

ANNOTATIE

Project-Trade d.o.o. t. Kroatië (EHRM, nr. 1920/14) – Toegang tot rechter vereist rechter met ‘full jurisdiction’

A.M.L. Jansen

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 19-11-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000192014 (EHRC-2020-0294)

Eind negentiger jaren van de vorige eeuw werd een Kroatische bank (‘Croatia Bank’) door een besluit van de Kroatische regering geherstructureerd. Alle aandelen werden teruggeroepen, ook die van Project-Trade d.o.o. Alle nieuw uitgevaardigde aandelen werden op naam gesteld van een overheidsorgaan. Verschillende procedures worden gevoerd over de rechtmatigheid van deze beslissingen, alle evenwel vruchteloos. Het hier opgenomen arrest *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië* is reeds opmerkelijk vanwege het feit dat vijf van de zeven rechters van de Kamer van het EHRM die oordeelde, een op punten afwijkende ‘opinion’ aan de zaak hebben toegevoegd. Ook binnen het EHRM hield de zaak kennelijk de gemoederen bezig. Het Hof wijdt de nodige overwegingen aan de vraag naar de ontvankelijkheid van klagers. Dat is begrijpelijk, ook omdat in een eerdere, vergelijkbare, zaak het Hof nog oordeelde dat klagers aan te wrijven viel dat zij niet alle nationale rechtsmiddelen hadden uitgeput. Zij hadden zich beperkt tot een procedure bij het Constitutionele Hof en geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een civiele (handelsrechtelijke) procedure aan te brengen.[1] In de onderhavige zaak hadden klagers dat laatste wel gedaan.

2. Het arrest gaat vooral over het vereiste van ‘full jurisdiction’ in relatie tot het recht op toegang tot de rechter. In de EHRM-rechtspraak mag dan al jaren een abstracte omschrijving van ‘full jurisdiction’ gangbaar zijn, hoe die garantie in concreto uitpakt is niet altijd eenvoudig voorspelbaar en van verschillende factoren afhankelijk.[2] De abstracte omschrijving luidde oorspronkelijk dat – in bestuursrechtelijke verhoudingen – een besluit

van een overheidsentiteit moet kunnen worden voorgelegd aan een rechter die ‘competent [is] to determine all the aspects of the matter’.[3] In latere rechtspraak heeft het Hof een en ander gepreciseerd door van een rechter te verlangen dat deze bevoegd moet zijn een eigen oordeel te geven over zowel de feiten als het recht, wil de rechterlijke instantie voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM: de rechter moet bevoegd zijn ‘to examine all questions of fact and law relevant to the dispute’.[4] De rechter mag zich dus niet zonder meer verlaten op de beslissing van het bestuur. Onder voorwaarden (zie hieronder, punt 3) is een beperkte bevoegdheid om feitelijke kwesties te toetsen geoorloofd, maar die beperking mag er niet op neerkomen dat rechters zich op geen enkel moment over het bestreden besluit buigen en zij zich gebonden achten aan de beslissing van, *in casu*, de regering.[5]

3. Bij de vraag hoe indringend de toetsing moet zijn die een rechter met ‘full jurisdiction’ moet kunnen uitoefenen, speelt een aantal factoren een rol. In die factoren liggen ook de onder punt 2 hierboven bedoelde voorwaarden besloten. Zo is de aard van het rechtsgebied waartoe de overheidsbeslissing behoort relevant. Het gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling kan een terughoudende rechterlijke toetsing rechtvaardigen, evenals de technische aard van het besluit en het geschil. Ook de mate van discretie van het bestuur bij het nemen van de beslissing kan invloed hebben op de vraag hoe indringend de rechter moet toetsen. Zo zal een minder indringende toetsing van een besluit met veel beleidsmatige aspecten en een hoge complexiteit eerder aanvaardbaar zijn dan besluiten die zijn gebaseerd op meer gebonden bevoegdheden en massabeschikkingen. Voorts komt gewicht toe aan de – door mij als quasi-rechterlijke aangeduide – procedurele waarborgen in de bestuurlijke fase. Heeft de bestuurlijke feitenvaststelling plaatsgevonden in een quasi-rechterlijke bestuurlijke procedure, dan kan ook daarin een reden liggen om een meer beperkte rechterlijke toetsing geoorloofd te achten. Van de Weyer wijst er in dit kader op dat in veel gevallen een – wat hij noemt – expertise-asymmetrie bestaat tussen bestuur en rechter, zeker bij heel specialistische en complexe besluitvorming.[6] Hij pleit er daarom voor de procedurele waarborgen in bestuurlijke procedures te versterken, waardoor de rechter zijn toetsing eerder kan ophangen aan deze procedurele vereisten.

4. De hier opgenomen uitspraak *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië* illustreert de link tussen het vereiste van toetsing met ‘full jurisdiction’ en het recht op adequate toegang tot de rechter. Het geschil kon weliswaar formeel aan Kroatische rechterlijke colleges worden voorgelegd maar die rechters achtten zich niet bevoegd of in staat zich over het aangevochten besluit van de regering te buigen. Daarmee ontbreekt een goede toegang tot een rechter die kan bieden wat art. 6 EVRM van een rechter verlangt, namelijk ‘full jurisdiction’. De civiele rechtbanken achtten zich *in casu* niet bevoegd om zelf onderzoek te verrichten: ‘... the commercial courts ... considered that they were precluded from conducting their own examination...’; zie par. 63 en

67 van het arrest. Bijgevolg kwamen deze rechterlijke colleges niet toe aan het onderzoeken van de argumenten c.q. beroepsgronden van klager. Dat gold evenzeer voor de rechtsgang die was gericht op het verkrijgen van compensatie. Onder dergelijke omstandigheden valt moeilijk een andere conclusie te trekken dan dat de uitkomst van de procedure louter was gebaseerd op de bevindingen van de regering. Het gaat hier dus om een evidente schending van het vereiste van ‘full jurisdiction’, aan de voorkant van de procedure bij de rechter. Het betreft dus niet een rechtsgang waarin de rechter zich in te beperkte mate bleek te hebben gebogen over de feitelijke vragen en rechtsvragen van het geschil; het was nog erger. De civiele rechters (‘commercial courts’) voor welke de zaak diende, weigerden eenvoudigweg de voor de uitspraak in de zaak cruciale beroepsgronden en daarmee de hamvraag – was ‘recovery’ van ‘Croatia Bank’ noodzakelijk en was aan de overige wettelijke vereisten voldaan – te onderzoeken. Daarbij is irrelevant dat het in het onderwerpelijke geschil draaide om een beslissing van de overheid waarbij regelgeving op slechts één bepaalde zaak wordt toegepast. Vertaald naar de Nederlandse situatie lijkt dit het meest op een concretiserend besluit van algemene strekking, kortweg concrete norm. Ook dan vereist art. 6 EVRM dat de maatregel in kwestie kan worden voorgelegd aan een rechter als bedoeld in art. 6 EVRM.[7] De slotsom is dat geen enkele rechterlijke instantie op ook maar enig moment zelf onderzoek heeft verricht naar het bewijs waarop de Kroatische regering heeft gebaseerd dat ‘Croatia Bank’ moest worden geherstructureerd of dat was voldaan aan overige wettelijke vereisten, met name de vraag of het relevante recht correct was toegepast op de feiten. Deze onmogelijkheid voor klager om effectief de beslissing van de regering te kunnen betwisten, is naar het oordeel van het Hof een inbreuk op het recht op toegang tot de rechter voor klager.

5. De inbreuk op de garanties van toegang tot de rechter en ‘full jurisdiction’ staan in deze zaak niet op zichzelf. Bij het EHRM stelt klager dat zijn eigendomsrecht onder art. 1 Eerste Protocol EVRM is aangetast en zijn procedurele rechten van art. 6 EVRM. Het EHRM stelt voorop dat klagers eigendomsrechten in deze zaak rechtstreeks op het spel stonden, nu klagers aandelen in de bank werden geraakt op een manier die verder ging dan het enkel beïnvloeden van klagers positie in de bestuursstructuur van de bank. Art. 1 Eerste Protocol EVRM bevat geen expliciete procedurele garanties en het ontbreken van ‘judicial review’ leidt op zichzelf niet tot strijdigheid met die verdragsbepaling. Niettemin is gevestigde rechtspraak dat een inbreuk op het eigendomsrecht gepaard moet gaan met een mogelijkheid van rechtsbescherming om de maatregel die een dergelijke inbreuk meebrengt aan te vechten. Daaraan ontbrak in het in de zaak van *Project-Trade d.o.o. t. Kroatië*. Kortom, door het ontbreken van toegang tot een rechter die het geschil c.q. de beslissing van de regering met ‘full jurisdiction’ zoals art. 6 EVRM vereist beoordeelde, is ook het eigendomsrecht zoals neergelegd in het EVRM geschonden. In het kader van art. 1 EP EVRM attendeer ik nog op opmerkelijke overwegingen in de *concurring opinion* van rechters Wojtyczek en Pejchal. Zij juichen de ‘more efficient’ bescherming van art.

1 EP EVRM toe als erkenning van de bescherming van economische vrijheid die uit het arrest spreekt. Tegelijk zijn zij van oordeel dat het Hof hier nog een stap verder had moeten gaan door economische vrijheid als fundamenteel mensenrecht beschermd door art. 1 EP expliciet te erkennen.

6. Ook het vereiste van rechtspraak binnen redelijke termijn is geschonden. Onder omstandigheden kan een procedure die lang duurt nodig zijn omdat er diverse procedurele acties (moeten) worden ondernomen. Maar in de procedure voor het Constitutionele Hof geschiedde er zo'n vier jaar lang niets aantoonbaars in dat kader; er werd geen openbare hoorzitting belegd, er was niet de noodzaak om een deskundigenrapportage te verkrijgen of oordelen van andere autoriteiten of derden, andere procedurele stappen werden evenmin genomen en van raadkamersessies of dergelijke overleggen bleek evenmin iets.

7. Zoals ik aangaf aan het begin van deze annotatie, wisten de rechters van het Hof geen consensus te bereiken. In hun *joint dissenting opinion* stellen rechters Koskelo en Eicke zich op het standpunt dat klager niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard, omdat aan de zesmaandenregel noch aan de eis van uitputting van alle nationale rechtsmiddelen van art. 35 EVRM zou zijn voldaan. Wanneer een, in hun ogen, kansloze rechtsgang openstaat, is de uitspraak in die rechtsgang niet van belang voor de berekening van de zesmaandentermijn. Rechters Koskelo en Eicke stellen dat de bij de civiele rechters ('commercial courts') gestarte actie evident geen kans van slagen had. Beiden bestrijden niet dat in adequate rechtsbescherming moet worden voorzien ingeval van beperking of ontneming van eigendom. Maar, benadrukken zij, 'both time and legal certainty are very much of the essence.' Zij onderkennen dat het Kroatische rechtsregime onvolkomenheden kende, ook ten aanzien van de rechtsbeschermingsmogelijkheden, ten tijde van de herstructureringsoperaties. Dat echter sommige van de initiële aandeelhouders hun toevlucht hebben gezocht tot kansloze '... "surrogate" remedies' is hen kennelijk een doorn in het oog.

8. Wat daar ook van zij, het hier becommentarieerde arrest van het Hof benadrukt toch primair het volgende. Zekere beperkingen van de controle die een rechterlijke instantie kan uitoefenen op een bestuurlijke beslissing zijn aanvaardbaar. Het arrest beklemtoont evenwel vooral dat die beperkingen er niet op mogen neerkomen dat rechterlijke instanties zich geheel verlaten op een beoordeling die het bestuur, *in casu* de regering, heeft gegeven. Het blijft van essentieel belang dat een klager bij een rechterlijke instantie met 'full jurisdiction' als bedoeld in art. 6 EVRM het oordeel van het bestuur kan betwisten. Ontbreekt de mogelijkheid een geschil aan een rechterlijke instantie met een dergelijke bevoegdheid van 'full jurisdiction' voor te leggen, dan mankeert het welbeschouwd aan een door art. 6 EVRM voorgeschreven toegang tot de rechter.

A.M.L. Jansen

[1] *Batinović and Point Trade d.o.o. t. Kroatie*, EHRM 10 juli 2007, nr. 30426/03, ECLI:CE:ECHR:2020:1119JUD000192014.

[2] Vgl. ook Miriam Allena & Francesco Goisis, “Full Jurisdiction” Under Article 6 ECHR: Hans Kelsen v. the Principle of Separation of Powers’, *European Public Law*, 2020, p. 287–306 en P.-J. van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven), 2019.

[3] Zie *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*, EHRM 23 september 1982, nr. 7151/75, ECLI:CE:ECHR:1982:000JUD000715175.

[4] Zoals *Terra Woningen BV t. Nederland*, EHRM 17 december 1996, nr. 20641/92, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD002064192, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 617 en *Bryan t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 19178/91, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891.

[5] Zie ook *Miryana Petrova t. Bulgarije*, EHRM 21 juli 2016, nr. 57148/08, ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD005714808 en *Sabev t. Bulgarije*, EHRM 19 juli 2018, nr. 43503/08, ECLI:CE:ECHR:2018:0719JUD004350308, «EHRC» 2018/224 m.nt. Jansen.

[6] P.-J. van de Weyer, *Vereiste van volle rechtsmacht in de zin van art. 6 EVRM in bestuursrechtelijke geschillen* (diss. Leuven), 2019.

[7] Vgl. ook *Posti and Rahko t. Finland*, EHRM 24 september 2002, nr. 27824/95, ECLI:CE:ECHR:2002:0924JUD002782495, «EHRC» 2002/93 m.nt. Claes.