

Bescherming van goodwill op grond van het EVRM

In het spanningsveld van rechterlijke terughoudendheid en effectieve rechtsbescherming

NTBR 2018/8

Op 16 december 2016 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders c.s. (hierna NFE c.s.) tegen de Staat. Deze uitspraak is aanleiding voor deze bijdrage over de bescherming van goodwill op grond van het EVRM, de betekenis van de erkenning van goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht daarbij en de rol van de Nederlandse rechter bij de uitleg van het EVRM. In de eerste plaats wordt daartoe stilgestaan bij de erkenning van goodwill als ‘vermogensrechtelijk relevant’ in het Nederlandse burgerlijk recht, de bescherming van goodwill op grond van het EVRM en de relevantie van de erkenning op grond van het Nederlandse privaatrecht voor een Verdragsrechtelijke bescherming van goodwill. Het feit dat goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht als ‘vermogensrechtelijk relevant’ wordt erkend, kan ertoe leiden dat die goodwill ook wordt beschermd op grond van het EVRM.

1. Inleiding

1.1 Aanleiding: zaak Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders/de Staat

Op 16 december 2016 deed de Hoge Raad uitspraak in de zaak Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders c.s. (hierna NFE c.s.) tegen de Staat.² In die zaak stond de op 15 januari 2013 in werking getreden Wet verbod pelsdierhouderij centraal.³ De wet verbiedt het houden, doden en doen doden van pelsdieren.⁴ Het verbod berust op de gedachte dat met het houden van dieren ter verkrijging van hun pels, anders dan in geval van bijvoorbeeld het houden van dieren voor de voedselvoorziening, niet een eerste levensbehoefte wordt vervuld, en dit diergebruik aldus moreel onaanvaardbaar is.⁵

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet verbod pelsdierhouderij wordt stilgestaan bij de vraag op welke wijze rekening wordt gehouden met de (economische)

belangen van de pelsdierhouders, opdat wordt voldaan aan wat is vereist op grond van het recht op ongestoord genot van eigendom in de zin van artikel 1 Protocol 1 EVRM (hierna: Eerste Protocol EVRM).⁶ De wetgever stelt dat sprake is van een regulering van de eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM en dat daarom schadeloosstelling van het individu alleen noodzakelijk is als het individu een ‘onevenredig zware last’ draagt bij het bereiken van het uiteindelijke doel, te weten het verbod op pelsdierhouderij.⁷ Om ervoor te zorgen dat van zo’n onevenredig zware last geen sprake is, heeft de wetgever besloten tot het instellen van een overgangstermijn van 10 jaar.⁸ De wetgever merkt verder nog op dat na intrekking van een eerder wetsvoorstel waarmee een verbod werd beoogd, in de sector is overgegaan tot nieuwe investeringen. Dat is reden voor de wetgever geweest om naast de overgangstermijn via een Algemene Maatregel van Bestuur te komen tot een regeling op grond waarvan gedurende tien jaar steeds een deel van de pelsdierhouders zich kan laten uitkopen.⁹ De uitkoopregeling is echter, na advies van de Raad van State, geschrapt. De regeling zou, gezien de geplande fasering van uitkoop, volgens de Raad van State (onder meer) tot ongelijkheid leiden.^{10, 11}

NFE c.s. hebben zich niet bij de regeling neergelegd en meenden dat de Staat met het verbod jegens hen onrechtmatig handelt. Ze vorderden daarom (primair) een onverbindendverklaring ofwel buitenwerkingstelling van de Wet verbod pelsdierhouderij en ook een veroordeling tot vergoeding van door hen geleden schade.¹² Ze legden daaraan, als gezegd, onrechtmatig handelen door de Staat ten grondslag en stelden dat de Staat met de invoering van de Wet verbod pelsdierhouderij inbreuk heeft gemaakt op het recht op eigendom van de nertsenhouders, zoals (onder meer) beschermd in artikel 1 Eerste Protocol EVRM.¹³ De rechtbank heeft de wet buiten werking gesteld wegens strijdigheid met hogere regelgeving en voor recht verklaard dat de Staat zich schuldig maakt aan een onrechtmatige daad en voor

1 Citeerwijze: J. Emaus, ‘Bescherming van goodwill op grond van het EVRM’, *NTBR* 2018/8, afl. 2. Jessy Emaus is als universitair docent en onderzoeker verbonden aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht.
2 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij). Zie over de uitspraak: D.G.J. Sanderink, annotatie bij HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *JB* 2017/36; H.W. Wiersma, HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *JBPR* 2017/7; M.J.W. Timmer, annotatie bij HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *TvAR* 2017/5870.
3 Wet van 4 januari 2013, houdende een verbod op de pelsdierhouderij, *Stb.* 2013, 11.
4 Artikel 2 Wet verbod pelsdierhouderij.
5 *Kamerstukken II* 2006/07, 30826, 3, p. 1 (Memorie van Toelichting).

6 *Kamerstukken II* 2006/07, 30826, 3, p. 8-9 (Memorie van Toelichting).

7 *Kamerstukken II* 2006/07, 30826, 3, p. 8 (Memorie van Toelichting).

8 *Kamerstukken II* 2006/07, 30826, 3, p. 8 (Memorie van Toelichting).

9 *Kamerstukken II* 2006/07, 30826, 3, p. 9 (Memorie van Toelichting).

10 (Demissionair)Minister van Economische Zaken Kampinformeerde de Tweede Kamer bij brief d.d. 20 oktober jl. over zijn voornemen tot voortzetting van de procedure tot vaststelling en inwerkingtreding van het Besluit subsidiëring sloop- en ombouwkosten pelsdierhouderij. Zie: Brief van de Minister van Economische Zaken van 20 oktober 2017, (DGAN-DAD)/17137552, www.rijksoverheid.nl/ez. En ook: *Kamerstukken II* 2015/16, 30826, 44 (Voorstel van wet van de leden Van Gerven en Dijsselbloem houdende een verbod op de pelsdierhouderij (Wet verbod pelsdierhouderij)).

11 Rb. Den Haag 21 mei 2014, *NJF* 2014/296, r.o. 3.1 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

12 Rb. Den Haag 21 mei 2014, *NJF* 2014/296, r.o. 3.2 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

de daardoor veroorzaakte geleden en nog te lijden schade aansprakelijk is.¹⁴ Het hof heeft dat vonnis vervolgens vernietigd en de vorderingen afgewezen.¹⁵

In cassatie kwam – onder meer – de bescherming door artikel 1 Eerste Protocol EVRM van ‘de waarde van een onderneming voor zover deze aan toekomstige goederen wordt ontleend’ aan de orde. Dat onderdeel is aanleiding voor deze bijdrage over de bescherming van goodwill op grond van het EVRM en de rol van de erkenning van goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht daarbij. Het onderdeel klaagt er in de kern over dat het hof, op grond van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, heeft beslist dat niet voor bescherming in aanmerking komt ‘de waarde van een onderneming, voor zover deze is ontleend aan toekomstige inkomsten of vrije kasstromen’.¹⁶ Eisers meenden dat goodwill, die zij kenmerkend enkel hebben onderbouwd onder verwijzing naar toekomstige inkomsten, verdragsrechtelijke bescherming verdient. Ze betoogden dat de Hoge Raad de grens die het EHRM voor de bescherming van toekomstige inkomsten heeft getrokken, zou moeten verleggen en stelden dat het EHRM overigens ook ruimte laat om de door hen verdedigde bescherming te bieden.¹⁷ De Hoge Raad is, en volgt daarin A-G Vlas, niet in dat betoog meegegaan.¹⁸ Het hof heeft de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM volgens de Hoge Raad niet miskend.¹⁹ Het hof kon bovendien niet op grond van een eigen, verdergaande interpretatie van artikel 1 Eerste Protocol EVRM een onverenigbaarheid van formele wetgeving met het EVRM vaststellen, dat immers als gevolg zou hebben dat formele wetgeving buiten toepassing zou moeten worden gelaten.²⁰ De Hoge Raad wijst daarbij zowel op het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet als op de verplichting in artikel 94 Grondwet om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten indien die voorschriften onverenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen.²¹

1.2 Plan van behandeling

De uitspraak van de Hoge Raad is aanleiding voor deze bijdrage over de bescherming van goodwill op grond van het EVRM, de betekenis van de erkenning van goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht daarbij en de rol van de Nederlandse rechter bij de uitleg van het EVRM. In de eerste plaats wordt daartoe stilgestaan bij de erkenning van goodwill als

‘vermogensrechtelijk relevant’ in het Nederlandse burgerlijk recht (par. 2), de bescherming van goodwill op grond van het EVRM (par. 3) en de relevantie van de erkenning op grond van het Nederlandse privaatrecht voor een Verdragsrechtelijke bescherming van goodwill (par. 4). Het feit dat goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht als ‘vermogensrechtelijk relevant’ wordt erkend, kan ertoe leiden dat die goodwill ook wordt beschermd op grond van het EVRM. Voor dat laatste punt is begrip van de door Gerards zo genoemde ‘vastklikmethode’ noodzakelijk.²² Die methode, door het EHRM in zijn rechtspraak ontwikkeld, houdt kort gezegd in dat indien een recht wel op nationaal niveau is erkend, maar niet door het EHRM, dat recht onder omstandigheden toch bescherming verdient volgens de eisen die uit het EVRM voortvloeien.²³ De erkenning van goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht als ‘vermogensrechtelijk relevant’ zou zo tot Verdragsrechtelijke bescherming van goodwill in Nederland kunnen (en misschien wel moeten) leiden. Die verdragsrechtelijke bescherming is in Nederland vanwege het toetsingsverbod belangrijk, maar juist ook gecompliceerd.

Na de bescherming van goodwill op grond van het EVRM komt de rol van de Nederlandse rechter bij de uitleg van het EVRM aan de orde (par. 5). De zaak *NFE c.s./Staat* illustreert volgens mij goed het bestaan van een spanningsveld van rechterlijke terughoudendheid vanwege het toetsingsverbod enerzijds en de op grond van het EVRM noodzakelijke effectieve rechtsbescherming anderzijds. De Hoge Raad koos in zijn overwegingen volgens mij duidelijk voor een terughoudende opstelling bij de uitleg van het EVRM. Zo’n terughoudende opstelling kan tot een tekortschieten in het bieden van effectieve rechtsbescherming leiden, maar volgens mij gebeurt dat hier niet.

De bijdrage wordt afgesloten met een uitleiding (par. 6) waarin de belangrijkste bevindingen worden samengevat.

2. De erkenning van goodwill als ‘vermogensrechtelijke relevant’ in het Nederlandse burgerlijk recht

De Hoge Raad heeft reeds in 1951, in het kader van een echtscheiding, goodwill erkend als onderdeel in de waardering van een te verdelen huwelijksgemeenschap. Bij de verdeling van de gemeenschap in de zogenaamde *Damesmodebedrijf*-zaak waren ‘zwarigheden’ ontstaan die aan de rechter werden voorgelegd. Eén van de zwarigheden betrof de vraag of bij de waardering van het bedrijf dat echtgenoten tijdens het huwelijk gezamenlijk runden, de waarde van de goodwill in aanmerking diende te worden genomen. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de goodwill:

14 Rb. Den Haag 21 mei 2014, *NJF* 2014/296, r.o. 5.1-5.2 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

15 Hof Den Haag 10 november 2015, *NJF* 2015/530 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

16 A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, onder 2.2 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

17 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, r.o. 3.3.1 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

18 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, r.o. 3.3.1-3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij); A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, onder 2.2-2.2.22 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

19 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, r.o. 3.3.2 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

20 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, r.o. 3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

21 HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, r.o. 3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

22 J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 58-62.

23 Zie meer uitgebreid: par. 4.1.

“[...] dat uit al het bovenstaande voortvloeit, dat de beslissing der Rechtbank dat het onderhavige damesmodebedrijf in de gemeenschap valt, dat bij de waardering daarvan mede met den ‘goodwill’ van dat bedrijf rekening moet worden gehouden en dat de vergunningen factoren zijn, die bij het bepalen van de waarde van den ‘goodwill’ in aanmerking moeten worden genomen, terecht door het Hof is bekrachtigd, zodat het middel niet kan slagen; [...]”²⁴

De overweging van de Hoge Raad kan goed dienen ter illustratie van de constatering door Bartels & Van Mierlo dat de algemene aanvaarding dat goodwill geen goed is in de zin van artikel 3:1 BW, niet betekent dat goodwill niet ‘vermogensrechtelijk relevant’ is.²⁵ Dat het geen goed is, wordt door Bartels & Van Mierlo onderbouwd met de stelling dat de aan goodwill toegekende waarde het gevolg is van een feitelijke situatie en dat er geen recht op voortduren van die situatie bestaat. Dat de waarde van goodwill in bijvoorbeeld de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap moet worden meegenomen, illustreert de vermogensrechtelijke relevantie ervan.

De Hoge Raad heeft in de zaak *B./K.*, opnieuw in het kader van een echtscheiding waarbij een onderneming (een advocatenpraktijk) in de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap was betrokken, overwogen dat voor het antwoord op de vraag of goodwill in de verdeling moet worden meegenomen, beslissend is of die ‘als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd’.²⁶ De Hoge Raad maakt vervolgens een onderscheid, kennelijk afgeleid uit de conclusie van A-G Langemeijer voor de *Damesmodebedrijf*-zaak, tussen belichaamde en onbelichaamde (ook: niet-belichaamde) goodwill.²⁷ Belichaamde goodwill is de goodwill die ‘onverbrekelijk is verbonden met de vermogensbestanddelen van de onderneming en die tot uitdrukking komt in de meerwaarde van die vermogensbestanddelen in hun geheel bij voortzetting van de onderneming boven de som van de waarden van de afzonderlijke vermogensbestanddelen’.²⁸ Het brengt de Hoge Raad tot de beslissing dat deze goodwill inderdaad als zelfstandige waarde kan worden gerealiseerd.²⁹ Van onbelichaamde goodwill is sprake, aldus Bartels & Van Mierlo, ‘in het geval waarin de goodwill een uitvloeisel is van de kwaliteiten van de ondernemer of beroepsbeoefenaar’.³⁰ Deze goodwill komt in de context van een echtscheiding niet voor verdeling of verrekening in aanmerking, noch is zij overdraagbaar.³¹

Dat goodwill vermogensrechtelijk relevant is, bevestigde de Hoge Raad ook in een heel andere context, te weten bij de overdracht van een notarispraktijk waarbij een aanzienlijk deel van de koopsom (€ 272.268,12 uit € 363.024,17) was bedoeld als vergoeding voor de aan de onderneming verbonden goodwill.³² In cassatie lag de vraag voor of non-conformiteit ook betrekking kan hebben op goodwill. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend.³³

3. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM en goodwill

3.1 *Recht op bescherming van eigendom*

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM regelt de bescherming van ongestoord genot van eigendom, in de officiële Engelse tekst *possessions* en in het Frans *biens*. Het begrip eigendom, *possessions of biens* in artikel 1 Eerste Protocol EVRM wordt – zoals andere begrippen – autonoom uitgelegd en is niet gelijk aan het Nederlandse eigendomsbegrip in het Burgerlijk Wetboek. Het is, zo blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM, een breed begrip en ziet niet alleen op (rechtmatig verkregen) roerende en onroerende zaken, maar bijvoorbeeld ook op een illegaal gebouwde, maar geoordeerde verblijfplaats aangrenzend aan een vuilnisbelt.³⁴

Onder eigendom in de zin van het EVRM moet enkel reeds bestaande eigendom worden verstaan (*existing possessions*). Artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermt ook vorderingsrechten, met inbegrip van aanspraken (*claims*), maar alleen – en daar ligt een eerste grens – voor zover er een gelegitimeerde verwachting (*legitimate expectation*) bestaat dat een aanspraak daadwerkelijk wordt gerealiseerd.³⁵ Daarvan is bijvoorbeeld sprake als kan worden aangenomen dat de voorwaarden uit artikel 6:162 BW voor een vordering uit onrechtmatige daad zijn vervuld zonder dat de rechter dat heeft bevestigd, indien op grond van wetgeving en jurisprudentie voldoende zeker is dat een benadeelde een aanspraak heeft op schadevergoeding.³⁶ Een tweede grens heeft het EHRM getrokken ten aanzien van toekomstige inkomsten (*future income*). Dergelijke inkomsten vinden enkel bescherming in artikel 1 Eerste Protocol EVRM, aldus het EHRM, als ze reeds zijn verdiend (*already been earned*) of als een aanspraak op betaling ervan bestaat (*definitely payable*).³⁷ Er is dan dus ook niet werkelijk sprake van toekomstige inkomsten, maar van bestaande eigendom (*existing possessions*). Volgens het EHRM zijn noch de hoop dat een

24 HR 9 maart 1951, NJ 1952/46 (*Damesmodebedrijf*).
 25 S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nrs. 4-5.
 26 HR 31 mei 2002, NJ 2003/342, r.o. 3.2.1 (*B./K.*). Zie ook: Conclusie A-G Langemeijer voor HR 9 maart 1951, NJ 1952/46 (*Damesmodebedrijf*). En: Bartels & Van Mierlo 2013, p. 7; De Boer 2010, p. 262.
 27 HR 31 mei 2002, NJ 2003/342, r.o. 3.2.1 (*B./K.*).
 28 HR 31 mei 2002, NJ 2003/342, r.o. 3.2.1 (*B./K.*).
 29 HR 31 mei 2002, NJ 2003/342, r.o. 3.2.1 (*B./K.*).
 30 Bartels & Van Mierlo 2013, nr. 6.
 31 Bartels & Van Mierlo 2013, nr. 6.

32 HR 8 juli 2011, NJ 2013/256 (*Ijsseloevers/De Jong*). Zie: Bartels & Van Mierlo 2013, p. 7. En ook: J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1*. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 262.
 33 HR 8 juli 2011, NJ 2013/256 (*Ijsseloevers/De Jong*).
 34 EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, nr. 48939/99, NJ 2005/210, par. 124-129 (*Öneriyildiz/Turkije*). Zie meer uitgebreid: D.J. Harris e.a., *Harris, O’Boyle & Warbrick. Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 863-868.
 35 EHRM (Grote Kamer) 27 augustus 2015, nr. 46470/11, EHRC 2015/232, par. 213 (*Parrillo/Italië*).
 36 Vgl. EHRM 20 november 1995, nr. 17849/91, par. 31 (*Pressos Compania Naviera S.A. e.a./België*).
 37 EHRM (Grote Kamer) 27 augustus 2015, nr. 46470/11, EHRC 2015/232, par. 212 (*Parrillo/Italië*).

lang verlopen recht noch dat een vervallen voorwaardelijke aanspraak herleeft eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.³⁸

Het ongestoorde genot van eigendom kan worden beperkt door ontneming of regulering van de eigendom. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM onderwerpt ontneming van de eigendom aan een tweetal voorwaarden, te weten de voorwaarde dat die ontneming plaatsvindt in het algemeen belang en de voorwaarde dat die plaatsvindt onder voorwaarden bij wet en internationaal recht voorzien. De regulering van eigendom is toegestaan via wetten die de Staat 'noodzakelijk oordeelt', aldus de bepaling.

Artikel 1 Eerste Protocol EVRM biedt niet uitsluitend bescherming in geval van ontneming of regulering van de eigendom. De bepaling biedt bijvoorbeeld ook bescherming als de overheid zich onvoldoende inspant om ongestoord genot van eigendom te waarborgen of, anders gezegd, haar positieve verplichting tot bescherming van de eigendom niet of onvoldoende vervult.³⁹

De verschillende onderdelen in artikel 1 Eerste Protocol EVRM staan niet op zichzelf, maar zijn gerelateerd. Dit betekent, volgens vaste rechtspraak van het EHRM, dat in geval van een inmenging een redelijk evenwicht (*fair balance*) moet bestaan tussen het algemeen belang enerzijds en hetgeen noodzakelijk is voor de bescherming van de fundamentele rechten van een individu anderzijds.⁴⁰ Daartoe is beslissend of er een redelijke, proportionele verhouding bestaat tussen het beoogde doel en de daartoe aangewende middelen.⁴¹

3.2 De grondgedachte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM

Het EHRM heeft dus autonoom invulling gegeven aan de door artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde eigendom. In de vorige paragraaf zijn twee grenzen genoemd die uit de rechtspraak van het EHRM blijken. Het zijn de grenzen ten aanzien van de bescherming van aanspraken en toekomstige inkomsten. Het is duidelijk geworden dat de grenzen van de bescherming onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM zijn afgeleid uit de grondgedachte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, die is: de bescherming van (economische) belangen die voldoende zeker zijn, of anders gezegd: met voldoende zekerheid, deel uitmaken van het vermogen van de desbetreffende beschermde. Centraal staat aldus de bescherming van iemands daadwerkelijke vermogen, althans van de bestanddelen die een concrete en zekere economische waarde vertegenwoordigen.⁴² Die bescherming verklaart

en rechtvaardigt de grens die door het EHRM is getrokken ten aanzien van aanspraken en toekomstige inkomsten, maar voorspelt volgens mij ook voor andere situaties waar de grens van de bescherming moet liggen. Enkel wanneer met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat die aanspraken en inkomsten onderdeel uitmaken van het vermogen van een individu, verdienen ze de door artikel 1 Eerste Protocol EVRM geboden bescherming. Het verleggen van de grens, zodat meer onzekere toekomstige inkomsten ook binnen het bereik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM zouden vallen, doet wat mij betreft afbreuk aan de grondgedachte en (daarmee) ook aan de rechtszekerheid. De grens staat overigens niet in de weg aan bescherming van goodwill, die immers wel degelijk daadwerkelijk een op geld waardebaar onderdeel van iemands vermogen kan zijn.

3.3 Bescherming van goodwill op grond van het EVRM

Het EHRM heeft zich meermalen voor de vraag gesteld gezien of goodwill voor Verdragsrechtelijke bescherming in aanmerking komt.⁴³ Het EHRM begrijpt een klacht over de bescherming van eigendom in een situatie waarin goodwill wordt onderbouwd onder verwijzing naar winsten die door de onderneming zijn gegenereerd of de wijze waarop met de onderneming *future income* wordt verdiend, als een klacht over verlies van toekomstige inkomsten.⁴⁴ En toekomstige inkomsten worden enkel beschermd, zoals in paragraaf 3.1 uiteengezet, als ze reeds zijn verdiend of als aanspraak op betaling ervan bestaat. Een klacht zoals door eisers in de *pelsdierhouderij*-zaak ingediend valt daarom (mijns inziens terecht) buiten het beschermingsbereik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De klacht had immers betrekking op goodwill die was gebaseerd op het vermogen van de pelsdierhouders om toekomstige inkomsten (overwinsten) te genereren.

Het voorgaande doet er niet aan af dat het EHRM in het verleden wel degelijk heeft geoordeeld dat goodwill een element in de waardering van een onderneming kan zijn. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak *Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk*, onder verwijzing naar een ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (hierna: de Commissie).⁴⁵ In die zaak klaagde Ian Edgar (Liverpool) Limited, een groothandelaar in (onder andere) pistolen, over een vermeende schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM door invoering van wetgeving waarmee een pistoolverbod werd geïntroduceerd. Klager stelde onder meer dat het verbod van invloed was op de waarde van zijn onderneming, of op de waarde van de vermogensbestanddelen en goodwill die onderdeel zijn van de onderneming. Klager voegde daaraan toe:

38 EHRM (Grote Kamer) 27 augustus 2015, nr. 46470/11, *EHRM* 2015/232, par. 212 (*Parrillo/Italië*).

39 Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2014, p. 872 e.v.

40 EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2010, nr. 34044/02, *NJ* 2011/214, par. 83 (*Depalle/Frankrijk*).

41 EHRM (Grote Kamer) 29 april 1999, nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, *NJ* 1999/649, par. 75 (*Chassagnou e.a./Frankrijk*).

42 Zie ook: Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2014, p. 863 e.v. Zij noemen 'the acquired economic value of the individual interest' wel het essentiële kenmerk van 'eigendom' in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

43 Zie voor een samenvatting A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 16 december 2016, *NJ* 2017/132, onder 2.11-2.18 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

44 EHRM 13 maart 2012, nr. 23780/08, *EHRM* 2012/127, par. 93 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*).

45 EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, *RJ&D EHRM* 2000-1 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk; ontvankelijkheidsbeslissing*).

“It contends that “goodwill” is the value of its business based upon the profits generated by the business, and distinguishes this from future profits per se, which it does not claim.”⁴⁶

Het EHRM overwoog:

“The Court notes that the Commission has in the past held that goodwill may be an element in the valuation of a professional practice, but that future income itself is only a “possession” once it has been earned, or an enforceable claim to it exists [...] The Court considers that the same must apply in the case of a business engaged in commerce.”⁴⁷

Het Hof kwam tot de conclusie dat in de voorliggende zaak de goodwill door klager werd geduid als verlies van toekomstig inkomen en de klacht over de goodwill aldus buiten bereik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM viel.

In de beslissing van de Commissie waaraan het Hof in *Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk* refereert stond de intrekking van een vergunning om medicijnen te verstrekken centraal.⁴⁸ Die intrekking zou volgens klagers, twee Nederlandse huisartsen, onder meer de waarde van de goodwill van hun praktijken hebben verminderd. Ze stelden in dat licht dat hun eigendom werd ontnomen zonder dat hun adequate compensatie werd geboden en ze klaagden over schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De Commissie overwoog daarop:

“[...] the goodwill attached to a professional practice may, in certain circumstances, constitute an element of the valuation of that practice as a possession [...]”⁴⁹

Maar ook in deze zaak heeft dat niet tot bescherming van de door klagers verdedigde goodwill geleid. Volgens de Commissie kon de goodwill die volgens klagers gepaard ging met de vergunning niet worden beschouwd als goodwill die was verbonden met de praktijk van klagers. Eerstgenoemde goodwill, voortkomend uit de toestemming om medicijnen te verstrekken, was volgens de Commissie namelijk niet automatisch verbonden met de uitoefening van de medische praktijk en is ook, stelde de Commissie, onderworpen aan herroeping op gronden die buiten de uitoefening van het beroep van klagers liggen.⁵⁰

Maar het Hof heeft overigens, al weer wat langer geleden, concreet beslist dat goodwill eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM kan zijn. Hij deed dat in de ook

door A-G Vlas en de Hoge Raad aangehaalde zaak *Van Marle e.a./Nederland*.⁵¹ In die zaak was kort gezegd de weigering van de inschrijving van vier Nederlandse accountants in het accountantsregister aan de orde. Allen waren reeds als accountant werkzaam geweest toen ze, onder nieuwe wetgeving, in 1974 een verzoek tot inschrijving deden. Ze klaagden dat (onder meer) de waarde van de goodwill van hun praktijken was afgenomen vanwege de afwijzingsbeslissingen. Het Hof overwoog ten aanzien van de goodwill:

“[...] that the right relied upon by the applicants may be linked to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their own work, the applicants had built up a clientele; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision was accordingly applicable in the present case.”⁵²

Goodwill gebaseerd op toekomstige inkomsten werd in *Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk* dus als niet beschermenswaardig onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM afgewezen, terwijl goodwill gebaseerd op de zelf opgebouwde clientèle in *Van Marle e.a./Nederland* als vermogensbestanddeel (*asset*) in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM werd geaccepteerd.

3.4 Goodwill onder het EVRM vs. goodwill in het BW

Het EHRM heeft goodwill dus onder de bescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM gebracht voor zover die goodwill wordt uitgedrukt in de zin van een cliëntenbestand of voortvloeit uit het hebben van een geldige vergunning.⁵³ En het besliste uitdrukkelijk dat van een verdragsrechtelijke bescherming van goodwill geen sprake kan zijn als die wordt uitgedrukt in toekomstige inkomsten.

Als nu de erkenning van goodwill als ‘vermogensrechtelijk relevant’ in de context van het Nederlandse burgerlijk recht wordt bezien in het licht van deze uitleg van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is volgens mij verdedigbaar dat de Nederlandse rechter ingeval sprake is van belichaamde goodwill ook de verdragsrechtelijke bescherming biedt. Die goodwill is weliswaar volgens – onder meer – Bartels en Van Mierlo geen ‘goed’ in de zin van artikel 3:1 BW, dat doet er niet aan af dat de goodwill een verkregen economische waarde vertegenwoordigt en wordt erkend als vermogensrechtelijk relevant en aan die status ook bescherming ontleent.⁵⁴

Vooropgesteld dat het volgens mij goed mogelijk is dat het EHRM, als die vraag zou worden voorgelegd, belichaamde goodwill steeds als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste

46 EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, RJ&D EHRC 2000-1 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk*; ontvankelijkheidsbeslissing).

47 EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, RJ&D EHRC 2000-1 (*Ian Edgar (Liverpool) Limited/Verenigd Koninkrijk*; ontvankelijkheidsbeslissing).

48 ECRM 3 oktober 1984, nr. 10438/83, D&R 41, p. 170 (*Batelaan en Huiges/Nederland*; ontvankelijkheidsbeslissing).

49 ECRM 3 oktober 1984, nr. 10438/83, D&R 41, p. 170 (*Batelaan en Huiges/Nederland*; ontvankelijkheidsbeslissing).

50 ECRM 3 oktober 1984, nr. 10438/83, D&R 41, p. 170 (*Batelaan en Huiges/Nederland*; ontvankelijkheidsbeslissing).

51 EHRM (Plenaire) 26 juni 1986, nr. 8543/79 e.a., EHRC, Series A, 101, par. 41 (*Van Marle e.a./Nederland*).

52 EHRM (Plenaire) 26 juni 1986, nr. 8543/79 e.a., EHRC, Series A, 101, par. 41 (*Van Marle e.a./Nederland*).

53 Zoals ook door de Hoge Raad vastgesteld: HR 16 december 2016, NJ 2017/132, r.o. 3.2.2 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

54 HR 8 juli 2011, NJ 2013/256 (*Ijsseloevers/De Jong*). Zie par. 2.

Protocol EVRM zou kwalificeren, kan de Nederlandse rechter het EHRM vóór zijn en vanwege artikel 53 EVRM reeds zelf de verdragsrechtelijke bescherming voor goodwill bieden. Zou het EHRM belichaamde goodwill in de zin van het Nederlandse burgerlijk recht niet als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM erkennen, dan zou het Hof nog kunnen beslissen dat in deze situatie, vanwege de status van de goodwill in Nederland, toch de verdragsrechtelijke minimumbescherming moet worden geboden. Dat zou kunnen gebeuren door de zogenaamde ‘vastklikmethode’ die in de volgende paragraaf wordt toegelicht.

4. Toch Verdragsrechtelijke bescherming van de door eisers gestelde goodwill via de ‘vastklikmethode’?

4.1 De ‘vastklikmethode’

De constatering dat goodwill in het Nederlandse burgerlijk recht onder omstandigheden vermogensrechtelijk relevant is, zou kunnen betekenen dat die goodwill, voor zover niet al door het Hof erkend, volgens de zogenaamde ‘vastklikmethode’ ook op Verdragsrechtelijke bescherming kan rekenen.⁵⁵ Die bescherming op grond van het EVRM is te meer belangrijk omdat het toetsingsverbod de Nederlandse rechter niet toestaat te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van formele wetten en de rechter gezien het *Harmonisatiewet*-arrest formele wetten ook niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen.⁵⁶ Een bijzondere (in de zin van een grondwettige of verdragsrechtelijke) bescherming van eigendom kan dus niet anders worden geboden.

De vastklikmethode houdt volgens Gerards in dat de bescherming op grond van het EVRM wordt vastgekleefd aan een volgens nationale wetgeving bestaand recht.⁵⁷ Een recht dat niet door het EHRM is erkend, maar wel op nationaal niveau, verdient onder omstandigheden toch de minimumbescherming die het EVRM onder een specifieke bepaling biedt. Een bekend voorbeeld van een zaak waarin de methode werd toegepast, is de zaak *E.B./Frankrijk*, waarin de vraag voorlag of klagster bij een verzoek tot toestemming voor eenouderadoptie was gediscrimineerd vanwege haar seksuele voorkeur.⁵⁸ Het EHRM overwoog dat artikel 8 EVRM niet een recht om een familie te stichten of een recht op adoptie waarborgt, maar juist het bestaan van een familie veronderstelt. In Frankrijk is aan alleenstaanden echter uitdrukkelijk een recht verleend om een verzoek tot eenouderadoptie te doen, aldus het EHRM, dat de overweging vervolgt met de vaststelling dat de feiten onmiskenbaar bin-

nen de sfeer (*within the ambit*) van artikel 8 EVRM vallen.⁵⁹ En dat maakt, besliste het EHRM, dat bij de toepassing van het recht niet mag worden gediscrimineerd.⁶⁰ Het EHRM besliste aldus dat klager kon rekenen op de bescherming zoals geboden door artikel 14 EVRM. Artikel 14 EVRM bepaalt kort gezegd dat ‘het genot van de rechten en vrijheden’ in het EVRM zonder discriminatie op de in die bepaling genoemde gronden moet worden verzekerd. Het is niet een zelfstandige bepaling, omdat de bepaling enkel van toepassing is als een situatie binnen het bereik (*within the ambit*) van een materiële verdragsbepaling (bijvoorbeeld het recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven, artikel 8 EVRM) valt.^{61, 62} Discriminatie bij de uitoefening van het in Frankrijk erkende recht zou een schending van artikel 14 EVRM opleveren. Het EHRM refereerde hierbij ook nog aan artikel 53 EVRM, waarin staat dat de bepalingen van het EVRM niet zo mogen worden uitgelegd dat zij beperkingen opleggen aan of inbreuk maken op fundamentele rechten die naar nationaal recht kunnen worden gewaarborgd. Anders gezegd: het EVRM staat niet in de weg aan verdergaan- de bescherming via het recht van de Verdragsstaten.

De vastklikmethode is, zoals ook in de zaak *E.B./Frankrijk*, eerst en hoofdzakelijk toegepast bij een beroep op artikel 14 EVRM.⁶³ Zoals door Gerards geconstateerd, heeft het EHRM met de toepassing van de vastklikmethode zijn bevoegdheid om klachten over schending van het discriminatieverbod in behandeling te nemen, uitgebreid, of, zoals het EHRM dat zelf verwoordt:

“Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and its Protocols require each State to guarantee.”⁶⁴

4.2 De ‘vastklikmethode’ en bescherming op grond van artikel 1 Eerste Protocol EVRM

De ‘vastklikmethode’ is de afgelopen jaren door het EHRM in een aantal zaken ook toegepast bij een klacht over schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM jo. artikel 14 EVRM.⁶⁵ Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat ingeval nationale regelgeving bestaat waaruit een eigendomsrecht (*proprietary interest*) voortvloeit dat binnen de sfeer (*ambit*) van artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt, artikel 14 EVRM in die context van toepassing is.⁶⁶

55 Gerards 2011, p. 58-62. Onder verwijzing naar onder meer: EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRM* 2008/44 (*E.B./Frankrijk*). Zie ook: R.A. Lawson, ‘Boven het maaiveld. Over de “ruimhartige toepassing” van het EVRM door nationale rechters’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 307-323.

56 HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

57 Gerards 2011, p. 58.

58 EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRM* 2008/44 (*E.B./Frankrijk*). Zie over de zaak ook: Gerards 2011, p. 59-60; Lawson 2009, p. 309-311.

59 EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRM* 2008/44, par. 49 (*E.B./Frankrijk*).

60 EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRM* 2008/44, par. 49 (*E.B./Frankrijk*).

61 Harris, O’Boyle, Bates & Buckley 2014, p. 786-787.

62 Een algemeen verbod op discriminatie wordt tegenwoordig overigens gewaarborgd door Protocol 12 bij het EVRM, dat door Nederland is geratificeerd.

63 Gerards 2011, p. 60.

64 Gerards 2011, p. 60. EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 37452/02, *EHRM* 2011/136, par. 81 (*Stummer/Oostenrijk*).

65 Zie onder meer: EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, nr. 55707/00, *EHRM* 2009/49 (*Andrejeva/Letland*); EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, nr. 42184/05, *AB* 2011/149 (*Carson e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2011, nr. 37452/02, *EHRM* 2011/136 (*Stummer/Oostenrijk*).

66 EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, nr. 42184/05, *AB* 2011/149, par. 64 (*Carson e.a./Verenigd Koninkrijk*).

Als we de 'vastklikmethode' toepassen op de goodwill, kan worden betoogd dat, omdat *belichaamde* goodwill naar Nederlands recht wordt erkend als 'vermogensrechtelijk relevant', bij de bescherming hiervan de waarborgen die artikel 1 Eerste Protocol EVRM biedt, moeten gelden. De vermogensrechtelijk relevante goodwill kan immers in het nationale privaatrecht op bescherming rekenen, zodat volgens mij goed kan worden betoogd dat het binnen de werkingsfeer van artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt. Weliswaar is de vastklikmethode hiervoor steeds aan de orde geweest bij een klacht over discriminatie, dat doet er niet aan af dat het EHRM de vastklikmethode ook in andere context heeft toegepast.⁶⁷ Dat zou volgens mij ook juist zijn in het licht van de ratio achter artikel 1 Eerste Protocol EVRM zoals ik die in paragraaf 4.2.2 uiteenzette, namelijk dat economische belangen die voldoende zeker zijn op Verdragsrechtelijke bescherming kunnen rekenen. Maar evengoed is overigens denkbaar dat belichaamde goodwill, gezien de ratio van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, door het Hof wordt erkend als eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM, zodat de vastklikmethode helemaal niet nodig is. Een keuze tussen die twee wegen, erkennen als eigendom dan wel verdragsrechtelijke bescherming bieden via de vastklikmethode, hangt bijvoorbeeld af van de mate waarin de erkenning voor alle Verdragsstaten aanleiding zou geven tot controverse. Als dat laatste het geval is, maar ik heb daarvoor geen concrete aanwijzing, zou de bescherming via de vastklikmethode voor de hand liggen.

5. De rol van de Nederlandse rechter bij de interpretatie van het EVRM

5.1 De Hoge Raad over de rol van de rechter in *NFE c.s./Staat*

De Hoge Raad heeft in de zaak *NFE c.s./Staat*, onder verwijzing naar de artikelen 93, 94 en 120 Grondwet, zoals gezegd, beslist dat onverenigbaarheid van de Wet verbod pelsdierhouderij met het EVRM niet kan worden aangenomen op grond van een uitleg door de Nederlandse rechter die afwijkt van bestendige rechtspraak van het EHRM.⁶⁸ In zijn overweging refereert de Hoge Raad aan artikel 53 EVRM dat de relatie tussen het EVRM en andere mensenrechtenwetten en -verdragen regelt. Over deze bepaling wordt ook wel gezegd dat deze uitdraagt dat het EVRM minimumbescherming biedt en dat het Verdragsstaten vrijstaat méér bescherming te bieden.⁶⁹ In Nederland kan die verdergaande bescherming, gezien het toetsingsverbod, echter maar beperkt in de eigen Grondwet worden gevonden. Het EVRM kan die extra bescherming wel bieden als de Nederlandse rechter de EVRM-rechten zelfstandig interpreteert, nu EVRM-rechten en -vrijheden op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet juist direct doorwerken in de nationale rechtsorde én de rechter wettelijke voorschriften die niet

verenigbaar zijn met bepalingen in het EVRM buiten toepassing dient te laten. Met de uitspraak van de Hoge Raad in *NFE c.s./Staat* is terughoudendheid daarbij leidend: artikel 120 Grondwet staat in de weg aan het aannemen van een onverenigbaarheid met het EVRM op basis van een uitleg van het EVRM door de Nederlandse rechter die 'afwijkt van de gevestigde rechtspraak van het EHRM met betrekking tot die verdragsbepaling'.⁷⁰

5.2 In het spanningsveld van rechterlijke terughoudendheid en effectieve rechtsbescherming⁷¹

De Hoge Raad heeft met deze beslissing de rechterlijke terughoudendheid onderstreept die in Nederland uit artikel 120 Grondwet voortvloeit, maar die overigens ook in andere landen leidend lijkt te zijn. Gerards & Fleuren constateerden vier jaar geleden nog dat ook in de praktijk in andere Verdragsstaten (te weten: België, Duitsland, Frankrijk, Verenigd Koninkrijk en Zweden) zelden wordt afgeweken van de rechtspraak van het EHRM om 'een voldoende hoog beschermingsniveau van grondrechten' te garanderen.⁷² Terughoudendheid kan op gespannen voet komen met het beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat (ook) in het EVRM een belangrijke rol speelt.

Effectieve bescherming houdt in, zo blijkt bijvoorbeeld uit artikel 13 EVRM, dat individuen wier rechten of vrijheden zijn geschonden recht hebben op een rechtsmiddel voor een nationale instantie. Meer in algemene zin kan worden gezegd dat de effectieve bescherming betekent dat in de eerste plaats op nationaal niveau bescherming wordt geboden. Dat maakt het noodzakelijk dat de rechten en vrijheden zo nodig op nationaal niveau worden uitgelegd. De Hoge Raad overweegt in *NFE c.s./Staat* overigens ook dat de verplichting van de Nederlandse rechter op grond van artikel 93 EVRM om de rechten en vrijheden uit het EVRM toe te passen, meebrengt dat de rechter die bepalingen zelf dient uit te leggen. En hij voegt daaraan toe dat de verhouding tot het EHRM meebrengt 'dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM'.⁷³

In *NFE c.s./Staat* onderstreepte de Hoge Raad aldus het uitgangspunt van rechterlijke terughoudendheid en besliste hij dat de Nederlandse rechter niet kan komen tot onverenigbaarheid op grond van een eigen uitleg van het eigendomsbegrip die verder strekt dan de uitleg zoals die daar door het EHRM aan is gegeven. Die beslissing lag ook voor de hand in deze situatie, die erdoor wordt gekenmerkt dat het EHRM nu juist voor de belangen waarvan eisers bescherming zoeken, heeft beslist dat die niet binnen het beschermingsbe-

67 Gerards 2011, p. 60.

68 HR 16 december 2016, NJ 2017/132, r.o. 3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

69 Zie hierover kort en onder meer: T. Barkhuysen, 'De rechter en het Europese maaiveld', *NJB* 2013/2010 (p. 2243).

70 HR 16 december 2016, NJ 2017/132, r.o. 3.3.3.

71 Barkhuysen 2013, p. 2243. Vgl. A-G Vlas in zijn conclusie voor HR 16 december 2016, NJ 2017/132, onder 2.5-2.6 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

72 J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, WODC 2013, p. 51.

73 HR 16 december 2016, NJ 2017/132, r.o. 3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

reik van artikel 1 Eerste Protocol EVRM vallen. De goodwill werd immers gebaseerd op het vermogen om toekomstige inkomsten te genereren. Voor zo'n situatie, waarin het EHRM *expliciet geen bescherming heeft geboden*, past inderdaad, gezien het toetsingsverbod, dat de nadruk ligt op de rechterlijke terughoudendheid. Toch kan de vastklikmethode, onder omstandigheden, noodzaken tot een verdragsrechtelijke bescherming van goodwill, namelijk als dergelijke goodwill op grond van het nationale privaatrecht wordt erkend en het daarom wordt aangenomen binnen het bereik (*within the ambit*) van artikel 1 Eerste Protocol EVRM te vallen. De erkenning als 'vermogensrechtelijk relevant' zou hiervoor volgens mij voldoende kunnen zijn, ofschoon in de rechtspraak van het Hof waarin de vastklikmethode is aanvaard steeds wordt gesproken van erkenning als recht op grond van het nationale recht. Evenzeer is volgens mij overigens verdedigbaar dat verdragsrechtelijke bescherming in deze situatie nooit aan de orde kan zijn, gezien de grondgedachte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM (kort: de bescherming van iemands daadwerkelijke vermogen) die maakt dat de goodwill per definitie buiten het bereik van de bepaling valt.

Anders is de situatie voor de Nederlandse rechter waarvan onduidelijk is of die binnen het beschermingsbereik van, bijvoorbeeld, artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt.⁷⁴ Daarvan is sprake als *een uitleg door het EHRM die duidelijkheid schept over de bescherming door het EVRM ontbreekt*, terwijl het goed denkbaar is dat Verdragsrechtelijke bescherming moet worden geboden. In zo'n situatie ligt het volgens mij voor de hand dat de Nederlandse rechter de bepaling zelf uitlegt. De Hoge Raad lijkt daartoe ook uitdrukkelijk ruimte te laten. Immers, als niet kan worden teruggevallen op 'de gevestigde rechtspraak van het EHRM', moet de rechter vanwege de verplichting op grond van artikel 93 EVRM om bepalingen uit het EVRM toe te passen, die bepalingen alsnog zelf uitleggen.⁷⁵ De rechter zou daarbij de gevestigde rechtspraak in aanmerking moeten nemen en in het licht daarvan – bijvoorbeeld van de grondgedachte die daaruit blijkt – de bepalingen moeten uitleggen. De nadruk in een situatie waarin het EHRM nog geen uitleg heeft gegeven die duidelijkheid schept over de bescherming, zou volgens mij aldus op de effectieve rechtsbescherming moeten liggen. En er zou mijns inziens niet moeten worden aangenomen dat met de uitleg in zo'n geval verdergaande bescherming wordt geboden, zodat artikel 120 Grondwet aan zo'n uitleg

in de weg staat. Een redenering volgens de vastklikmethode kan ook en is volgens mij aangewezen als duidelijk is dat er sprake is van goodwill die op grond van het nationale recht reeds wordt erkend. Een dergelijke redenering start vanuit het nationale recht en maakt dat ingeval een rechter vaststelt dat als de goodwill naar nationaal recht wordt erkend dat reeds voldoende is voor het bieden van de verdragsrechtelijke bescherming. De grondgedachte onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM kan daarbij in die zin als extra toetssteen dienen dat als niet kan worden gezegd dat de goodwill reeds tot iemands daadwerkelijke vermogen behoort, er in elk geval geen bescherming wordt aangenomen via de vastklikmethode.

Een laatste situatie die ik hier zou willen onderscheiden is die waarin *de uitleg door het EHRM voor de gegeven situatie onduidelijk is*. Het ligt wat mij betreft voor de hand hieraan te haken bij de situatie waarin geen uitleg is gegeven en aldus de nadruk te leggen op de effectieve rechtsbescherming. Een andere beslissing zou kunnen betekenen dat de onduidelijkheid leidt tot de meest enge uitleg denkbaar op grond van het door het EHRM overwogene. Dat is volgens mij onwenselijk, niet alleen vanwege een (mogelijk) gebrek aan effectieve rechtsbescherming, maar ook omdat het eraan in de weg staat dat het recht onder het EVRM consistent wordt uitgelegd, iets waaraan juist ook de nationale rechter kan bijdragen. Aan de vereiste terughoudendheid kan ook hier worden tegemoetgekomen door bij de uitleg acht te slaan op de rechtspraak van het EHRM en te bezien of daaruit een grondgedachte of richtinggevende principes kunnen worden afgeleid. En ook hier kan een redenering volgens de vastklikmethode passend of zelfs aangewezen zijn.

6. Uitleiding

In de recente zaak *Nederlandse Federatie van Edelpelsdierenhouders/de Staat* heeft de Hoge Raad (terecht) bevestigd dat de waarde of goodwill van ondernemingen voor zover die 'vrijwel volledig, zo niet uitsluitend' wordt gebaseerd op de toekomstige inkomsten die een onderneming hoopt te genereren, buiten de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt immers duidelijk een begrenzing van de reikwijdte van het recht op bescherming van eigendom bij toekomstige inkomsten. Toekomstige inkomsten worden enkel beschermd indien ze reeds zijn verdiend of als aanspraak op betaling ervan bestaat. Deze grens laat zich goed verklaren door de grondgedachte bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM, die (kort gezegd) is de bescherming van iemands *daadwerkelijke* vermogen.

De overwegingen door de Hoge Raad doen evenwel de vraag rijzen hoe de erkenning van goodwill op grond van het Nederlandse burgerlijk recht zich verhoudt tot de door het EHRM erkende goodwill en wat de betekenis is van een verschil tussen beide. Alhoewel algemeen wordt aangenomen dat goodwill geen goed is in de zin van het Burgerlijk Wetboek, is zogenaamde belichaamde goodwill wel 'vermo-

74 Relevant in deze context is dat In 2013 'Treaty 214' voor ondertekening door de Verdragsstaten bij het EVRM is opengesteld. Met dit verdrag wordt de toevoeging van Protocol 16 aan het EVRM geregeld. Protocol 16 geeft het EHRM een nieuwe bevoegdheid, namelijk om op verzoek van een hoogste rechter van een Verdragsstaat of rechter in laatste instantie, advies uit te brengen over principiële vragen ten aanzien van de uitleg of toepassing van rechten of vrijheden zoals neergelegd in het EVRM of een van de protocollen daarbij. Het protocol treedt in werking zodra het door tien Verdragsstaten is geratificeerd. Tot nu toe is dat door acht Verdragsstaten gebeurd. Nederland heeft het verdrag ondertekend, maar is nog bezig met ratificatie ervan. Zie: www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=fF8wIAjd. Laatst geraadpleegd: 11 januari 2018.

75 HR 16 december 2016, NJ 2017/132, r.o. 3.3.3 (Invoering Wet verbod pelsdierhouderij).

gensrechtelijk relevant'. In deze bijdrage heb ik uiteengezet dat goed kan worden betoogd dat de 'vermogensrechtelijk relevante goodwill' via de zogenaamde vastklikmethode de bescherming verdient zoals door artikel 1 Eerste Protocol EVRM is geboden. De vastklikmethode, door het EHRM in zijn rechtspraak ontwikkeld, houdt (kort gezegd) in dat belangen die op grond van nationaal recht zijn erkend en binnen de sfeer van een verdragsbepaling vallen, op de bescherming mogen rekenen die uit de verdragsbepaling voortvloeit.

Met het oog op de vereiste effectieve bescherming van EVRM-rechten en -vrijheden zou de Nederlandse rechter volgens mij aldus goed tot de beslissing kunnen komen aan belichaamde goodwill de bescherming van artikel 1 Eerste Protocol EVRM te bieden, in die zaken waarin hij in de gevestigde rechtspraak van het EHRM geen antwoord vindt. Een stap verder, maar volgens mij ook goed verdedigbaar, gaat het bieden van bescherming in de (fictieve) situatie waarin het EHRM, in zaken tegen andere Verdragsstaten, bepaalde belangen niet binnen de reikwijdte van artikel 1 Eerste Protocol EVRM heeft willen brengen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen in de situatie waarin de belangen wel volgens het nationale recht worden erkend en zolang de grondgedachte bij artikel 1 Eerste Protocol EVRM wordt gerespecteerd. Dat laatste betekent dat aan toekomstige inkomsten geen verdragsrechtelijke bescherming wordt geboden.