechtvaardigen. Wel hebben de Staten hier meer vrijheid, omdat het geen zelfstandige verplichting is maar onderdeel van de algehele belangenafweging, en een tekortkoming dus kan worden gecompenseerd.

Hoewel artikel 1 EP EVRM (net als artikel 8 EVRM overigens) geen expliciete procedurele eisen bevat, moet het onder dit artikel dus toch mogelijk zijn om een effectief rechtsmiddel aan te wenden bij de verantwoordelijke autoriteiten tegen *elke* inmenging in het eigendomsrecht.¹¹⁷ Bij de toets of aan dit vereiste is voldaan, kijkt het Hof zowel naar de bestuurlijke voorprocedure als ook naar de rechterlijke procedure.¹¹⁸ Helder heeft het Hof dit als volgt geformuleerd in een van zijn uitspraken in een eigendomszaak:

‘It is true that Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements and the absence of judicial review does not amount, in itself, to a violation of that provision. Nevertheless, it implies that *any interference* with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a *reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision*. In ascertaining whether this condi-

116 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*), en ook in eerdere jurisprudentie: EHRM 7 december 2010, zaaknr. 27480/02, par. 103 (*Tarnańczyk t. Polen*). Tegelijkertijd kan over de kwalificatie van deze plicht als materieel dan wel procedureel wel weer discussie ontstaan. In de eerder genoemde Grote Kamer uitspraak in *Oneryildiz* (par. 134), ziet de positieve verplichting meer op een positieve materiële verplichting om maatregelen te treffen ter bescherming van het eigendomsrecht. Overigens spreekt het Hof in die zaak ook niet van een ‘judicial mechanism’.

117 Vande Lanotte & Haec 2004b, p. 365; Tjepkema 2010, p. 650. EHRM 23 september 1982, NJ 1988, 290, m.nt. E.A. Alkema, par. 70-74 (Grote Kamer) (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*). Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 87-88.

118 Tjepkema 2010, p. 650 en de daar genoemde jurisprudentie.

tion has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures.¹¹⁹

Het Hof heeft deze *general principle* in meerdere zaken bevestigd. Bovendien herhaalt het Hof dat ondanks de ontbrekende expliciete procedurele vereisten onder het eigendomsrecht, het Hof bij het beoordelen van de proportionaliteit toch kijkt naar de bescherming tegen willekeur.

In een latere eigendomszaak¹²⁰ gaat het Hof onder het eigendomsrecht in op de procedurele waarborgen ‘adversarial proceeding’ en ‘equality of arms’, onder verwijzing naar eerdere zaken.¹²¹ Deze waarborgen horen van origine bij artikel 6 EVRM thuis, en worden hiermee ook onderdeel van het eigendomsrecht. De betreffende overweging van het Hof:

‘(...) in order to assess the proportionality of the interference the Court looks at the degree of protection from arbitrariness that is afforded by the proceedings in the case. In particular, the Court examines whether the proceedings concerning the interference with the applicants’ right to the peaceful enjoyment of their possessions were attended by *basic procedural safeguards*. It has already held that an interference *cannot be legitimate in the absence of adversarial proceedings that comply with the principle of equality of arms*, enabling argument to be presented on the issues relevant for the outcome of a case. A comprehensive view must be taken of the applicable procedures’ [cursivering: TdJ].¹²²

Het Hof kan, als gezegd besluiten om de toets aan de procedurele waarborgen te behandelen onder het law- vereiste¹²³ of in het kader van de *fair balance*-test.¹²⁴

Naast de mogelijkheid die voor het individu dient te bestaan om op te komen tegen een eigendomsbeperkende maatregel, en de incorporatie van sommige 6 EVRM-eisen (waaronder het onder omstandigheden horen van

119 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*). Vgl. eerdere uitspraken: EHRM 24 oktober 1986, zaaknr. 9118/80, par. 59 (*AGOSI t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 5 mei 1995, zaaknr. 18465/91, par. 44 (*Air Canada t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 mei 2002, *EHRC* 2002, 56, par. 45 (*Jokela t. Finland*). Zie ook Harris e.a. 2014, p. 900 waar zij onder verwijzing naar onder meer de *AGOSI* zaak het belang van ‘procedural avenues’ benadrukken.

120 EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 64 (*N.K.M. t. Hongarije*).

121 Waaronder *Hentrich* en *Jokela*. EHRM 22 september 1994, zaaknr. 13616/88, par. 49 (*Hentrich t. Frankrijk*); EHRM 21 mei 2002, *EHRC* 2002, 56, par. 45 (*Jokela t. Finland*).

122 EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 64 (*N.K.M. t. Hongarije*).

123 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*). Zie ook: Harris e.a. 2014, p. 878 e.v.

124 Zie Schild 2012, p. 133 en de verwijzing naar: EHRM 26 september 2006, *EHRC* 2006, 138, m.nt. Adriaansens, par. 79 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*).

belanghebbenden),¹²⁵ heeft het Hof onder artikel 1 EP EVRM ook nog andere procedurele verplichtingen geformuleerd voor de Staten. Zo rust op grond van artikel 1 EP EVRM op de rechter onder meer de plicht zaken zorgvuldig te behandelen, en daarnaast moet de rechter de afweging van de uitvoerende autoriteit tussen het algemeen belang en het individueel belang zelf beoordelen.¹²⁶

7.3.2 De toepassing van de procedurele waarborgen

In deze kernparagraaf gaat het primair om de toepassing van de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM. De overkoepelende procedurele verplichting onder het eigendomsrecht bestaat, als gezegd, uit de mogelijkheid die naar nationaal recht dient te bestaan om op te komen tegen de eigendoms-aantastende maatregel. Op verschillende wijze kan uiting worden gegeven aan deze plicht. Zo kan dit onder meer betekenen dat de betrokkene de mogelijkheid moet hebben om zijn zaak voor te leggen aan een nationale rechter om een oordeel te krijgen over de rechtmatigheid van de maatregel, of dat betrokkene toegang dient te krijgen tot bepaalde documenten, al in de besluitvormingsfase en/of in de fase voor de rechter.¹²⁷

Daarnaast heeft het EHRM diverse andere procedurele waarborgen ingelezen in artikel 1 EP EVRM.¹²⁸ Voorbeelden zijn het horen van de betrokkenen, het tijdig aankondigen van de te nemen maatregel en het tegengaan van een te lange rechtsonzekerheid. De procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM kunnen zowel verplichtingen in het leven roepen voor de uitvoerende autoriteiten als voor de rechterlijke autoriteiten van de Staat.

In de meeste zaken gaat het om een combinatie van de hiervoor genoemde eisen. Het is daarom lastig om een duidelijk onderscheid aan te brengen en te komen tot een concrete categorisering. Om de procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM toch zo helder mogelijk in kaart te brengen, is ervoor gekozen om het *lawfulness*-vereiste en de *fair balance*-toets als vertrekpunt te nemen bij de bespreking van de eisen.¹²⁹ Zoals eerder opgemerkt, kan het Hof onder beide vereisten procedurele eisen formuleren. Tot slot volgt de categorie zaken waarin het Hof expliciet spreekt van het beginsel van *good governance* waaraan de nationale autoriteiten zich moeten houden. Op punten vertoont deze laatste

125 EHRM 15 juni 2006, zaaknr. 57785/00, par. 76 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*).

126 Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 75 en recenter: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p.87-88. In paragraaf 7.3.2 volgt een uitgebreidere bespreking van de toepassing van deze eisen in de jurisprudentie van het Hof.

127 Zoals ook te lezen is bij: Harris e.a. 2014, p. 878-880.

128 Vgl. ook: Barkhuysen & Van Emmerik 2017, p. 87.

129 Deze indeling is mede gebaseerd op de voorhanden zijnde literatuur en daarnaast een selectie (recente) uitspraken van het EHRM. Vooral de geannoteerde, of gepubliceerde uitspraken in tijdschriften als: *AB* en *EHRC*.

categorie overlap met de zaken die ik in het kader van de *lawfulness* en de *fair balance* bespreek. Het principe van 'goed bestuur' omvat immers diverse procedurele eisen.

Lawfulness-vereiste

De uitspraak van het Hof in de zaak *Capital Bank AD*¹³⁰ is om een drietal redenen interessant en daarom een bespreking waard. Ten eerste geeft deze uitspraak een goed beeld van wat het Hof van de nationale uitvoerende autoriteiten op procedureel terrein verlangt. Ten tweede is deze uitspraak illustratief voor het aanscherpen van de procedurele eisen in het geval dat de eigendomsbeperkende maatregel ernstige consequenties heeft. Ten derde is deze uitspraak een bevestiging van het uitgangspunt dat de *margin of appreciation* die Staten toekomt ruim is in het geval van economische en sociale kwesties. Toch is deze beoordelingsruimte tegelijkertijd niet onbegrensd. Zeker niet waar het de procedurele waarborgen betreft.

In deze uitspraak komt het Hof ook tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM. De schending van artikel 6 EVRM bestaat eruit dat de Bulgaarse rechters¹³¹ het oordeel van de Centrale Bank (hierna: BNB) hebben overgenomen, zonder de relevante feiten en factoren van het geschil aan een rechterlijk onderzoek te onderwerpen.¹³² Verder had klager in deze zaak geen toegang tot de rechter en ontbrak een procedure op tegenspraak.¹³³ De tekortkomingen concentreren zich hier dus duidelijk op de fase voor de rechter, dit in tegenstelling tot de gebreken die het Hof constateert onder het eigendomsrecht waarbij het vooral gaat om tekortkomingen in de besluitvormingsfase.

Klager in deze zaak is een rechtspersoon, namelijk de bank Capital Bank AD. De BNB, een bestuursorgaan, heeft de bankvergunning van Capital Bank AD ingetrokken omdat de bank van klager insolvent werd bevonden door BNB. Deze inmenging in het eigendomsrecht kwalificeert het Hof als regulering van het eigendom. Bovendien heeft BNB een verzoek tot liquidatie ingediend bij de City Court van Bulgarije. Deze rechterlijke instantie en ook de hoger beroepsrechter hebben het verzoek, en de conclusie van BNB gevolgd, en hebben vervolgens een liquidatiebevel gegeven.

Het Hof gaat in deze zaak in op de procedurele waarborgen onder het *lawfulness*-vereiste. Ook in de onderhavige zaak herhaalt het Hof zijn *general principles* ten aanzien van de procedurele vereisten, en wijst daarbij expliciet op de aanwezigheid van een 'adversarial procedure' en daarnaast dat zowel de administratieve fase als de rechterlijke fase wordt meegenomen in de beoordeling of betrokkene effectief de inmenging in het eigendomsrecht heeft

130 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

131 Zowel de City Court als het Bulgaarse Supreme Court.

132 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 98 e.v. (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

133 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 115 e.v. (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

kunnen aanvechten.¹³⁴ Zoals ook eerder opgemerkt in dit hoofdstuk, zien we dat onder artikel 1 EP EVRM de procedure op tegenspraak (een typisch 6 EVRM-vereiste) onder dit artikel wordt behandeld door het Hof. Bovendien kan het onderdeel zijn van de besluitvormingsfase.

De procedurele tekortkomingen die het Hof constateert aan de zijde van het bestuursorgaan BNB zien op het volgende. In de eerste plaats schiet het bestuursorgaan te kort ten aanzien van het informeren van klager over de intrekking van de bankvergunning. Klager wordt hiervan namelijk pas op de hoogte gesteld op het moment dat BNB het besluit al heeft genomen. Op grond van de nationale wetgeving rust op het bestuursorgaan niet de verplichting om de betreffende bank op de hoogte te brengen van de start van de procedure die kan leiden tot een eventuele regulering van het eigendom van betrokkene. Evenmin hoeft BNB rekening te houden met de handelingen en bezwaren van de bank in kwestie.¹³⁵

Verder beschikt klager niet over de mogelijkheid om een bestuurlijk of rechterlijk oordeel te krijgen over het besluit van BNB en het oordeel van de nationale rechterlijke instanties (belast met de liquidatieprocedure) om het insolventieoordeel van BNB te volgen. Dit ziet op de te beperkte omvang van de rechterlijke toetsing, op grond waarvan het Hof ook al tot een schending van artikel 6, eerste lid EVRM concludeerde. Capital Bank AD heeft zijn bezwaren ten aanzien van het oordeel van BNB met betrekking tot de insolventie in geen enkele fase kunnen uiten of het oordeel gemotiveerd kunnen weerleggen.¹³⁶

In casu schiet de nationale wetgeving tekort. Volgens het Straatsburgse Hof moet het bestuursorgaan de bank in kwestie informeren over de aanvang van de procedure waarbij eventueel tot regulering van het eigendom van de bank kan worden besloten.¹³⁷ Het moet voorts mogelijk zijn om eventuele bezwaren te kunnen uiten: een procedure op tegenspraak dus. Daarnaast moet een effectief rechtsmiddel voor handen zijn met behulp waarvan de betrokkene in de bestuurlijke of rechterlijke fase de inmenging in zijn eigendom effectief aan kan vechten.

Vervolgens noemt het Hof de serieuze en vergaande consequenties van het besluit van BNB om de bankvergunning van klager in te trekken. De bank heeft zijn activiteiten namelijk moeten stoppen en is verplicht failliet verklaard. Hoe ingrijpender de gevolgen voor de betrokkene, hoe groter de noodzaak om zorg te dragen voor procedurele waarborgen in het nationale recht. In casu betekent dit dat het mogelijk moet zijn om de maatregel die een inmenging

134 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 134 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

135 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

136 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

137 Zie eerder deze informatieplicht: EHRM 16 november 2004, zaaknr. 41673/98, par. 85-87 (*Bruncrona t. Finland*). Ook over de start van een rechterlijke procedure met mogelijk gevaar voor het eigendom moet de betrokkene op de hoogte worden gesteld: EHRM 24 mei 2007, zaaknr. 43626/02, par. 46 (*Viktor Kononov t. Rusland*).

oplevert in het eigendomsrecht aan te vechten, en dit was als gezegd uitgesloten in de nationale wetgeving.¹³⁸

Tot slot en in de derde plaats herhaalt het Hof in *Capital Bank AD* dat de Staten een ruime beoordelingsruimte toekomt in economische aangelegenheden. Dit geldt in het bijzonder in het onderhavige geval van een economische crisis:

'It is true that in such a sensitive economic area as the stability of the banking system the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation and that in certain situations – especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 – there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole [cursivering: TdJ].'¹³⁹

Snel handelen, zonder voorafgaande kennisgeving kan dus geboden zijn om onherstelbare schade te voorkomen. Op basis van oude wetgeving kon de bank alleen afzien van het informeren van de betrokkene over de start van de intrekking in het geval van urgentie om snel op te treden. Op grond van de nieuwe vigerende wetgeving is geen enkele procedure vereist. Hoewel het in casu om een bankencrisis gaat waarbij snel optreden de voorkeur heeft, betekent dit niet automatisch dat een vertraging door de toepassing van procedurele garanties tot schadelijke gevolgen leidt. Voorafgaand aan de intrekking van de bankvergunning zijn de werkzaamheden van de bank al aan een beperking onderworpen en hiermee is het risico van verdere verspilling van de bezittingen van de bank al tegengegaan, aldus het Hof.¹⁴⁰ Samenvattend: hoewel ten tijde van een bankencrisis bij voorkeur snel wordt opgetreden door de overheid is dit geen vrijbrief voor de Staat om volledig voorbij te gaan aan procedurele garanties. In een Nederlandse ontvankelijkheidsuitspraak¹⁴¹ van latere datum lijkt het Hof dit echter te nuanceren. De nationalisatie van de SNS-bank tijdens de economische crisis maakt dat het Hof soepeler lijkt om te gaan met de procedurele benadeling van klagers onder ditmaal artikel 6 EVRM, eerste lid. Deze benadeling ziet onder meer op de korte tijd waarover zij beschikten om het omvangrijke verweerschrift van de Minister te bestuderen. Hierbij speelt wel ook een rol dat dit er volgens het Hof niet toe heeft geleid dat de klagers een minder onderbouwd beroepschrift hebben kunnen overleggen. Bovendien hebben klagers ook nog op de hoorzitting zelf argumenten kunnen aandragen ter ondersteuning van hun betoog.¹⁴² Zowel de uitspraak in de *Capital Bank AD*-zaak als deze ontvankelijkheidsbeslissing in de nationalisatie van de SNS-bank laten zien dat de feiten uiteindelijk de

138 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 135 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

139 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

140 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

141 EHRM 17 maart 2015, *EHRC* 2015, 143, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans & R.J. de Graaff (ontv. besl) (*Adorisio e.a. t. Nederland*).

142 Zie ook de noot van Sluysmans en De Graaff onder punt 5 en 6.

doorslag geven. In de laatste ontvankelijkheidsbeslissing beschikten klagers wel over meer procedurele waarborgen. Dit is voor het Hof reden geweest om – met het oog op de urgentie van snel optreden – genoeg te nemen met minder procedurele waarborgen voor klagers.

Vervolgens komt het Hof tot de slotsom dat door BNB voor de meest ingrijpende maatregel is gekozen, en onvoldoende is gezocht naar andere minder ingrijpende maatregelen zoals onder meer het tijdelijk schorsen van de bankvergunning voordat een definitieve intrekking zou plaatsvinden, teneinde de stabiliteit van het banksysteem en de belangen van de crediteuren en debiteuren van de bank van klager te waarborgen.¹⁴³

Het Hof komt op basis van het voorgaande tot een schending van artikel 1 EP EVRM, omdat bij de inmenging onvoldoende waarborgen tegen willekeur aanwezig waren en de inmenging dus niet rechtmatig ('lawful') is.¹⁴⁴ De vraag of alternatieve mogelijkheden zijn onderzocht neemt het Hof dus mee onder het lawfulness-vereiste. Deze vraag hoort eigenlijk eerder thuis onder de proportionaliteitstoets. Verder is de wetgeving gebrekkig, en de wet dient te worden aangepast. De uiteindelijke uitvoering, waaronder het informeren en het horen van betrokkene is een taak voor de uitvoerende autoriteiten (en in de latere fase een taak voor de rechter).

Tot slot bezigt het Hof in deze zaak de term 'irreparable harm'. In artikel 3 EVRM asielzaken gebruikt het Hof de term 'irreversible nature of the potential harm' als factor waarmee de nationale autoriteiten rekening dienen te houden in hun besluitvorming en hun rechterlijk oordeel. De potentieel onomkeerbare schade kan fungeren als een alarmbel voor de nationale autoriteiten. Zij moeten dan extra zorgvuldig te werk gaan vanwege de blijvende schade die kan ontstaan indien tot de maatregel en de tenuitvoerlegging wordt besloten. In de onderhavige financiële *Capital Bank AD*-zaak gaat het om potentieel onherstelbare schade voor het algemeen belang. Het gaat dus niet om onomkeerbare potentiële schade voor de betrokkene, zoals onder de 3 EVRM-asielzaken. In casu lijkt het erop dat de onomkeerbare eventuele schade voor het algemeen belang dit keer de reden is dat het Hof de naleving van de procedurele waarborgen minder streng toetst. Snel handelen is dan geboden. Dit is ook ingegeven door de ruime *margin of appreciation* die de Staat in het bijzonder toekomt in het geval van een economische crisis. Hoewel de inhoudelijke belangenafweging van het Hof in die gevallen terughoudend is, betekent dit echter niet dat elke vorm van procedure kan en mag ontbreken. Aan de ene kant staan in casu de ruime *margin of appreciation* van de Staten en het voorkomen van de 'irreparable harm' voor het algemeen belang, ten behoeve van de stabiliteit van de nationale financiële markt. Snel handelen is daarom noodzakelijk. Hierdoor boeten de procedurele waarborgen in dit geval aan belang in. Aan de andere kant maakt deze uitspraak ook duidelijk dat hoe ernstiger

143 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 136 en 137 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

144 EHRM 24 november 2005, *RvdW* 2006, 64, par. 138 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

de consequenties voor de betrokkene zijn, hoe meer reden er bestaat voor het Hof om wel de procedurele eisen te verhogen en van de nationale autoriteiten te verlangen dat er gezocht wordt naar de minst belastende alternatieven.¹⁴⁵

In aansluiting op het voorgaande voor wat betreft het punt van de 'irreparable harm', en ter illustratie van het onrechtmatig optreden door de uitvoerende autoriteit, de uitspraak in de zaak *East/West Alliance Limited*.¹⁴⁶

Klager in deze zaak is East/West Alliance Ltd., eigenaar van een aantal vliegtuigen. Klager leaset de vliegtuigen aan een luchtvaartmaatschappij. Als bij deze luchtvaartmaatschappij een doorzoeking plaatsvindt vanwege mogelijke belastingfraude, neemt de belastingdienst de eigendomsapieren waaruit het eigendom van de vliegtuigen van klager blijkt in beslag (regulering van het eigendom).¹⁴⁷ Vervolgens start de belastingdienst een procedure tegen de luchtvaartmaatschappij en andere betrokkenen vanwege belastingontduiking. Later neemt de belastingdienst ook de vliegtuigen zelf in beslag (ontneming van het eigendom),¹⁴⁸ en verkoopt de vliegtuigen aan derden zonder toestemming van klager. Ondanks het oordeel van de nationale rechters dat het eigendom van de vliegtuigen nog steeds aan klager toebehoort.

Het EHRM komt in deze zaak onder meer tot een schending van artikel 1 EP EVRM onder het *lawfulness*-vereiste. De inbeslagname van de eigendomsapieren en van de vliegtuigen berustten niet op een wettelijke basis. Aan de wettelijke vereisten om de vliegtuigen voor nader onderzoek aan de grond te houden is evenmin voldaan.¹⁴⁹ Bovendien krijgt klager pas na ruim tien jaar weer de beschikking over de vliegtuigen. Deze lange duur neemt het Hof mee in zijn toets aan artikel 1 EP EVRM. Vervolgens is dit ook de reden om het deel van de klacht dat ziet op de redelijke termijn en het talmen ten aanzien van de tenuitvoerlegging niet ook nog onder artikel 6 EVRM te behandelen.¹⁵⁰

Opmerkelijk aan deze zaak is dat het de belastingautoriteit is die niet meewerkt. Klager is door de nationale rechter in het gelijk gesteld, maar de belastingdienst doet niks om de uitspraak te effectueren.¹⁵¹ Sterker nog: de belastingdienst werkt alleen maar tegen, waardoor klager lange tijd veel procedures heeft moeten voeren.¹⁵² Tot slot vindt het Hof ook een schending van artikel 13 EVRM omdat het voor klager niet mogelijk was om op een effectieve manier de eigendomsaantastende maatregelen aan te vechten, en

145 Zie par. 135 van de uitspraak (ook eerder weergegeven in deze paragraaf).

146 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

147 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 174 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

148 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 198 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

149 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 215-218 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

150 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 219 e.v. (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

151 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 200 en 211 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

152 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 216 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

dus om de schending van het eigendomsrecht te voorkomen, dan wel te beëindigen.¹⁵³

In de volgende overweging is te lezen dat de serieuze impact van de gebeurtenissen gedurende de inbeslagnameperiode en de mogelijke onomkeerbaarheid reden zijn voor het Hof om dit ook mee te nemen in zijn eigen toets. Het Hof beperkt de toets niet tot de inbeslagname van de vliegtuigen alleen:

¹⁵⁴

'The Court cannot, however, limit its examination of the situation to the impoundment of 10 September 2001 and the seizure of 17 April 2002, because during the time of their validity a number of other events took place having had *serious, if not irreversible*, impact on the applicant company's property rights.'¹⁵⁵

De gebeurtenissen waaraan het Hof refereert zien (niet uitputtend) op het volgende. Aan de wettelijke eisen voor wat betreft de motivering voor de rechtvaardiging van de inbeslagname van de vliegtuigen is niet voldaan. De verkoop van de vliegtuigen aan derden, hoewel de belastingdienst ervan op de hoogte was dat klager eigenaar was van de vliegtuigen. Dit laatste resulteert in een ontneming van het eigendom van klager. Verder had klager niet de mogelijkheid om zijn rechtmatige eigendom te herstellen, ondanks de diverse rechterlijke beslissingen die de rechtmatigheid van zijn eigendom bevestigden en tot slot was sprake van beschadigingen aan de vliegtuigen¹⁵⁶ met als gevolg dat sommige vliegtuigen niet meer gebruikt kunnen worden.¹⁵⁷

Het EHRM oordeelt dat artikel 1 EP EVRM is geschonden, nu de autoriteiten willekeurig hebben gehandeld, en misbruik hebben gemaakt van hun macht. De waarborgen zijn hiermee ineffectief geworden. Dat de handelingen van de autoriteiten op sommige punten voldeden aan de principes van artikel 1 EP EVRM, waaronder het aan de grond houden van de vliegtuigen voor onderzoek (een legitiem doel), brengen hier geen verandering in.¹⁵⁸

In de *Capital Bank AD*-zaak zien de tekortkomingen onder het *lawfulness*-vereiste op het ontbreken van procedurele waarborgen voor betrokkenen in de nationale wetgeving. In de onderhavige zaak ontbreekt de wettelijke basis om over te gaan tot de inbeslagname van de eigendomspapieren en het eigen-

153 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 228-229 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*). Het Hof kent onder artikel 41 EVRM een forse schadevergoeding toe aan klager van vijf miljoen euro te betalen door de Staat, plus eventuele vergoeding van de te betalen belasting en een veroordeling in de vergoeding van de proceskosten ex 8000 euro.

154 De vliegtuigen dienen bovendien als bewijs in de procedure tegen de bestuurder van de luchtvaartmaatschappij. Dit dient namelijk in zichzelf een legitiem doel, want is in het algemeen belang (dient ter veiligstelling van de te betalen belasting), en kan een inmenging eventueel rechtvaardigen, zie par. 185 e.v. van de uitspraak.

155 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 190 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

156 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 191 e.v. (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

157 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 205 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

158 EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100, par. 217 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

dom zelf (de vliegtuigen). Aan het legaliteitsbeginsel is daarom niet voldaan. Tegelijkertijd gaat het Hof onder het wetmatigheidsvereiste van artikel 1 EP EVRM in op de lange periode waarin klager geen beschikking had over de vliegtuigen. Dit is te kwalificeren als een procedureel vereiste. Daarnaast laten de uitvoerende autoriteit in beide zaken steken vallen. Tot slot illustreren beide uitspraken de casuïstische aard van de EHRM-jurisprudentie. In de onderhavige zaak is de onomkeerbaarheid van de mogelijke gevolgen voor klager reden voor het Hof *zelf*¹⁵⁹ om zijn toets niet te beperken tot alleen de inbeslagname-handeling. De schade die de stabiliteit van de financiële markt blijvend kan ontwrichten is in de *Capital Bank AD*-zaak reden voor het Hof om de procedurele touwtjes ten aanzien van de Staat iets te laten vieren. De onomkeerbaarheid van de mogelijke schade is dit keer geen waarschuwingssignaal voor de Staat om procedureel extra zorgvuldig te werk te gaan. De onomkeerbaarheid is nu juist reden voor het Hof om de naleving van de procedurele waarborgen minder streng te toetsen. Dit laatste betekent echter niet dat volledig voorbij mag worden gegaan aan de procedurele waarborgen voor klager. Voor de nationale autoriteiten blijft het dus een zoektocht naar het vinden van de juiste balans.

Fair balance-test

Vanwege de omvang van de hierna te bespreken procedurele implicaties van het eigendomsrecht volgt allereerst een uiteenzetting van de kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM. Deze kernverplichting verlangt dat de betrokkene over een effectief rechtsmiddel moet beschikken om de eigendomsaantastende maatregel aan te vechten. Vervolgens komen de informatieplicht en het *good governance*-principe aan bod. Daarna wordt ingegaan op de relatie tussen de ernst van de aantasting en de procedurele waarborgen, de beoordeling op maat die het EHRM verlangt van de nationale autoriteiten en de rol van kwetsbare groepen.

Effectief rechtsmiddel tegen de eigendomsaantastende maatregel

Een van de zaken waarin het EHRM ingaat op de procedurele waarborgen als onderdeel van de *fair balance*-test van artikel 1 EP EVRM, is *Potomska en Potomski* tegen Polen.¹⁶⁰ In de kern ontbreekt in deze zaak een effectief rechtsmiddel om de eigendomsaantastende maatregel aan te vechten.

159 Dit ziet op de eigen toetsingspraktijk van het Hof, zie uitgebreider deel II.

160 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie ook de kroniek over ontwikkelingen op het gebied van het ont-eigeningsrecht: Sluysmans 2012. Sluysmans stelt in zijn dissertatie (Sluysmans 2011) dat het Nederlandse systeem van onteigening 'artikel 1 EP- proof' is: Sluysmans 2011, p. 232. Dit is ook opgemerkt in de annotatie bij deze uitspraak onder punt 9.

Klagers zijn het echtpaar Potomska en Potomski, eigenaren van een stuk grond waarop een Joodse begraafplaats is gelegen. De Poolse autoriteiten besluiten deze begraafplaats (een historisch monument) op een monumentlijst te plaatsen. Het gaat in deze zaak dus om de bescherming van cultureel erfgoed. Gevolg van de plaatsing op deze lijst is dat de eigenaren van de grond waarop de begraafplaats is gelegen de grond niet langer konden gebruiken zoals zij wensten. Klagers verkeren langdurig in onzekerheid (van 1987 tot en met 2005 – klacht ingediend in Straatsburg) en beschikten daarbij niet over procedurele mogelijkheden om een einde te maken aan deze rechtsonzekerheid. Verschillende onteigeningspogingen en verzoeken voor een alternatief stuk land liepen op niets uit.

Het Hof oordeelt dat in het onderhavige geval inbreuk wordt gemaakt op de genotsregel, en gaat vervolgens onder de *fair balance*-toets in op de lange duur van de procedure en de ontbrekende procedurele mechanismen om dit tegen te gaan.¹⁶¹ De duur van de rechtsonzekerheid is een van de vuistregels die Tjepkema bij de *fair balance*-test heeft geformuleerd,¹⁶² en hier wordt het verband met de procedurele garanties zichtbaar. De beschikbaarheid van procedurele middelen kan de periode van rechtsonzekerheid tenslotte beperken en een ontbreken van dergelijke procedurele waarborgen levert eerder een ‘individual and excessive burdens’ op. Overigens beroepen klagers zich in deze zaak op artikel 13 EVRM, en besluit het Hof om de klacht onder artikel 1 EP EVRM te behandelen. Het Hof komt tot een schending van artikel 1 EP EVRM nu een *fair balance* ontbreekt.¹⁶³

Het Hof herhaalt eerst zijn algemene standaarden ten aanzien van de positieve verplichtingen die voor de Staat gelden in het kader van artikel 1 EP EVRM, als ook dat deze verplichtingen gelden voor de Staat als het gaat om eigendomskwesties die zich afspelen in horizontale rechtsverhoudingen.¹⁶⁴ Vervolgens refereert het Hof expliciet aan de plicht die op de Staten rust om zorg te dragen voor een juridisch mechanisme in het nationale recht (conform de materiële en procedurele EVRM-waarborgen) met behulp waarvan eigendomsgeschillen kunnen worden opgelost.¹⁶⁵

Allereerst ontbreekt het klagers aan de mogelijkheid om voor een ‘judicial body’ (rechterlijke instantie) een onteigeningsvordering en een verzoek tot

161 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 79 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

162 Zie paragraaf 7.2.4.

163 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 80 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

164 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*). Vgl. ook: EHRM 16 oktober 2002, EHRC 2002, 89, m.nt. A.W. Heringa (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*). Zie ook: Schild 2012, p. 148 e.v.; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, p. 75; Vande Lanotte & Haecck (red.) 2004b, p. 388 e.v. Van latere datum: EHRM 3 april 2012, EHRC 2012, 132, m.nt. Katan (*Kotov t. Rusland*).

165 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 74 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

koop van hun grond in te dienen. Klagers kunnen daardoor de onteigening van hun grond niet afdwingen.¹⁶⁶ Het Hof overweegt dat het waarde hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen en de afwezigheid van deze waarborgen tegen de autoriteiten pleit.¹⁶⁷

Opvallend aan deze zaak is dat het Hof niet ingaat op het 'stilzitten' van klagers gedurende een lange periode. Namelijk van 1974 (koop stuk grond) tot 1987 (plaatsing grond op monumentenlijst). Ter vergelijking: in een eerdere zaak¹⁶⁸ kwam het Hof niet tot een schending van artikel 1 EP EVRM. De 'stilzittijd' was daar echter aanzienlijk korter, namelijk vijf jaar en negen maanden.¹⁶⁹ In die zaak waren er echter niet zoveel procedurele tekortkomingen als in de onderhavige.

De tweede procedurele tekortkoming in deze zaak waar klagers zich mee geconfronteerd zien, is de afwezigheid van een procedureel mechanisme met behulp waarvan de waarde van een alternatief stuk land kan worden vastgesteld.¹⁷⁰ De alternatieven die aan klagers werden geboden waren niet voldoende. Het ging om een stuk grond dat bestaat uit velden en moerassen. Het Hof ziet daarom geen reden om het klagers aan te rekenen dat zij deze alternatieven hebben afgewezen.

De zaak *Potomska en Potomski* is illustratief voor het gewicht dat het Hof kan toekennen aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen op nationaal niveau als onderdeel van de proportionaliteitstoets. De langdurige onzekerheid waarin klagers verkeerden is ook een factor die het Hof meeneemt in de *fair balance*-test. Zowel de uitvoerende autoriteiten van de Staat als de nationale rechter lijken in deze zaak belast te zijn met het uitvoeren van deze procedurele waarborgen. Zo is het aan de uitvoerende autoriteiten om een alternatief aanbod te doen voor het stuk grond, en de waarde te (laten) berekenen en/of tot onteigening over te gaan. Het is aan de rechter om een oordeel te geven over een eventuele onteigeningsclaim van klagers of hun verzoek om een alternatief stuk grond. De aanwezigheid van deze procedurele mechanismen dienen wel hun beslag te krijgen in de nationale wetgeving van de Staat.¹⁷¹

166 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 75 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

167 Zie eerder: EHRM 28 juli 1999, zaaknr. 22774/93 (*Immobilaire Saffi t. Italië*).

168 EHRM 24 januari 2006, zaaknr. 72864/01 (*Galtieri t. Italië*).

169 Zie de noot van Tjepkema en mijzelf onder punt 3 bij deze uitspraak.

170 EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 78 (*Potomska en Potomski t. Polen*). Zie voor de mogelijkheid om de waardebepaling van eigendom in rechte te kunnen betwisten: EHRM 21 mei 2002, EHRC 2002, 56, par. 45 en par. 62-65 (*Jokela t. Finland*). Vande Lanotte & Haeck (red.) 2004b, p. 366.

171 Het Hof spreekt van 'domestic law': EHRM 29 maart 2011, EHRC 2011, 99, m.nt. T. de Jong & M.K.G. Tjepkema, par. 75 (*Potomska en Potomski t. Polen*).

Informatieplicht

In de Griekse zaak *Zolotas*¹⁷² formuleert het EHRM de verplichting voor de Staat om klager te informeren over een potentieel verlies van zijn eigendom (in dit geval zijn banksaldo). Klager heeft gedurende twintig jaar niks met zijn bankrekening gedaan. Op grond van de verjaringstermijn in het Grieks Burgerlijk Wetboek komt het banksaldo van klager (meer dan 30.000 euro) te vervallen. Bovendien komt dit saldo, op basis van een decreet dat nog stamt uit de nazibezetting van Griekenland, toe aan de Griekse autoriteiten. De Griekse autoriteiten hadden klager moeten informeren over het mogelijke verval van zijn aanspraken op zijn banktegoed.¹⁷³ Door dit na te laten, is naar het oordeel van het Hof geen sprake van een *fair balance* tussen het algemeen belang en het belang van klager. Het Hof concludeert dat artikel 1 EP EVRM is geschonden.¹⁷⁴

In meer algemene termen heeft het Hof in deze zaak ook gewezen op het belang dat het hecht aan rechtszekerheid. Bovendien dat het Hof bij de beoordeling van het gedrag van de Staat zowel naar de wetgeving kijkt als de uitvoering en het handelen van de autoriteiten:

‘In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are “practical and effective”. It must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of. That assessment may involve not only the relevant compensation terms – if the situation is akin to the taking of property – but also the conduct of the parties, including the means employed by the State and their implementation. *In that context, it should be stressed that uncertainty – be it legislative, administrative or arising from practices applied by the authorities – is a factor to be taken into account in assessing the State’s conduct.* Indeed, where an issue in the general interest is at stake, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner.’¹⁷⁵

Het gaat om een tekortkoming ten aanzien van het informeren van klager over de inbeslagname en de daarop volgende strafrechtelijke procedure. Dit nalaten heeft tot gevolg dat de termijnoverschrijding aan de zijde van klager vervolgens niet aan hem kan worden tegengeworpen. Op de nationale autoriteiten

172 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier (*Zolotas t. Griekenland*).

173 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier, par. 53 (*Zolotas t. Griekenland*).

174 Par. 54 en 55 van de uitspraak.

175 EHRM 29 januari 2013, EHRC 2013, 96, m.nt. Wibier, par. 42 (*Zolotas t. Griekenland*). Ook in EHRM 4 maart 2014, EHRC 2014, 145, m.nt. J.M. Milo (*Microintelect ODD t. Bulgarije*) was de plicht tot het verstrekken van informatie over te nemen maatregelen die van invloed zijn op het eigendomsrecht van betrokkene aan de orde. Klager beschikte opnieuw niet over een rechtsmiddel om besluiten van de autoriteiten aan te vechten. De reden is dat klager geen directe partij is in het geschil, maar een derde. Latere regelgeving maakt dit overigens wel mogelijk (par. 46).

rust dus in principe de plicht om maatregelen die potentieel een inmenging in het eigendomsrecht opleveren tijdig aan te kondigen.

Tot slot oordeelt het EHRM in een Franse belastingzaak anders, nu de nationale autoriteiten de maatregel wel tijdig hebben aangekondigd, en er bovendien verzachtende maatregelen waren getroffen voor de betrokkenen.¹⁷⁶ Dit is conform artikel 1 EP EVRM, en levert dus geen schending op. In deze zaak draaide het om een belastingovereenkomst tussen Frankrijk en Monaco op grond waarvan Frankrijk vermogensbelasting kan heffen van in Monaco wonende Fransen. In deze zaak is naast de tijdige aankondiging ook voorzien in een overgangsregeling.¹⁷⁷ Het was voor de betreffende personen namelijk mogelijk om al voorafgaand aan de inwerkingtreding van de nieuwe vermogensbelastingbetalingsverplichting vrijwillig belasting te betalen.

Good governance-principe

In de zaak *Czaja* noemt het Hof expliciet het *good governance-principe*,¹⁷⁸ en benadrukt het belang van dit principe wanneer een fundamenteel recht als het recht op eigendom in het geding is, en wijst daarnaast op het belang van sociale zekerheidsuitspraken voor het individu.¹⁷⁹ Daarnaast laat deze uitspraak zien dat opnieuw een 6 EVRM waarborg onder artikel 1 EP EVRM wordt meegenomen en dat het rechterlijk talmen in deze zaak niet *good governance-proof* is.

Klager in deze zaak is meneer Czaja die een vervroegd pensioen aanvraagt om voor zijn zieke dochter te kunnen zorgen. Deze uitkering wordt aan klager verstrekt, maar na een nader medisch rapport trekt het bestuursorgaan de uitkering in omdat uit het nieuwe medisch onderzoek niet zou blijken dat de dochter van klager extra zorg nodig had.¹⁸⁰ Het moment waarop de uitkering wordt verstrekt en het moment waarop de uitkering door het bestuursorgaan uiteindelijk wordt ingetrokken beslaat een periode van zestien maanden.¹⁸¹ Onder de proportionaliteitstoets neemt het Hof mee dat klager zijn baan had opgezegd en klager er bovendien vanuit mocht gaan dat de uitbetaling van de uitkering voort zou duren.¹⁸² Het inkomen van de vrouw en dochter van

176 EHRM 15 januari 2015, EHRC 2015, 76, m.nt. M.R.T. Pauwels (*Arnaud e.a. t. Frankrijk*).

177 EHRM 15 januari 2015, EHRC 2015, 76, m.nt. M.R.T. Pauwels, par. 26 e.v. (*Arnaud e.a. t. Frankrijk*).

178 Zie over *good governance* en human rights: Addink e.a. (red.) 2010. Het EHRM lijkt steeds meer waarde te hechten aan het *good governance-principe*, zie merkt ook Leijten op onder punt 7 van haar noot bij de *Czaja* zaak en de verwijzing naar: EHRM 20 oktober 2011, zaaknr. 29979/04, par. 71 (*Rysovskyy t. Oekraïne*).

179 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 70 (*Czaja t. Polen*).

180 Er liggen ten tijde van de onderhavige uitspraak 130 vergelijkbare klachten in Straatsburg te wachten op een uitspraak.

181 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 69 (*Czaja t. Polen*).

182 Zie Barkhuysen en Van Emmerik in de noot bij deze uitspraak onder punt 5.

klager laat het Hof achterwege bij de beoordeling of sprake is van een excessieve last voor het individu.¹⁸³ Ook gaat het Hof in het kader van de *fair balance*-toets in op de lange duur van de procedure, en bovendien was door de nationale autoriteiten niet voorzien in een overgangperiode ('transitional period') voor klager om zich aan te passen aan de nieuwe situatie.¹⁸⁴

Interessant in deze zaak is dat het *good governance*-principe mede wordt beoordeeld tegen de achtergrond van de lange duur voordat klager uitspraak krijgt in zijn zaak, namelijk 21 maanden. Hoewel in deze zaak dus de mogelijkheid bestond om de intrekking van de uitkering aan te vechten¹⁸⁵ duurt het erg lang voordat klager een rechterlijke uitspraak krijgt. Het rechterlijk talmen is hiermee onderdeel van het *good governance*-principe, en van artikel 1 EP EVRM. De overeenkomst met artikel 6 EVRM wordt hier zichtbaar. Een rechterlijk oordeel moet binnen een *redelijke termijn* worden gegeven en onder de proportionaliteitstoets van artikel 1 EP EVRM neemt het Hof dit vereiste onder het *good governance*-principe al mee. Het gaat dit keer dus niet om de toepassing van 6 EVRM-eisen via het eigendomsrecht in de fase waarin het bestuur (nog) aan zet is. Artikel 1 EP EVRM kan dus ook voor de rechterlijke fase procedureel relevant zijn.

Deze uitspraak van het Hof biedt handvaten hoe om te gaan met de intrekking van een begunstigende beschikking en de rol die het vertrouwensbeginsel en/of het rechtszekerheidsbeginsel hierbij spelen.¹⁸⁶ Voor de overheidsinstanties van de Staten betekent dit dat zij conform het *good governance*-principe zullen moeten handelen:

'(...) the Court reiterates the particular importance of the principle of good governance. It requires that where an issue pertaining to the general interest is at stake, especially when it affects fundamental human rights, including property rights, *the public authorities must act promptly and in an appropriate and above all consistent manner. It is desirable that public authorities act with the utmost care, in particular when dealing with matters of vital importance to individuals, such as welfare benefits and other such rights.*'¹⁸⁷

Ook in het kader van de toegankelijkheid van vertrouwelijke informatie sprak het Hof over de 'vital interest' van betrokkene om over deze informatie te beschikken ter bevestiging van het belang van een toegankelijke procedure.

183 Zie par. 73 van de uitspraak.

184 Zie par. 72 van de uitspraak.

185 Zie par. 69 van de uitspraak en de volgende overweging: 'Even though the applicant had an opportunity to challenge the Social Security Board's decision of 2002 in judicial review proceedings, his right to the pension was determined by the courts more than twenty one months later and during that time he was not in receipt of any welfare benefit'.

186 Zie de noot van Barkhuysen en Van Emmerik onder punt 8 van de noot bij deze uitspraak.

187 EHRM 14 december 2012, AB 2013, 29, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2012, 227, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 70 (*Czaja t. Polen*).

Opnieuw, en nu onder het eigendomsrecht, bezigt het EHRM deze term als reden om zorgvuldig handelen van de autoriteiten te verlangen. Ook in andere zaken heeft het EHRM het principe van *good governance* benadrukt, waarbij het dan onder meer kan gaan om het tijdig optreden van de autoriteiten. Bovendien kan dit principe ook meer materiële verplichtingen met zich brengen, zoals het bieden van adequate (financiële) compensatie of rechtsherstel in het geval dat de klager te goeder trouw handelde.¹⁸⁸ De verplichting tot het betalen van compensatie of het bieden van rechtsherstel zijn procedurele verplichtingen.

Ernstige aantasting van het eigendomsrecht: toename procedurele waarborgen

Illustratief voor de aanscherping van de procedurele verplichtingen in het geval dat de inmenging in het eigendomsrecht ernstig is, is de zaak *Megadat.com SRL* tegen Moldavië.¹⁸⁹ Eerder zagen we deze wisselwerking bij de hiervoor besproken zaak *Capital Bank AD*¹⁹⁰ onder het *lawfulness*-vereiste. Daarnaast laat de zaak *Megadat.com SRL* zien dat de procedurele eisen zich in de praktijk zowel tot het bestuursorgaan als de rechter kunnen richten.

Klaagster is *Megadat.com SRL*, de grootste internetprovider van Moldavië. Het niet tijdig doorgeven van een adreswijziging van het hoofdkantoor van het bedrijf van klager aan het betreffende bestuursorgaan (ANRTI) leidt ertoe dat de telecommunicatievergunningen worden ingetrokken. Deze intrekking blijft niet beperkt tot gevolgen voor de toekomstige activiteiten van klager, maar wordt ook met terugwerkende kracht toegepast. Opmerkelijk is dat ANRTI wel op de hoogte was van de adreswijziging, nu het andere autoriteiten wel hiervan op de hoogte had gebracht. Het gaat in casu om een regulering: klager beschikt nog wel over gebouwen en ander eigendom.¹⁹¹ De aanvraag voor nieuwe vergunningen is als gevolg van een wijziging in de regelgeving niet langer mogelijk. Het gevolg is dat klager het bedrijf uiteindelijk moet verkopen.

Om te beginnen is de inmenging in het eigendomsrecht van klager ernstig. De maatregel is met terugwerkende kracht toegepast. Dit heeft geresulteerd in sancties en onderzoeken door onder meer de belastingdienst tegen klager. Klager moest zelfs stoppen met haar bedrijf.¹⁹²

188 Ontleend aan: EHRM 26 november 2013, EHRC 2014, 41 (*Bogdel t. Litouwen*). Vgl. ook: EHRM 16 mei 2013, EHRC 2013, 153, m.nt. Addink (*Maksymenko en Gerasymenko t. Oekraïne*); EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans (ontv.besl.) (*Crash 2000 OOD e.a. t. Bulgarije*).

189 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

190 EHRM 24 november 2005, RvdW 2006, 64 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

191 Zie ook punt 2 van de noot van Barkhuysen en Van Emmerik bij deze zaak.

192 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 69 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

De procedurele tekortkomingen zijn zowel het bestuursorgaan als de rechter aan te rekenen. Het bestuursorgaan heeft de aanvraag van klager voor een nieuwe (derde) vergunning op het nieuwe adres niet opgemerkt en zonder motivering het oude adres op de vergunning vermeld. Verder heeft het bestuursorgaan klager ten onrechte laten weten dat het bedrijf kon blijven opereren indien het binnen tien dagen aan bepaalde voorwaarden zou voldoen. Vervolgens heeft het bestuursorgaan de vergunning van klager toch ongeldig verklaard.¹⁹³ Klager is niet in de gelegenheid gesteld om haar kant van het verhaal te vertellen bij het bestuursorgaan.¹⁹⁴ Naar het oordeel van het Hof is niet gebleken dat klager opzettelijk de adreswijziging niet heeft doorgegeven om geen of minder belasting te hoeven betalen. Ook was klager nog op het oude adres te bereiken.¹⁹⁵

De procedure voor de rechter laat ook te wensen over. De hoogste rechter in deze zaak honoreert het verzoek van het bestuursorgaan om de zitting eerder te laten plaatsvinden, met als gevolg dat de zaak in afwezigheid van klager wordt behandeld. De rechter motiveert zijn afwijzing van het verzoek van klager om de zittingsdatum te verplaatsen niet. Tot slot merkt het Hof op dat de behandeling van de zaak voor de hoogste rechter ook van invloed is op het voortbestaan van het bedrijf van klager.¹⁹⁶ Het Hof gaat in casu onder artikel 1 EP EVRM in op de omvang van de rechterlijke toets en de formalistische beoordeling; er vindt geen belangenafweging plaats tussen het algemeen belang en het belang van klager.¹⁹⁷

In de gevallen waarin het algemeen belang op het spel staat, is het aan de Staat om tijdig en op een adequate en consistente wijze te handelen. Het Hof spreekt van ‘to act in good time, in an appropriate manner and with utmost consistency.’¹⁹⁸ Deze uitgangspunten vinden we ook terug in de latere zaken waarin het Hof dan expliciet de term *good governance* bezigt.

Beoordeling op maat

De zaak *Vékony*¹⁹⁹ is een bespreking waard omdat deze uitspraak het belang van een zorgvuldige procedure, rond in casu een accurate vergunningverlening, bevestigt en onderstreept. Bij deze zorgvuldige procedure dient vol-

193 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 70-71 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

194 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 73 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

195 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 68 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

196 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 73 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

197 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 74 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

198 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes, par. 72 (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

199 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Vékony t. Hongarije*).

doende aandacht te zijn voor de omstandigheden van het individu waarvan het eigendom wordt aangetast.

Vékony, klager in deze zaak, beschikt over een vergunning (al bijna twintig jaar) op grond waarvan hij tabaksproducten in zijn winkel verkoopt. Dit deel van de verkoop genereert een derde van de omzet. In 2012 introduceert Hongarije nieuwe wetgeving die de verkoop van tabaksproducten tot een staatsmonopolie maakt. Als gevolg hiervan raakt klager zijn tabaksvergunning kwijt. In de daaropvolgende tenderprocedure voor een nieuwe vergunningaanvraag vangt klager bot. Klager is hierdoor genoodzaakt te stoppen met de verkoop van tabaksproducten, en gaat uiteindelijk failliet.

Het Straatsburgse Hof gaat onder de *fair balance*-test in op de proportionaliteit van de Hongaarse beleidswijziging, en concludeert uiteindelijk dat klager met een excessieve last is geconfronteerd.²⁰⁰

Ten aanzien van de materiële aspecten van deze zaak moet allereerst worden opgemerkt dat de autoriteiten aan klager geen enkele vorm van compensatie hebben geboden.²⁰¹ Hoewel het in deze zaak gaat om een regulering, benadrukt het Hof wel dat de gevolgen voor klager ernstig zijn: de zaak van klager is immers failliet gegaan.²⁰² In de tweede plaats acht het Hof de overgangperiode die aan klager is gegund veel te kort. Deze periode beslaat slechts tien maanden: in september 2012 wordt de nieuwe beleidswijziging aangekondigd, in juli 2013 moet klager stoppen met de verkoop van tabak. Eigenlijk is de overgangstermijn nog korter, omdat tussen het tijdstip waarop klager verneemt dat hij geen nieuwe vergunning heeft gekregen (april 2013) en het moment dat hij moet stoppen slechts drie maanden zitten.²⁰³ Deze termijn acht het Hof in het bijzonder te kort, nu klager bijna twintig jaar over de benodigde vergunning beschikte.²⁰⁴

Onder verwijzing naar de hiervoor besproken zaak *Megadat.com SRL*²⁰⁵ benadrukt het Hof opnieuw dat procedures die zien op het vernieuwen of intrekken van vergunningen die willekeurig, discriminatoir of onevenredig hard zijn een schending van de reguleringsregel van artikel 1 EP EVRM opleveren. Bovendien verplicht dit de autoriteiten om oprecht en consistent te handelen.²⁰⁶ De Staat heeft voorts in de onderhavige zaak nagelaten om maatregelen te treffen waarbij een redelijk vergoedingssysteem is opgezet.²⁰⁷

Om te beginnen herhaalt het Hof in *Vékony* in algemene termen de mogelijkheid die dient te bestaan naar nationaal recht om de inmenging in het

200 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 37 (*Vékony t. Hongarije*).

201 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 35 (*Vékony t. Hongarije*).

202 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 33 (*Vékony t. Hongarije*).

203 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

204 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

205 EHRM 8 april 2008, AB 2008, 224, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2008, 75, m.nt. Backes (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

206 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

207 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 35 (*Vékony t. Hongarije*).

eigendomsrecht te betwisten. In casu ontbrak het aan procedurele waarborgen tegen willekeur en daarnaast aan een effectief rechtsmiddel om het besluit bij de verantwoordelijke autoriteiten aan te vechten. Het Hof neemt ook de rechtmatigheid van het gedrag van klager mee in de *fair balance*-toets.²⁰⁸

Op procedureel vlak schieten de Hongaarse autoriteiten tekort nu gedurende de tenderprocedure voor de nieuwe vergunning de spelregels worden gewijzigd, en het verlies van de oude vergunning automatisch plaatsvond. De afwijzing van de aanvraag van klager is niet onderzocht, noch was een effectief rechtsmiddel aanwezig.²⁰⁹

De meeste van de procedurele gebreken concentreren zich op de tenderprocedure voor de nieuwe vergunningaanvraag. Het Hof geeft een opsomming van de vijf gebreken die het constateert in deze procedure. Zo is in de eerste plaats geen rekening gehouden met de eerder aan klager verleende vergunning. Ten tweede is geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat klager onder het nieuwe vergunningensysteem wel kan voldoen aan de nieuwe voorwaarden in de wet. Met deze wet wordt de gezondheid van minderjarigen beschermd. Ten derde biedt het nieuwe systeem de mogelijkheid om meerdere vergunningen aan een vergunninghouder te verlenen, en hierdoor worden de kansen op een vergunning voor gevestigde vergunninghouders (zoals klager) verkleind. In de vierde en vijfde plaats is de tenderprocedure niet transparant en is geen enkele privilege aan klager gegeven.²¹⁰ Overigens hebben de autoriteiten ook nagelaten om de afwijzing van de aanvraag van klager te motiveren.²¹¹

Een gedegen zorgvuldige procedure rond de nieuwe vergunningverlening ontbreekt in casu. Uit voorgaande opsomming van de gebreken in de tenderprocedure volgt opnieuw dat het Hof dus van de Staat verlangt dat in voldoende mate rekening wordt gehouden met de specifieke situatie van het individu. In casu hadden de Hongaarse autoriteiten immers bij de tenderprocedure rekening moeten houden met het feit dat klager al bijna twintig jaar over een vergunning beschikte. Tot slot was het voor klager niet mogelijk om de afwijzing van de vergunningaanvraag bij een rechter aan te vechten.

Kwetsbare groepen en het eigendomsrecht

In *Berger-Krall e.a.*²¹² gebruikt het Hof de term ‘vulnerable’²¹³ ter bescherming van de kwetsbare huurders. Het feit dat het hier gaat om personen

208 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

209 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 34 (*Vékony t. Hongarije*).

210 EHRM 13 januari 2015, EHRC 2015, 74, m.nt. M.K.G. Tjepkema, par. 36 (*Vékony t. Hongarije*).

211 Zie punt 5 van de noot van Tjepkema en de verwijzing naar par. 9.

212 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

213 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 203 en 210 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*). Zie ook: EHRM 28 januari 2014, EHRC 2014, 83, par. 114 (*Bittó e.a. t. Slowakije*) (huizenmarkt en overgangsregime: eigendomsregulering disproportioneel).

behorend tot een kwetsbare groep, rechtvaardigt dat voor deze groep bijzondere maatregelen worden getroffen ter bescherming van hun eigendom:

‘(...) the Court has considered justified and proportionate several measures aimed at protecting vulnerable tenants. They included legislation entailing rent reductions, a temporary suspension of the eviction of some categories of tenants and different restrictions on the landlord’s right to terminate the lease (...)’.²¹⁴

Eerder, in de Roma-zaken onder artikel 8 EVRM en ook in de zaken waarin het belang van het kind op het spel staat, zagen we iets vergelijkbaars. Ook in die zaken oordeelde het Hof dat het behoren tot een kwetsbare groep een andere benadering kan verlangen van de nationale autoriteiten. Hoewel deze verplichting met behulp van meer inhoudelijke criteria wordt ingevuld, is de verplichting om binnen de nationale procedure hier rekening mee te houden procedureel van aard.²¹⁵ Zo ook in het geval van de kwetsbare huurders. In casu zijn deze maatregelen genomen,²¹⁶ en heeft de Staat een balans gevonden tussen de belangen van de vorige eigenaren en de huurders. Bij de verdeling van de sociale en financiële last met betrekking tot de hervormingen van het huurrecht is de Staat binnen zijn *margin of appreciation* gebleven.²¹⁷

Resumerend: een van de standaard verplichtingen onder het eigendomsrecht is de plicht om in het nationale recht te voorzien in een effectief rechtsmiddel met behulp waarvan een inmenging in het eigendomsrecht kan worden bestreden voor een (doorgaans) rechterlijke instantie. Ook (niet uitputtend) een procedure op tegenspraak, het informeren van betrokkenen over een eigendomsaantastende maatregel en een redelijke duur van de procedure vallen binnen het procedurele bereik van het eigendomsrecht. De procedurele eisen als onderdeel van dit recht lijken zich zowel tot het bestuur als de rechter te kunnen richten.

De uiteenlopende toepassing van de term ‘irreversible harm’ in de eigendomszaken bevestigt het casuïstische karakter van de EHRM-rechtspraak. Anders dan in 3 en 8 EVRM-zaken kan onder het eigendomsrecht de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade soms voor het Hof juist reden zijn om de

214 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 203 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*). Is het feit dat klagster in EHRM 13 december 2016, EHRC 2017, 64, m.nt. A.E.M. Leijten, USZ 2017, 86, m.nt. H.J. Simon (Grote Kamer) (*Bélané Nagy t. Hongarije*) gehandicapt is, en dus kwetsbaar, ook reden geweest voor het EHRM om het eigendomsrecht op te rekken? Wanneer dit het geval is, resulteert het behoren tot een kwetsbare groep in een uitgebreidere materiële aanspraak op het eigendom voor klager. En heeft dit dus niet zozeer directe procedurele implicaties.

215 Zie paragraaf 6.3.3 en 6.3.5 in hoofdstuk 6.

216 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, o.m. par. 205 e.v. (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

217 EHRM 12 juni 2014, EHRC 2014, 218, m.nt. A.E.M. Leijten, par. 211-212 (*Berger-Krall e.a. t. Slovenië*).

procedurele touwtjes te laten vieren. In het geval van ernstige gevolgen voor klager, dienen de procedurele garanties tegelijkertijd nog wel te worden nageleefd. In de belastingfraudezaak over de vliegtuigen was de onomkeerbaarheid juist voor het Hof zelf reden om zijn rechterlijk oordeel niet te beperken tot een handeling. De omstandigheden van het geval blijven dus de doorslag geven.

In meer algemene zin geldt dat bij een aantasting van het eigendomsrecht met vergaande gevolgen, de procedurele verplichtingen voor de Staat toenemen. Daarnaast is procedurele waakzaamheid geboden in de gevallen waarin het gaat om belangen die van ‘vitaal belang’ zijn voor individuen, zoals in het geval van socialezekerheids-aanspraken.

7.4 DE PROCEDURELE WAARBORGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM IN RELATIE TOT DE ARTIKELEN 6 EN 13 EVRM EN DE MOGELIJKE TOEGEVOEGDE WAARDE

Kenmerkend voor artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM zijn in de eerste plaats de procedurele componenten van deze artikelen. Alkema spreekt ten aanzien van de relatie tussen artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM treffend van:

‘Its core [verwezen wordt naar artikel 1 EP EVRM] is of a procedural nature; a succesful claim based on Article 1 Protocol No.1 often boils down to a judicial test of the interference’ legitimacy. There is a direct link with Article 6.’²¹⁸

De procedurele bescherming van het eigendomsrecht verklaart de relatie tussen genoemde artikelen.²¹⁹ Het Hof is overigens weinig consistent in zijn keuze voor de behandeling van de procedurele tekortkomingen onder artikel 1 EP EVRM of onder artikel 6 EVRM,²²⁰ of onder beide artikelen.²²¹ Zo kan het Hof de behandeling van de klacht onder artikel 6 EVRM achterwege laten als het de procedurele aspecten, zoals bijvoorbeeld de overschrijding van de redelijke termijn, al heeft meegenomen onder artikel 1 EP EVRM.²²² Bovendien kan het ontbrekende effectieve rechtsmiddel om de rechtmatigheid van de inmenging in het eigendomsrecht aan een rechterlijke instantie voor te leggen soms wel op zichzelf een schending van artikel 1 EP EVRM opleveren. In andere

218 Alkema 2000, p. 22.

219 Alkema 2000, p. 22-23; Vlemminx 2002, p. 84.

220 Vgl. Schild 2012, p. 132; Christoffersen 2009; Mataga 2007, p. 17 e.v.

221 Alkema 2000, p. 23.

222 Schild 2012, p. 132; Vlemminx 2002, p. 84 en de verwijzing naar: EHRM 20 november 1995, NJ 1996, 593, m.nt. E.J. Dommering (*Pressos Compania Naviera SA t. België*) en EHRM 25 maart 1999, JB 1999, 163 (*Iatridis t. Griekenland*). Van latere datum; EHRM 23 januari 2014, EHRC 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

gevallen niet, en dan wordt de ontbrekende mogelijkheid om een rechterlijke beoordeling te krijgen alsnog onder artikel 6 EVRM behandeld.²²³

Een schending van het recht op een procedure op tegenspraak van artikel 6 EVRM resulteert niet vanzelfsprekend in een schending van de procedurele waarborgen onder artikel 1 EP EVRM. Om te bepalen of sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM, dienen namelijk ook andere dan de voor artikel 6 EVRM relevante criteria te worden betrokken. Om tot een schending van het eigendomsrecht te kunnen concluderen is het voorwaarde dat de tekortkoming onder artikel 6 EVRM direct van invloed is op het materiële eigendom(srecht) van klager:

'In this connection [verwezen wordt naar de vraag of de Staat heeft voldaan aan zijn procedurele positieve verplichtingen onder artikel 1 EP EVRM] the Court first refers to its above finding under Article 6 § 1 of the Convention that there had been a violation of the applicant bank's right to an adversarial hearing in the enforcement proceedings. However, at this juncture the Court also finds it important to emphasise that *each and every violation of Article 6 of the Convention does not automatically lead to a violation of the State's procedural positive obligations under Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention in cases where both Articles are applicable to the same facts*. The latter Article concerns the substance of the right of property and its breach cannot be determined solely in the light of the same criteria relevant for determining whether there was a breach of Article 6 of the Convention, as other elements are also relevant. In particular, under the Court's case-law, in order to find a violation of Article 1 of Protocol No. 1 in such cases it *is necessary for the unfairness established under Article 6 of the Convention to have a "direct impact" on the applicant's property rights* [cursivering: TdJ].²²⁴

Een verklaring voor de overlap tussen artikel 1 EP EVRM en artikel 6 EVRM kan in de tweede plaats worden gevonden in de ruime uitleg van het begrip 'possession'. Zoals gezegd, vallen ook op geld waardeerbare belangen binnen het beschermingsbereik van het eigendomsbegrip van artikel 1 EP EVRM en daarmee kwalificeren deze belangen dus snel als *civil rights and obligations*.²²⁵ Een onteigening bijvoorbeeld is tenslotte van invloed op de privaatrechtelijke positie van betrokkene.²²⁶

Het Hof laat de nationale autoriteiten een ruime beoordelingsruimte bij de beslissingen in eigendomskwesties, onder meer ten aanzien van het heffen

223 Harris e.a. 2014, p. 880 en de daar genoemde jurisprudentie.

224 EHRM 12 december 2013, EHRC 2014, 58 (*Zagrebačka banka d.d. t. Kroatijë*).

225 Vlemminx 2002, p. 84; Alkema 2000, p. 23. Zie over het ontbreken van een 'legitimate expectation' met als gevolg geen eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM, en derhalve evenmin toepassing 6 EVRM: EHRM 17 december 2013, AB 2015, 20, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, EHRC 2014, 91, m.nt. J.A.M.A. Sluysmans, par. 70 en par. 84-85 (ontv.besl.) (*Crash 2000 COD e.a. t. Bulgarije*).

226 Langereis 1986, p. 40.

van belastingen.²²⁷ Dit hoeft er niet aan in de weg te staan dat het Hof in dit type zaken wel procedurele eisen formuleert voor de nationale autoriteiten. Interessant is vervolgens de vraag of het Hof via artikel 1 EP EVRM in sommige belastingzaken procedurele 6 EVRM-eisen toepast. Dit zou namelijk een verruiming van artikel 6 EVRM betekenen op een terrein waar dit artikel van oorsprong niet van toepassing is.²²⁸ Van de hiervoor genoemde procedurele waarborgen onder het eigendomsrecht vertoont onder meer het *good governance*-beginsel onder artikel 1 EP EVRM overeenkomsten met de eisen van artikel 6 EVRM. Bij dit overkoepelende beginsel kan het immers gaan om het beslissen binnen een redelijke termijn en het beginsel van hoor en wederhoor. In de gevallen waarin het Hof onder artikel 1 EP EVRM in een belastingzaak aan deze eisen toetst, verruimt het impliciet het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM. Dit was aan de orde in twee zaken, en overigens ook in de eerder genoemde zaak over de inbeslagname van de vliegtuigen door de belastingdienst.²²⁹ In de eerste zaak betrok het Hof het talmen van de nationale autoriteiten bij het terugbetalen aan klager (waartoe hij gerechtigd was) van de teveel betaalde belasting in zijn 1 EP EVRM-oordeel.²³⁰ In de tweede zaak heeft het Straatsburgse Hof de vertraging bij de toegezegde terugbetaling van (opnieuw) onverschuldigd betaalde inkomensbelasting en de weigering om vervolgens rente ter compensatie van de vertraging aan klager te betalen, betrokken in zijn 1 EP EVRM-oordeel.²³¹ Hiermee heeft het Hof het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM via artikel 1 EP EVRM verruimd. De vertraging in deze zaken raakt niet alleen aan het redelijke termijn-vereiste van artikel 6 EVRM. Het stilzitten van de autoriteiten na een toezegging houdt ook indirecter verband met de 6 EVRM-plicht om uitspraken ten uitvoer te leggen. In de meeste geschillen onder artikel 1 EP EVRM legt het Hof de nadruk op de vraag of klager in de nationale procedure beschikte over een effectief rechtsmiddel om de eigendom aantasten-

227 Illustratief in dit verband: EHRM 14 mei 2013, *AB* 2014, 14, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2013, 170, m.nt. A.E.M. Leijten, *FED* 2013, 79, m.nt. M.R.T. Pauwels (*N.K.M. t. Hongarije*), i.h.b. par. 49 en 56-57 voor de *margin* van de Staat m.b.t. belastingheffing. In deze zaak oordeelde het EHRM overigens wel dat de verhoogde belastingdruk van 52% een excessieve en individuele last opleverde, en de maatregel derhalve niet proportioneel is: schending artikel 1 EP EVRM. Dit is wel een erg extreme zaak, en daarnaast heeft het Hof vanzelfsprekend vanwege de *margin* nagelaten om algemene uitspraken te doen over de hoogte van belastingtarieven. In *White & Ovey* wordt overigens een kanttekening geplaatst bij de diffuse grens tussen de uitsluiting van artikel 6 EVRM op belastinggeschillen tegenover de toepassing van artikel 6 EVRM op sociale zekerheidszaken. *White & Ovey* 2014, p. 256-257.

228 Zie hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1.1 en ook: EHRM 25 november 2014, zaaknr. 51269/07 (*Pákozdi t. Hongarije*).

229 Zie paragraaf 7.3.2 en de zaak EHRM 23 januari 2014, *EHRC* 2014, 100 (*East/West Alliance Limited t. Oekraïne*).

230 EHRM 3 juli 2003, zaaknr. 38746/97 (*Buffalo SRL in liquidatie t. Italië*), de schending van artikel 1 EP EVRM ziet ook op het ontbrekende nationale rechtsmiddel om de procedure te versnellen.

231 EHRM 9 maart 2006, zaaknr. 10162/02, par. 23-31 (*Eko-Elda AVEE t. Griekenland*).

de maatregel aan te vechten. Toch betreft het EHRM onder omstandigheden in belastinggeschillen onder de eigendomsrecht-toets procedurele artikel 6 EVRM-eisen in zijn beoordeling.

In dit opzicht zijn de procedurele eisen van artikel 1 EP EVRM dus van toegevoegde waarde ten opzichte van de 6 EVRM-eisen. Het toepassingsbereik van sommige van deze eisen wordt tenslotte via het eigendomsrecht uitgebreid. Tegelijkertijd kan ook worden betoogd dat artikel 6 EVRM onder omstandigheden al van toepassing is op het belastingrecht, omdat de 6 EVRM-normen binnen het Nederlandse bestuursrecht als fundamentele rechtsbeginselen kunnen worden aangemerkt.²³² In die gevallen is de toegevoegde waarde van toepassing van artikel 6 EVRM-eisen in belastinggeschillen via artikel 1 EP EVRM beperkter of zelfs afwezig. Daarnaast geldt voor de *good governance*-eisen als onderdeel van de procedurele component van het eigendomsrecht dat deze een meerwaarde kunnen hebben ten opzichte van de 6 EVRM-eisen. Via het eigendomsrecht kunnen de *good governance*-eisen tenslotte ook al in de besluitvormingsfase een rol spelen. Tot slot is de procedurele kernverplichting die ziet op de beschikbaarheid van een nationaal rechtsmiddel om de eigendomsinbreuk makende maatregel aan te vechten geen artikel 6 EVRM-vereiste, en daarmee van extra waarde.

De procedurele kernverplichting onder artikel 1 EP EVRM tot slot toont, als gezegd, veel overeenkomsten met artikel 13 EVRM. Artikel 1 EP EVRM verlangt dat op nationaal niveau de mogelijkheid bestaat om een eigendomsbeperkende maatregel aan te vechten. Dit impliceert de aanwezigheid van een nationaal rechtsmiddel, en dit is een 13 EVRM-vereiste. Dit maakt de toegevoegde waarde van het procedurele kernvereiste onder het eigendomsrecht van beperkte toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 13 EVRM. Leidt de incorporatie van het effectieve rechtsmiddel in artikel 1 EP EVRM er nu toe dat artikel 13 EVRM niet langer van betekenis is voor het eigendomsrecht? Daar lijkt het niet op, want het Hof toetst de aanwezigheid van een rechtsmiddel onder artikel 13 EVRM ook nog vaak in samenhang met artikel 1 EP EVRM. Zoals bekend, omvat artikel 13 EVRM bovendien ook de verplichting van de mogelijkheid tot redres naar nationaal recht. Tot slot kan dit artikel in sommige gevallen verlangen dat de besluitvorming wordt versneld.

7.5 DE PROCEDURELE WAARBORGEN: BESLUITVORMINGSFASE EN/OF RECHTERLIJKE FASE

Onder het eigendomsrecht lijken de eisen zich zowel te kunnen richten tot de uitvoerende autoriteiten van de Staat als tot de rechter. Zoals al meerdere

232 Zo stelt Pauwels: Pauwels 2016b, p. 114 e.v.

malen genoemd in dit hoofdstuk is de aanwezigheid van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht om de eigendomsaantasting te betwisten een vast onderdeel van artikel 1 EP EVRM. Vaak is het aan de rechter om over de rechtmatigheid een oordeel te geven. Het komt echter ook voor dat de uitvoerende autoriteit in de verlengde besluitvorming een oordeel geeft over de rechtmatigheid van de maatregel.

Voor de uitvoerende autoriteiten van de Staat heeft het EHRM diverse procedurele verplichtingen geformuleerd. Deze kunnen (niet uitputtend) zien op het tijdig informeren van de betrokkenen over de maatregel, het horen en het tijdig en consistent handelen. Daarnaast kan het dan gaan om het behoren tot een groep kwetsbare personen en de potentieel onomkeerbare schade als factoren die van invloed zijn op de naleving in het nationale recht van de procedurele verplichtingen.

Codificatie van voornoemde verplichtingen vindt vaak plaats in de nationale wetgeving, en dit maakt dat ook de wetgever op de hoogte moet zijn en blijven van de procedurele verplichtingen onder het eigendomsrecht. Het bestuur en de rechter zijn vervolgens belast met de uiteindelijke uitvoering van de procedurele verplichtingen.

7.6 CONCLUSIE

Net als de eerder in deze studie besproken materiële rechten, omvat ook het eigendomsrecht materiële positieve verplichtingen. In dit kader heeft het Hof overwogen dat op de Staat de plicht rust om positieve beschermingsmaatregelen te nemen ter bescherming van het eigendomsrecht. Deze verplichtingen kunnen zowel preventief van aard zijn, als ook herstellend van karakter. De verplichtingen blijven niet beperkt tot de relatie overheid- burger, maar gelden over de band van de positieve verplichtingen ook voor de Staat in de horizontale relatie van burger-burger. In tegenstelling tot de in de vorige hoofdstukken besproken artikelen 2, 3 en 8 EVRM maakt het eigendomsrecht geen onderdeel uit van het EVRM, maar is het opgenomen in het aanvullend Eerste Protocol bij het Verdrag. Hiermee is de bijzondere positie van het eigendomsrecht gegeven. Bovendien kan in de sociaal-economische kwesties die onder het eigendomsrecht een rol spelen een verklaring worden gevonden voor de ruime *margin of appreciation* die de Staten in dat type zaken wordt gelaten. Vanwege deze ruime *margin of appreciation* zijn de materiële verplichtingen onder het eigendomsrecht beperkter in omvang dan bijvoorbeeld onder het absolute folterverbod behorend bij artikel 3 EVRM. De ruime *margin* die de Staten toekomt in eigendoms-kwesties is echter niet van invloed op de procedurele eisen die het Hof onder dit recht van de Staten verlangt. Sterker nog: net als onder artikel 8 EVRM weerhoudt een inhoudelijke beoordelingsruimte voor de Staat het Hof er niet van om in die gevallen (juist) procedurele eisen te formuleren voor de nationale autoriteiten. Deze procedurele eisen kunnen voor

structurele veranderingen zorgen in de nationale gang van zaken, en kunnen daarmee dus op procedureel vlak verstekkende gevolgen hebben voor de autoriteiten van de Staten.

De belangrijkste procedurele verplichting onder het eigendomsrecht ziet op de verplichting van een effectief rechtsmiddel in het nationale recht, met behulp waarvan een eigendomsinmenging kan worden aangevochten voor een nationale (rechterlijke) instantie. Deze plicht richt zich doorgaans tot de rechterlijke autoriteit. Onder artikel 1 EP EVRM gelden in de praktijk ook diverse procedurele verplichtingen voor de uitvoerende autoriteiten. Zo moet – niet uitputtend, zie voor een meeromvattend overzicht paragraaf 7.3 – betrokkene tijdig op de hoogte worden gebracht van de te nemen maatregel en in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. De procedurele waarborgen spelen vooral onder de *fair balance*-toets een belangrijke rol in de EHRM-jurisprudentie. Deze waarborgen verschillen van de meer expliciet geformuleerde procedurele positieve verplichtingen onder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM. Toch maakt het feit dat de procedurele garanties deel uitmaken van de proportionaliteitstoets onder het eigendomsrecht dat deze garanties verplichtingen voor de nationale autoriteiten met zich brengen. Dit zijn overigens geen zelfstandige verplichtingen: een niet nakomen resulteert niet automatisch in een schending.

Verder geldt ook onder het eigendomsrecht dat hoe ingrijpender de maatregel, en hoe meer dit raakt aan een vitaal (eigendoms)belang van de betrokkene, des te meer waarde het Hof hecht aan de aanwezigheid van procedurele waarborgen in de nationale procedure. Ook onder artikel 8 EVRM bleek een inmenging in een voor de persoon in kwestie vitaal belang reden om een toegankelijke nationale procedure inclusief procedurele waarborgen te verlangen.

In het 8 EVRM-hoofdstuk is een viertal factoren geformuleerd met behulp waarvan meer lijn kan worden aangebracht in de casuïstische EHRM-jurisprudentie. Een aantal van deze factoren, waaronder de onomkeerbaarheid van de mogelijke schade en het behoren tot een kwetsbare groep vinden we ook (voorzichtig) terug onder het eigendomsrecht.

Een belangrijk verschil met artikel 8 EVRM is echter dat de eigendomsrechtelijke jurisprudentie van het Hof ten aanzien van de potentiële onomkeerbare schade en het behoren tot een kwetsbare groep minder is uitgekristalliseerd dan onder 8 EVRM-uithuisplaatsings/verplaatsingszaken (Roma) of onder 3 EVRM-asielzaken. In vergelijking met dit laatste type zaken doet de dreiging van onomkeerbare schade zich niet standaard voor onder artikel 1 EP EVRM. Bij een uitzetting onder artikel 3 EVRM is de onomkeerbare mogelijke schade zowel een constante factor in de toets van het EHRM zelf als in wat het Hof van de Staat eist.

In sommige gevallen bleek de procedurele betekenis van 1 EP EVRM van toegevoegde waarde te zijn in belastinggeschillen. Onder omstandigheden werden namelijk sommige 6 EVRM-eisen onderdeel van de 1 EP EVRM-toets op een terrein waar het recht op een eerlijk proces en de bijbehorende eisen in beginsel niet van toepassing zijn.

De procedurele eisen onder artikel 1 EP EVRM kunnen in de praktijk zowel tot het bestuur als de rechter gericht zijn. Maar ook de wetgever kan op grond van artikel 1 EP EVRM verplicht zijn om bepaalde procedurele eisen in de nationale wetgeving te codificeren. De ruimte van de Staat ten aanzien van het nationale inhoudelijke eigendomsbeleid is ruim. Daarom heeft het Hof diverse procedurele verplichtingen onder het eigendomsrecht gecreëerd. Voor alle procespartijen is kennis van deze procedurele eisen onontbeerlijk. Te meer nu dit type verplichtingen juist structurele wijzigingen kan verlangen, omdat ze algemene gelding hebben en doorgaans dus niet beperkt blijven tot vergelijkbare gevallen zoals het geval is bij de materiële positieve verplichtingen.