

DE REDACTIE PRIVAAT

EEN GEHEID GROEIFONDS

1. Eigendom, het burgerlijkste der burgerlijke rechten, is tevens een van de Rechten van de Mens: „*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions*” (art. 1 van het eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens; EVRM). Grootste belager van dit vredig genot is niet de inbreker of de zakkenroller, maar de overheid. Elke Staat heeft het gemunt op het vermogen van zijn burgers. België en Nederland vormen daarop geen uitzondering. Soms gaan zij daarin te ver en worden zij teruggefloten door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg. Ook daarover weet zowel België als Nederland mee te praten. België werd veroordeeld wegens schending van art. 1 Protocol omdat zij bij Wet van 1988 met terugwerkende kracht aan slachtoffers van ongevallen veroorzaakt door loodsers, het recht op schadevergoeding had ontnomen(1). Nederland onderging eenzelfde lot toen het een greep deed in de geldbuidel van een ongehuwde, kinderloze man, ouder dan 45 jaar, ter betaling van zijn bijdrage ingevolge de Algemene kinderbijslagwet, een bijdrage waarvan ongehuwde, kinderloze vrouwen, ouder dan 45 jaar, waren vrijgesteld(2).

2. Moderne rijkdom bestaat steeds minder uit „zaken”, stoffelijke voorwerpen van roerende of onroerende aard; publiekrechtelijke vergunningen vormen inmiddels een belangrijk bestanddeel van het bedrijfskapitaal. Een vergunning tot exploitatie van een benzinepomp zal vaak een hogere vermogenswaarde opleveren dan de eigendom van veertig hectare bosgrond. Dit betekent niet dat de in het Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1992 geregelde eigendomsfiguur, die slechts betrekking heeft op stoffelijke voorwerpen, irrelevant is geworden, het betekent wél dat terzake van rechtsvorderingen tot vergoeding van een door de overheid veroorzaakte aantasting van het vermogen, steeds vaker een beroep zal worden gedaan op de Europese

(1) 20 november 1995, *Pressos Compagnia Naviera S.A. and Others/Belgium*; *Series A* vol. 332.

(2) 21 februari 1997, *Van Raalte/The Netherlands*; *RJ&D* no. 29 (1997-1), 173.

eigendomsfiguur van art. 1 Protocol EVRM. Dit artikel is, in beleggerstermen, een geheid groeifonds: „*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*”

3. Iedere overheid is genoodzaakt van haar onderdanen offers te vragen ter behartiging van het algemeen belang. De van hogerhand opgelegde offers vallen te onderscheiden in twee typen: *met vergoeding*, en *zonder vergoeding*. Beide typen zijn reeds geschetst in een veel ouder document over de rechten van de mens, de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789.

De overheid vraagt van landbouwer A een offer: afstand van tien procent van zijn land. Daarop zal een gedeelte van een hoge snelheid spoorlijn worden aangelegd om zo de reistijd tussen Amsterdam en Brussel met een half uur te bekorten. Eigendom, *étant un droit inviolable et sacré*, mag aan *citoyen* A niet worden ontnomen dan *sous la condition d'une juste et préalable indemnité*.

Diezelfde overheid vraagt ook van werknemer B een offer: afstand van een deel van zijn loon. Om de staatskas op een soepel verlopende wijze te vullen, houdt de werkgever reeds bij gelegenheid van de uitbetaling van het loon een deel daarvan in ten gerieve van de fiscus. De omvang van het aan werknemers ontnomen deel van hun loon — waarvoor zij uiteraard geen rechtstreekse schadeloosstelling ontvangen — wordt bepaald *en raison de leurs facultés*; belasting naar draagkracht.

4. Het recht met betrekking tot de door de overheid gepleegde aanslagen op het vermogen van haar burgers wordt beheerst door twee, reeds in de *Déclaration* van 1789 verankerde, beginselen: het compensatie-beginsel en het draagkracht-beginsel. Beide beginselen rusten op hun beurt op een onvergankelijk moreel fundament, in de jaren rond 1789 verwoord in het derde gebod van de revolutie: *Fraternité*. Solidariteit, deze van oorsprong vreemde eend in de bijt van het burgerlijk recht, heeft zich daar inmiddels blijvend genesteld. De *Code civil* van 1804 oogt nog vooral als handboek voor de belegger.

Ruim tweederde deel van zijn artikelen heeft als opschrift: *des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Thans, twee eeuwen later, heeft de solidariteitsgedachte vrijwel overal in het burgerlijk recht vaste voet verworven als *overriding obligation*, als eis van redelijkheid en billijkheid die grenzen stelt aan de behartiging van het welbegrepen eigenbelang.

A die, tezamen met enkele anderen, in de toevallige omstandigheid verkeert dat zijn land is gelegen in het tracé van de nieuwe spoorlijn, zou worden geconfronteerd met een buitensporige last als hij, zonder compensatie, een deel van zijn eigendom zou moeten afstaan ten behoeve van een collectief goed: het openbaar vervoer. Solidarisering van A's eigendomsverlies is een eis van sociale rechtvaardigheid. Voor werknemer B liggen de zaken anders. Als hij in het kader van de belastingheffing een deel van zijn loon moet afstaan, doet hij dit tezamen met eenieder die uit arbeid of uit anderen hoofde een inkomen geniet dat hem in staat stelt, in evenredigheid met zijn draagkracht, een bijdrage te leveren aan de financiering van publieke diensten die aan iedereen, dus ook aan hem, ten goede komen: gezondheidszorg, onderwijs e.d.

Rechtseconomische overwegingen leiden nog tot nadere verfijning van de solidariteitseis: spreid de kosten niet over *iedereen*, maar over hen die profiteren van de activiteiten die deze kosten hebben veroorzaakt. Breng de schade die A lijdt door het verlies van tien procent van zijn land niet ten laste van de algemene middelen, maar breng haar in rekening van het vervoerbedrijf dat gebruik maakt van de nieuwe spoorlijn. Dit bedrijf zal deze kosten vervolgens doorberekenen in de prijs van het treinkaartje. Zo wordt bereikt dat de compensatie voor het verlies van A wordt gesolidariseerd binnen de groep die van deze eigendomsontneming profiteert: reizigers die graag een half uur eerder in Brussel zijn: *Qui habet commoda, debet ferre onera*.

5. De Nederlandse Hoge Raad heeft zeer recent een arrest gewezen waarin art. 1 Protocol een hoofdrol speelt(3).

De Wet herstructurering varkenshouderij (Whv) kort varkenshouders in hun „varkensrechten”. Bescherming van het milieu tegen niet plaatsbare mestoverschotten staat hierbij voorop. De omvang van deze korting bedraagt tien procent. Wie beschikte over een vergunning om 100 varkens op zijn bedrijf te houden, mag voortaan nog slechts 90 varkens voorbereiden op hun uiteenlopende eindbestemming: kotelet,

(3) HR 16 november 2001, *Rechtspraak van de Week* 2001, 183.

ontbijtspek, gehaktbal. Zeven varkenshouders vorderen dat de Why buiten toepassing blijft, zolang niet is voorzien in een volledige, althans adequate, schadevergoeding. Zij beroepen zich op art. 1 Protocol en voeren aan dat hun varkensrechten, die (beperkt) overdraagbaar zijn hebben te gelden als vermogensrechten, en als zodanig moeten worden aangemerkt als „*property*” zoals bedoeld in art. 1 Protocol.

De verstoring van de „*peaceful enjoyment of possessions*” kan, blijkens tekst en structuur van art. 1, twee vormen aannemen: ontneming van eigendom (*deprivation of property*; lid 1) en regulering van het gebruik van eigendom (*control of the use of property*; lid 2). De tweede vorm klinkt onschuldiger dan de eerste, maar kan niettemin zeer ingrijpende financiële consequenties hebben. Veel eigenaren zullen liever vernemen dat tien procent van hun land aan hen wordt ontnomen, dan te horen krijgen dat zij hun percelen in volle omvang mogen behouden, maar wel slechts als bosgrond en niet als bouwgrond voor de aanleg van een golfbaan met bijpassende Country Club. Is de korting van tien procent van de varkensrechten *ontneming* van eigendom, of *regulering van het gebruik* van eigendom? De Hoge Raad kiest, geïnspireerd door de rechtspraak van het EHRM, voor het tweede alternatief: bij een (gedeeltelijke) intrekking van een vergunning vormt niet de vergunning zelf het aanknopingspunt voor de eigendomsbescherming, maar het met die vergunning uitgeoefende bedrijf. Hun bedrijf werd de varkenshouders door de wettelijke maatregelen niet ontnomen. Ook de omstandigheid dat de varkensrechten (beperkt) overdraagbaar zijn, voert, aldus de Hoge Raad, niet tot de conclusie dat sprake is van ontneming van eigendom.

Als beoordelingskader resteert dan nog slechts de tweede vorm van inbreuk op het ongestoord genot van eigendom: regulering van het gebruik. Zij is slechts toegestaan voor zover de overheid niet is tekortgeschoten in haar natuurlijke rol als koorddanseres en zij een *fair balance* heeft weten te bereiken tussen het algemeen belang (hier: de bescherming van het milieu) en de bescherming van individuele rechten (hier: de rechten van de individuele varkenshouders). Een *fair balance* ontbreekt, aldus de Hoge Raad, wederom in het voetspoor van Straatsburgse jurisprudentie, als sprake is van een *individual and excessive burden*.

Het Haagse Gerechtshof had verzuimd na te gaan of de korting van tien procent van de varkensrechten bij één of meer van de zeven, als eisers optredende, varkenshouders zou leiden tot een individuele en buitensporige last. De Hoge Raad verwijst de zaak naar het Gerechtshof te Arnhem dat zich mag buigen over deze vraag.

6. Hoe individueel, en hoe buitensporig, moet de last zijn, wil sprake zijn van het ontbreken van een *fair balance*?

Hoe individueel? Naar het oordeel van de Hoge Raad moet het gaan om bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, omstandigheden. Aan de andere kant: *Einzelfallgerechtigheit* is een *contradictio in terminis*. De slechts voor één van de zeven varkenshouders geldende omstandigheid dat hij door de maatregel bijzonder hard wordt getroffen, omdat hij met handen en voeten is gebonden aan zware alimentatieverplichtingen jegens zijn ex-echtgenote, mag geen gewicht in de schaal leggen.

Hoe buitensporig? Mag hier een louter bedrijfseconomische maatstaf worden aangelegd? Beperk de compensatie voor de korting van varkensrechten tot die varkenshouders die door deze korting aan de rand van een faillissement geraken? Deze vorm van solidariteit staat op gespannen voet met „het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging” (art. 4 EG-Verdrag). De mogelijkheid van een faillissement is niet slechts een vorm van sociaal-economisch Darwinisme (*survival of the fittest*), maar ook een onmisbaar middel van een open markt om de mededinging „vrij” te houden.

7. Welke argumenten tellen in het debat over de vraag of sprake is van een *individual and excessive burden*? Het arrest van de Hoge Raad bevat enkele belangrijke wijzigingen.

De Hoge Raad stelt voorop dat het in beginsel niet ongerechtvaardigd is om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu voor rekening te laten van de bedrijven die deze schade veroorzaken. Dit is niet een uiting van wrekende gerechtigheid jegens de boeren die Brabant hebben veranderd in een zwijnestel, maar een kwestie van efficiënte kostenallocatie. Zo komt het kostprijsverhogend effect van de beperking van de productie van varkensvlees uiteindelijk terecht waar het thuis hoort: bij de liefhebbers van varkensvlees.

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de varkensrechten in eerste instantie aan de varkenshouders zijn toegekend op basis van de bestaande omvang van hun bedrijf en in zoverre door hen *om niet* zijn verworven.

Aan een en ander verbindt de Hoge Raad de slotsom dat sprake kan zijn van een *individual and excessive burden*, die een adequate financiële compensatie rechtvaardigt, „in het bijzonder, maar niet uitsluitend”, wanneer een varkenshouder wordt getroffen in varkensrechten die hij tegen betaling heeft verworven.

Op het eerste gezicht een steekhoudend argument. Het is buitengewoon bezwaarlijk rechten te moeten prijsgeven die tevoren onder bezwarende titel zijn verworven, aanmerkelijk bezwaarlijker dan het verlies van rechten die om niet zijn verkregen. Bovendien wordt ook elders in het burgerlijk recht een lagere beschermingsprioriteit toegekend aan hetgeen om niet werd ontvangen. Wie een varken om niet verwerft van een beschikkingsonbevoegde, wordt, hoezeer te goeder trouw, geen eigenaar. Met betrekking tot degene die het varken onder bezwarende titel verkreeg is dit wel het geval (art. 3: 86 BW).

Toch zal de varkenshouder die geen varkensrechten heeft bijgekocht, nog wel even moeten slikken, als hij te horen krijgt dat hij al zijn varkensrechten *om niet* heeft mogen ontvangen uit handen van de Haagse overheid. Hij zal tegenwerpen dat hij, om de hem toegekende hoeveelheid varkensrechten te verkrijgen, ingrijpende investeringen heeft gedaan, na te hebben geluisterd naar een nog hogere autoriteit: Brussel. De „Gemeenschappelijke Ordening der Markten in de sector Varkensvlees” verbiedt „de toepassing van enige kwantitatieve beperking of maatregel van gelijke werking” (art. 17 lid 2).

Het wekken, en vervolgens niet honoreren, van vertrouwen waarin door de ander op goede gronden is geïnvesteerd, is een alom erkende bron van verbintenissen tot schadevergoeding. Zij bevat een hoger gehalte redelijkheid en billijkheid dan het onderscheid tussen verkrijging om niet en verkrijging onder bezwarende titel. Een *fair balance* ontbreekt met betrekking tot die varkenshouders die kunnen aantonen dat zij hun vroegere gemengde bedrijf (aardappels, bieten, geitenkaas) nooit zouden hebben prijsgegeven, en geen omvangrijke leningen zouden zijn aangegaan voor de bouw van één ultramoderne eurovarkensstal, als zij niet jarenlang uit Brussel om de oren waren geslagen met de investeringstip: *Pigs and Bacon*.

8. Kortom: art. 1 Protocol EVRM is een geheid groeifonds, een goudmijn voor een hernieuwd discours over eigendom, autonomie en solidariteit, de onwankelbare pijlers van het privaatrecht, ook in tijden van €-recht en varkensmest.

Hans NIEUWENHUIS