



Voorlopige juridische analyse van het arrest van de Hoge Raad d.d. 26 januari 2018 inzake Stichting Fair Huur c.s./Staat der Nederlanden.

“The Court reiterates that State control over levels of rent falls into a sphere that is subject to a wide margin of appreciation by the State, and its application may often cause significant reductions in the amount of rent chargeable. Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit (...)”

EHRM 30 juli 2015 inzake Zammit/ Malta, nr. 1046/12, par 62.

Inhoudsopgave

1.	Samenvatting	3
2.	Inhoud en verloop van de procedure.....	5
3.	Juridische analyse en kritiekpunten	6
3.1	Inleiding	6
3.2	EHRM-jurisprudentie slechts zeer gedeeltelijk en selectief behandeld.....	6
3.3	Centraal standpunt van SFH genegeerd en SFH heeft nooit een winstgarantie geëist	7
	3.3.1 Theoretisch kader: een absolute, gematigde of relativistische theorie.....	7
	3.3.2 'In-beginsel'-stelling van SFH niet besproken, maar niet-aangevoerde stellingen wel.	8
3.4	Gebruik van een meerderheidsnorm die niet voorkomt in EHRM-rechtspraak	10
3.5	Betekenis van de 'minimal profit'-citaten ten onrechte 'weggerelativeerd'.	11
3.6	In beginsel-stelling niet weerlegd door te wijzen op andere omstandigheden.	13
3.7	Onjuiste interpretatie en/of toepassing van het bewustheidsaspect.....	14
3.8	Overige punten van kritiek	16
4.	Conclusie(s).....	17
5.	Disclaimer	18

1. Samenvatting

Op 26 januari 2018 heeft de Hoge Raad het cassatieberoep van Stichting Fair huur voor verhuurders (hierna: SFH) helaas afgewezen. Hoewel SFH rekening hield met deze mogelijkheid, stelt dit arrest toch teleur. Ondanks onze uitgebreide processtukken en lange reeks aan heldere argumenten, is het arrest bijzonder kort en inhoudelijk ook zeer voor discussie vatbaar.

Kortgezegd overweegt de Hoge Raad dat uit de EHRM-rechtspraak blijkt dat het *enkele feit* dat er geen winst is geen strijd oplevert met het eigendomsrecht uit art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: art. 1 EP). De Hoge Raad meent dat daar ook andere omstandigheden voor nodig zijn, zoals de omstandigheid dat de verhuurder onvrijwillig tot verhuur is overgegaan. Onbevredigend is dat de Hoge Raad hierbij geen blijk geeft van een grondige analyse van de (recente) rechtspraak van het EHRM, zoals SFH wel heeft gedaan en uitgebreid in de processtukken heeft toegelicht.

Het overgrote deel van de door SFH aangevoerde cassatieklachten is genegeerd (circa 80% is niet inhoudelijk besproken). Ook is een groot deel van de door SFH aangevoerde EHRM-rechtspraak niet door de Hoge Raad behandeld (circa 75% is onbesproken gebleven). Deze omstandigheden doen volgens SFH afbreuk aan de overtuigingskracht van de uitspraak van de Hoge Raad.

Eveneens is het centrale standpunt van SFH, dat een eigenaar/verhuurder *in beginsel* recht heeft op een redelijke winst, inhoudelijk onbesproken gelaten. Daarentegen wordt er in het arrest (wel) ingegaan op stellingen die nimmer door SFH zijn aangevoerd, zoals dat artikel 1 EP 'geen garantie' op winst zou meebrengen. Het is zeer onbevredigend (en juridisch onjuist) dat het centrale standpunt van SFH is genegeerd, terwijl niet door SFH verdedigde standpunten wel zijn behandeld.

Daarnaast wordt er in het arrest een zogenaamde 'meerderheidsregel' gehanteerd die niet voorkomt in de EHRM-rechtspraak (kortgezegd: dat het eigendomsrecht niet is geschonden, omdat niet *in de meerderheid van de gevallen* sprake is van verlies of onvoldoende winst). Daar komt bij dat SFH een verklaring voor recht heeft geëist – kortgezegd dat eigenaren/verhuurders in beginsel recht hebben op een decent profit – en voor het antwoord op die vraag is het bestaan van een eventuele meerderheid van gevallen totaal niet relevant, althans mag de voorgelegde rechtsvraag niet om die reden uit de weg worden gegaan. Het gaat immers om de vraag naar de juridische norm, die niet onbeantwoord had mogen blijven vanwege een al dan niet aangetoonde kwantitatieve feitelijkheid. Dat die geïntroduceerde meerderheidsnorm niet voorkomt in de EHRM-rechtspraak is bovendien ook zeer goed te verklaren. Anders zou huur(prijs)wetgeving die in 49% van de gevallen leidt tot verlies of onvoldoende winst, nooit in strijd kunnen zijn met art. 1 EP.

Ook wordt er (impliciet) ontkend dat art. 1 EP voor eigenaren/verhuurders een aanspraak geeft op een redelijke winst. Zo is er in het arrest getracht om de betekenis van de – steeds in de EHRM-rechtspraak terugkerende – norm "(...) *may not lead to (...) minimal profit*" af te zwakken, door te verwijzen naar de woorden "such situations" die in (slechts) 1 van de 4 aangevoerde citaten voorkomen. Deze woorden komen echter in de andere aangevoerde citaten helemaal niet voor en die ongeclausuleerde en herhaalde citaten hebben onmiskenbaar wel de algemene strekking dat art. 1 EP meebrengt dat een eigenaar/verhuurder in beginsel recht heeft op een redelijke winst.

De Hoge Raad overweegt eveneens dat het recht op een redelijke winst niet zou bestaan, omdat het EHRM ook *andere omstandigheden* toetst. Dat is onjuist en is bovendien gebaseerd op een redeneerfout waarop in de procedure al meermaals is gewezen: een toetsing van alle omstandigheden sluit het bestaan van een uitgangspunt niet uit; het EHRM toetst alle omstandigheden en hanteert daarbij tegelijkertijd óók het uitgangspunt dat een verhuurder – ondanks het bestaan van huur(prijs)wetgeving – een redelijke winst moet kunnen verkrijgen.

Voorts wordt in het arrest de indruk gewekt dat eigenaren/verhuurders zich bewust waren (of hadden moeten zijn) van de wettelijke regels toen zij verhuurder werden, zonder daarbij inhoudelijk in te gaan op de toepasselijke EHRM-rechtspraak, noch op onze bewijsstukken waaruit blijkt dat de overheid bij de introductie van het wettelijke systeem expliciet een redelijke verwachting heeft gewekt op een redelijke winst, en bovendien was het destijds niet te voorzien dat er decennialang sprake zou zijn van inflatievolgend huurbeleid en toenemende kosten en belastingen. Aan deze relevante punten wordt in het arrest ten onrechte geheel voorbij gegaan.

Verder valt op dat de klacht van SFH die betrekking had op het verschil tussen de gereguleerde huur en de markthuurl is genegeerd. SFH heeft met een ingebracht CBP-rapport aangetoond dat het verschil tussen de gereguleerde huur en de markthuurl in Nederland circa 50% bedraagt, maar het Gerechtshof heeft dit verschil ten onrechte gekwalificeerd als zou dit 'niet uitzonderlijk groot' zijn. Die beoordeling is niet in overeenstemming met EHRM-rechtspraak en aan de cassatieklacht van SFH op dit punt is ten onrechte – ongemotiveerd – voorbij gegaan. In de EHRM-rechtspraak zijn arresten te vinden waarin een verschil van bijvoorbeeld 50-75% in strijd met het eigendomsrecht werd geoordeeld. In verband hiermee vindt SFH het zeer opmerkelijk dat stellingen waarvan de feiten wel zijn aangetoond – zoals het betreffende verschil van 50% – onbehandeld worden gelaten, terwijl andere stellingen waarvan de feiten niet zouden zijn aangetoond wel worden behandeld.

Bovendien heeft SFH erover geklaagd dat het Gerechtshof had geoordeeld dat er in de EHRM-rechtspraak “*geen steun*” zou zijn te vinden voor de stelling(en) van SFH, maar die steun is er evident wel. Zo is ook in de nieuwste editie van het gezaghebbende handboek Asser huurrecht 2017 – waarvan de auteurs rechter in het Gerechtshof respectievelijk bij de Hoge Raad zijn – sinds kort expliciet opgenomen dat eigenaren/verhuurders aanspraak hebben op een ‘decent profit’:

“Het EHRM erkent dat eigenaren/verhuurders aanspraak hebben op een ‘decent profit’ uit hun eigendommen. (...) In laatstgenoemde uitspraken wordt overwogen dat reguleringsmaatregelen door de Staat (...) niet mogen leiden tot ‘results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit’.” (pag. 154).

SFH is ervan overtuigd dat de Hoge Raad het cassatieberoep ten onrechte niet heeft gehonoreerd. Een nadere analyse van het arrest treft u in de hiernavolgende paragrafen aan.

2. Inhoud en verloop van de procedure

Op 26 januari 2018 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak van SFH tegen de Staat en het cassatieberoep van SFH verworpen. In deze procedure heeft SFH zich vooral gebaseerd op art. 1 EP. Het verloop en de inhoud van de procedure worden hieronder op samengevatte wijze besproken.

Het cassatieberoep was gericht tegen het arrest van het Gerechtshof Den Haag d.d. 5 juli 2016. Op 5 oktober 2016 bracht SFH een dagvaarding uit waarin tien middelen van cassatie waren opgenomen (23 pagina's). Samengevat werden door SFH de navolgende cassatiemiddelen aangevoerd:

- 1) De EHRM-rechtspraak biedt wél steun aan de 'decent profit'-opvatting van SFH;
- 2) SFH heeft niet gesteld dat 'het enkele feit' dat decent profit onmogelijk is, in strijd is met art. 1 EP, maar heeft gesteld dat dit wel 'in beginsel' zo is (als uitgangspunt);
- 3) Uit de EHRM rechtspraak kan wel een andere conclusie worden getrokken dan die van het hof;
- 4) Het is niet van doorslaggevend belang of de verhuurders wisten van de wettelijke beperkingen;
- 5) Een 'decent profit' moet uit verhuur te realiseren zijn (zonder verkoop);
- 6) Het is wél van belang om een vergelijking te maken tussen de situatie waarin sprake is van huur(prijs)regulering en de situatie waarin die regulering niet van toepassing is;
- 7) Het hof heeft niet (goed) gemotiveerd waarom zij een verschil van 50% tussen de gereguleerde huur en de markthuur 'geen uitzonderlijk groot verschil' acht;
- 8) De verhuurder is niet (aanzienlijk) vrij bij de vraag aan wie hij mag verhuren;
- 9) De (tweede) eiswijziging – kortweg inhoudende dat een verhuurder recht heeft op een decent profit, althans op meer dan minimal profit, althans op break-even, althans geen verlies – is ten onrechte buiten beschouwing gelaten door het hof;
- 10) Elk oordeel van het hof dat voortbouwt op het voorgaande (1-9) is onjuist.

Op 6 januari 2017 diende de Staat een schriftelijke conclusie in, inhoudende dat het beroep van SFH moest worden verworpen (1 pagina). Op 12 april 2017 diende SFH een toelichting in waarin de cassatiemiddelen werden toegelicht (43 pagina's). Op 12 april diende de Staat haar toelichting in waarin de cassatiemiddelen werden betwist (35 pagina's). Op 17 mei 2017 diende SFH een repliek in (10 pagina's) en diende de Staat een dupliek in (6 pagina's). Op 17 november 2017 verscheen de conclusie van AG-Wissink, waarin werd geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep (24 pagina's). Op 1 december reageerde SFH op deze conclusie door indiening van een borgersbrief (6 pagina's). Vervolgens wees de Hoge Raad op 26 januari 2018 arrest in de zaak van SFH (4 pagina's).

In rechtsoverweging 3.1 t/m 3.3 wordt eerst besproken welke vordering SFH heeft ingesteld, dat de rechtbank deze vordering heeft afgewezen en dat het gerechtshof het vonnis van de rechtbank heeft bekrachtigd en daarbij, kortgezegd, heeft geoordeeld dat "*niet is aangetoond*" dat het wettelijke systeem in strijd is met het eigendomsrecht. Daarna wordt in rechtsoverweging 3.4 en 3.5 besproken dat het betoog van SFH dat er geen 'fair balance' bestaat ongegrond is, kort samengevat, omdat niet duidelijk zou zijn gemaakt dat het wettelijke systeem als regel of in de meerderheid van de gevallen leidt tot verlies of het ontbreken van een redelijke of minimale winst, en daarnaast ook niet duidelijk is op welke andere grond er geen 'fair balance' zou zijn getroffen. Tegen de achtergrond hiervan concludeert de Hoge Raad dat de cassatiemiddelen 1 en 3 niet opgaan.

Hierop volgend gaat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6.1 t/m 3.6.3 "*ten overvloede*" in op de betekenis van enkele EHRM-arresten waarop SFH zich heeft beroepen. Zo worden in rechtsoverweging 3.6.1 de Nobel-beslissing en de arresten Almeida Ferreira/Portugal en Zammit/Malta aangehaald. Ook worden in rechtsoverweging 3.6.2 de arresten Statileo/Kroatië en Rudolfer/Slowakije besproken. Tevens wordt in rechtsoverweging 3.6.3 een conclusie over 'andere' EHRM-rechtspraak getrokken.

Daarna wordt in rechtsoverweging 3.7 – zonder enige motivering en met verwijzing naar art. 81 lid 1 Ro – geconcludeerd dat de overige klachten van SFH niet tot cassatie leiden. Aldus worden de cassatiemiddelen 2 en 4 t/m 10 van SFH ongemotiveerd en zonder inhoudelijke bespreking terzijde geschoven. Vervolgens wordt in het arrest geconcludeerd dat het cassatieberoep wordt verworpen.

3. Juridische analyse en kritiekpunten

3.1 Inleiding

SFH heeft het betreffende arrest van de Hoge Raad d.d. 26 januari 2018 bestudeerd en juridisch advies ingewonnen. Hieruit blijkt dat het betreffende arrest om meerdere redenen niet in overeenstemming met de EHRM-rechtspraak en derhalve niet juist is. In het hiernavolgende worden de verschillende punten van kritiek in willekeurige volgorde besproken.

3.2 EHRM-jurisprudentie slechts zeer gedeeltelijk en selectief behandeld

In het onderhavige arrest wordt slechts zeer gedeeltelijk en op selectieve wijze ingegaan op de door SFH aangevoerde EHRM-jurisprudentie. SFH heeft zich in de procedure beroepen op een reeks van ten minste 25 EHRM-arresten¹, maar het overgrote deel van deze aangevoerde EHRM-jurisprudentie wordt door de Hoge Raad onbesproken gelaten. Ook heeft SFH in de uitgebreide processtukken de ontwikkelingen in de EHRM-rechtspraak nauwkeurig geanalyseerd en beschreven. In het arrest van de Hoge Raad is er echter geen sprake van een enige beschrijving van deze ontwikkelingen, noch is er sprake van een diepgaande analyse van de betekenis van deze rechtspraak.²

Daarnaast wordt de wel behandelde EHRM-rechtspraak enkel summier besproken. Zo wordt het arrest Statileo/Kroatië – dat circa 39 pagina's omvat – in slechts 5 zinnen behandeld. In dit arrest is o.a. expliciet uitgemaakt dat lidstaten huurprijzen weliswaar mogen inperken, maar dat dit niet mag leiden tot huurprijzen die enkel een minimale winst toestaan. Zonder in te gaan op de vele argumenten die door SFH zijn aangevoerd, wordt deze passage van het EHRM door de Hoge Raad weggeschreven als slechts 'een van de omstandigheden'. Eveneens wordt het arrest Rudolfer/Slowakije in slechts 2 zinnen afgedaan. Uit dit arrest blijkt o.a. dat het EHRM het verschil tussen de gereguleerde huurprijs en de markthuur als beoordelingscriterium hanteert en dat er, ondanks een gereguleerde huurprijs die correspondeerde met circa 50-74% van de markthuur, toch sprake was van schending van het eigendomsrecht uit art. 1 EP. Ook de betekenis van dit arrest wordt door de Hoge Raad in slechts circa

¹ 1. Arrest d.d. 22 februari 2005 inzake Hutten-Czapska/Polen; 2. Arrest d.d. 19 juni 2006 inzake Hutten-Czapska/Polen; 3. Arrest d.d. 26 september 2006 inzake Ghigo/Malta; 4. Arrest d.d. 26 september 2006 inzake Fleri Soler/Malta; 5. Arrest d.d. 24 oktober 2006 inzake Edwards/Malta; 6. Arrest d.d. 21 december 2006 inzake Radanovic/Kroatië; 7. Arrest d.d. 27 november 2007 inzake Urbarska/Slowakije; 8. Arrest d.d. 15 september 2009 inzake Amato Gauci/Malta; 9. Arrest d.d. 21 december 2010 inzake Almeida Ferreira/Portugal; 10. Arrest d.d. 5 april 2011 inzake Gera de Petri/Malta; 11. Arrest d.d. 12 juni 2012 inzake Lindheim/Noorwegen; 12. Beslissing d.d. 2 juli 2013 inzake Nobel/Nederland; 13. Arrest d.d. 28 januari 2014 inzake Bitto/Slowakije; 14. Arrest d.d. 10 juli 2014 inzake Statileo/Kroatië; 15. Arrest d.d. 11 december 2014 inzake Anthony Aquilina/Malta; 16. Arrest d.d. 30 juli 2015 inzake Zammit/Malta; 17. Arrest d.d. 5 juli 2016 inzake Bukovanov/Slowakije; 18. Arrest d.d. 5 juli 2016 Krahulec/Slowakije; 19. Arrest d.d. 5 juli 2016 Rudolfer/Slowakije; 20. Arrest d.d. 30 augustus 2016 inzake Montanarao Gauci/Malta; 21. Arrest d.d. 30 augustus 2016 inzake Apap Bologna/Malta; 22. Arrest d.d. 10 januari 2017 inzake Riedel/Slowakije; 23. Arrest d.d. 10 januari 2017 inzake Meciar/Slowakije; 24. Arrest d.d. 27 juni 2017 inzake Matuschka/Slowakije; 25. Arrest d.d. 27 juni 2017 inzake Balan/Slowakije; 26. Arrest vd.d. 27 juni 2017 inzake Bajzik/Slowakije

² Voor zover in de conclusie van AG-Wissink wel sprake is van een (meer) uitgebreide bespreking van EHRM-jurisprudentie, geldt dat die bespreking fundamenteel is betwist in de borgersbrief van SFH. Een belangrijk argument daarbij is dat de AG de stellingen van SFH niet juist heeft weergegeven, zodat zijn bespreking feitelijke grondslag mist. De Hoge Raad gaat in het onderhavige arrest ook niet (kenbaar) in op de verschillende aspecten die de kern van de discussie raken en geeft evenmin argumenten voor zijn interpretatie van bepaalde EHRM-arresten of -passages.

2 zinnen gemarginaliseerd. Voorts wordt er – in het kader van de vraag in hoeverre een verhuurder zich bewust was van de wettelijke beperkingen die van toepassing waren – enkel terloops verwezen naar de arresten Almeida/Portugal en Zammit/Malta en voor de arresten Bitto/Slowakije en Bajzik/Slowakije geldt ook dat zij enkel kort worden aangestipt. Verder wordt de (vermeende) betekenis van de beslissing van het EHRM in de zaak Nobel/Nederland in slechts 7 zinnen uiteengezet, zonder daarbij in te gaan op het overgrote deel van de argumenten van SFH waaruit o.a. blijkt dat het belang van deze bewijsrechtelijke niet-ontvankelijkheidsbeslissing gering is ('low importance').

Uit het voorgaande volgt dat de aangevoerde EHRM-jurisprudentie slechts zeer gedeeltelijk, summier en selectief is behandeld. Gedeeltelijk omdat de Hoge Raad slechts enkele arresten bespreekt en daarmee een groot deel van de aangevoerde EHRM-arresten onbesproken laat. Summier omdat in het arrest louter enkele zinnen worden gewijd aan de betreffende EHRM-jurisprudentie en uitgebreide analyses ontbreken. Selectief omdat bepaalde passages worden uitgelicht – die jegens SFH negatief worden uitgelegd – en aan deze passages vervolgens een 'algemene strekking' wordt gegeven. Dit alles doet volgens SFH afbreuk aan de overtuigingskrach van het arrest d.d. 26 januari 2018.

3.3 Centraal standpunt van SFH genegeerd en SFH heeft nooit een winstgarantie geëist

3.3.1 Theoretisch kader: een absolute, gematigde of relativistische theorie

Het voorgaande kritiekpunt was kwantitatief van aard, maar ook op kwalitatief vlak blijkt er het nodige mis te zijn. Een belangrijke centrale stelling van SFH is namelijk genegeerd, terwijl er vervolgens wel is ingegaan op stellingen die helemaal niet door SFH zijn aangevoerd. In het arrest d.d. 26 januari 2018 is namelijk de centrale stelling van SFH dat er *in beginsel* aanspraak bestaat op een decent profit onjuist weergegeven of besproken, zodat het arrest op dit punt feitelijke grondslag mist. Om dit kritiekpunt beter te begrijpen is het nodig om de juridische discussie eerst in een theoretisch kader te plaatsen.

In de procedure is sprake van een complex en genuanceerd discussiepunt over de vraag naar het 'gewicht' van het recht op een *decent profit* en de daaraan verbonden vraag wat de consequentie zou moeten zijn indien die redelijke winst door regelgeving ontbreekt. In de onderhavige procedure zijn er drie theorieën te ontwaren. De eerste theorie is absoluut van karakter en houdt, kort samengevat, in dat het recht op winst absoluut is en dat daar geen afbreuk aan mag worden gedaan, zodat het ontbreken van winst altijd tot schending van het recht op eigendomsrecht leidt. In deze theorie is aldus sprake van een bepaalde *garantie* op een decent profit. De tweede theorie is gematigd van karakter en houdt, kort samengevat, in dat een eigenaar in beginsel – dus *in principe* – aanspraak heeft op een *decent profit* en dat dit recht een uitgangspunt vormt, dat enerzijds niet absoluut is en waaraan onder bepaalde omstandigheden afbreuk mag worden gedaan, maar anderzijds ook niet zonder betekenis is. De derde theorie is relativistisch van karakter en houdt kortgezegd in dat een eigenaar weliswaar een (theoretische) aanspraak op een *decent profit* heeft, maar dat deze aanspraak slechts één van de omstandigheden is die meeweegt in de beoordeling, zodat deze aanspraak op een redelijke winst (in de praktijk) in een afweging van de verschillende omstandigheden geheel teniet wordt of kan worden gedaan.

In de procedure zijn meermaals – ten onrechte – stellingen aan SFH toegeschreven die uitgingen van een absolute theorie van het eigendomsrecht. Zo werd door de Staat – geheel ten onrechte – gesteld dat SFH een garantie op winst zou eisen, ondanks dat SFH in haar processtukken expliciet had opgenomen: "*Er bestaat derhalve vanzelfsprekend geen absoluut recht of garantie op winst*". Ook werd in rechtsoverweging 5.2 van het arrest van het Gerechtshof aan SFH toegeschreven dat zij zou hebben betoogd dat "*het enkele feit*" dat een redelijke winst ontbreekt "*reeds meebrengt*" dat het

eigendomsrecht is geschonden. Een dergelijke absolute visie op het eigendomsrecht heeft SFH echter nooit verkondigd, zodat in cassatie daar ook uitgebreid door SFH over is geklaagd.

In de procedure is SFH daarentegen uitgegaan van een gematigde theorie van het eigendomsrecht, omdat SFH namelijk (slechts) een uitgangspunt heeft verdedigd en in lijn hiermee heeft gesteld dat *in beginsel* de fair balance ontbreekt als een eigenaar als gevolg van regulering door de Staat geen decent profit kan realiseren.³ Een belangrijk argument voor de juistheid van deze theorie is volgens SFH te vinden in de navolgende – herhaalde en ongeclausuleerde – overweging van het EHRM:

“The Court reiterates that State control over levels of rent falls into a sphere that is subject to a wide margin of appreciation by the State, and its application may often cause significant reductions in the amount of rent chargeable. Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit”

De Staat deelde de gematigde theorie van SFH echter niet en zij verdedigde een relativistische theorie van het eigendomsrecht, welke visie er kortweg op neerkomt dat het uitgangspunt van een aanspraak op een ‘decent profit’ niet bestaat en dat de vraag of er sprake is van een ‘decent profit’ slechts één van de aspecten is waarop moet worden gelet (deze relativistische theorie is welbeschouwd echter niet in overeenstemming met de norm die het EHRM hanteert in het voorgenoemde citaat).

Tegen de achtergrond van dit driedelige theoretische kader wordt in de volgende paragraaf ingegaan op de verschillende verwijzingen naar het eigendomsrecht in het onderhavige arrest.

3.3.2 ‘In-beginsel’-stelling van SFH niet besproken, maar niet-aangevoerde stellingen wel.

In het arrest d.d. 26 januari 2018 wordt de centrale stellingen van SFH over de aanspraak op een ‘decent profit’ foutief weergegeven en/of besproken. Anders geformuleerd wordt de – gematigde – centrale stelling van SFH dat er *‘in beginsel’* een aanspraak op een decent profit bestaat niet inhoudelijk besproken (laat staan weerlegd) en wordt er in het arrest vervolgens wel ingegaan op – absolute – stellingen die geenszins door SFH zijn ingenomen. In zoverre mist de betreffende bespreking feitelijke grondslag en gaat deze langs het – gematigde – betoog van SFH. Hieronder wordt dit toegelicht:

In rechtsoverweging 3.4 is opgenomen dat SFH het navolgende heeft betoogd:

“(…) dat de omstandigheid dat Nederlandse regelgeving tot gevolg heeft dat verhuurders van woonruimte (kunnen) worden geconfronteerd met verlies dan wel het ontbreken van een decent of minimal profit, meebrengt dat de wetgever *in beginsel* geen fair balance heeft getroffen (…).”

Uit het gebruik van de woorden ‘in beginsel’ blijkt dat de Hoge Raad in deze rechtsoverweging een gematigde theorie van het eigendomsrecht aan SFH toeschrijft. Op deze plaats in het arrest is er in zoverre dus sprake van een juiste weergave van het standpunt van SFH.

In rechtsoverweging 3.6.1 van het arrest wordt vervolgens echter impliciet uitgegaan van een andere theorie (dan die door SFH is aangevoerd). Aldaar wordt namelijk geconcludeerd dat de *“enkele omstandigheid”* dat de huuropbrengst onvoldoende is om de exploitatiekosten te dekken, niet leidt tot schending van art. 1 EP. SFH heeft echter nooit gesteld dat die ‘enkele omstandigheid’ automatisch leidt tot schending van het eigendomsrecht. SFH heeft immers enkel gesteld dat er ‘in beginsel’ een

³ Zie bijvoorbeeld randnummer 2 van de cassatiedagvaarding van SFH: “Hetgeen Fair Huur c.s. gesteld hebben in MvG-§§ 43, 45 en 46, laat zich namelijk niet anders verstaan, dan dat Fair Huur c.s. betoogd hebben dat de EHRM-rechtspraak inhoudt dat „(in beginsel)”, „in beginsel” of „zeer specifieke uitzonderingssituaties daargelaten” geldt dat die fair balance ontbreekt als de eigenaar van verhuurde woonruimte (als gevolg van regulering door de Staat) geen decent profit kan realiseren.”.

aanspraak bestaat op een 'decent profit'. In deze rechtsoverweging bespreekt en weerlegt de Hoge Raad derhalve een – absolute – stelling die niet door SFH is ingenomen.

In rechtsoverweging 3.6.2 gebeurt hetzelfde en wordt ook impliciet en ten onrechte uitgegaan van een absolute theorie. Op deze plaats wordt namelijk geconcludeerd dat uit de EHRM-rechtspraak niet kan worden afgeleid dat een verhuurder “*steeds*” aanspraak kan maken op een decent profit. SFH heeft echter nooit gesteld dat een verhuurder ‘steeds’ (d.w.z. altijd) recht heeft op een decent profit. SFH heeft immers slechts gesteld dat er ‘in beginsel’ een aanspraak bestaat op een ‘decent profit’. Ook hier bespreekt en weerlegt de Hoge Raad derhalve een – absolute – stelling die niet door SFH is ingenomen.

Voorts wordt in rechtsoverweging 3.6.3 ook uitgegaan van een andere stelling – en onderliggende theorie – dan degene die door SFH is aangevoerd. In deze rechtsoverweging wordt namelijk geconcludeerd dat uit andere EHRM-rechtspraak ook *niet* blijkt dat art. 1 EP “*ongeacht de overige omstandigheden*” een verhuurder van woonruimte steeds of in beginsel een decent profit of een minimal profit “*garandeert*.”, terwijl SFH zoets nimmer heeft aangevoerd. SFH heeft nergens in haar processtukken gesteld dat er ‘ongeacht overige omstandigheden’ een aanspraak op een decent profit zou bestaan. SFH heeft, kortgezegd, gesteld dat een eigenaar ‘in beginsel’ aanspraak heeft op een decent profit en die – in het juridisch jargon veel voorkomende – formulering houdt ruimte voor het meewegen van overige relevante omstandigheden. Eveneens heeft SFH nimmer gesteld dat er sprake zou zijn van een bepaalde ‘garantie’. SFH heeft juist specifiek afstand genomen van de suggestie dat zij een garantie zou eisen.⁴ Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad ook in rechtsoverweging 3.6.3 een – absolute – stelling bespreekt en weerlegt die niet door SFH is aangevoerd.

Aldus is duidelijk dat de Hoge Raad niet (daadwerkelijk) inhoudelijk is ingegaan op de stelling van SFH dat er ‘*in beginsel*’ een aanspraak op een decent profit bestaat. Ook blijkt dat de conclusies die de Hoge Raad wel heeft getrokken compleet langs het betoog van SFH gaan.

Bovendien heeft SFH in de procedure meermaals *erkend* dat het EHRM alle omstandigheden van het geval in aanmerking neemt. Dat is niet meer dan logisch en wordt door SFH ook niet betwist. Die erkenning – dat alle relevante omstandigheden worden meegenomen bij de beoordeling – sluit echter niet uit dat er bij deze toetsing sprake is van een uitgangspunt, namelijk dat een verhuurder *in beginsel* aanspraak heeft op een decent profit. Anders geformuleerd: het in beginsel-standpunt van SFH wordt niet weerlegd door erop te wijzen dat er door het EHRM op *alle omstandigheden* wordt gelet, omdat een omstandighedentoetsing een uitgangspunt niet uitsluit (zij kunnen naast elkaar bestaan).

Eveneens is er sprake van een innerlijke tegenstrijdigheid – een *contradictio in terminis* – wanneer er in rechtsoverweging 3.6.3 wordt geconcludeerd dat het EHRM niet de koers volgt dat art. 1 EP een verhuurder “*in beginsel*” een minimal of decent profit “*garandeert*”. Het gebruik van de term garantie impliceert namelijk dat de bedoelde winst wordt gegarandeerd en derhalve ‘altijd’ aanwezig dient te zijn, terwijl de terminologie “*in beginsel*” geen garantie omvat en slechts een uitgangspunt aanduidt.

Voorts is er in rechtsoverweging 3.6.3 sprake van een onjuiste ‘overtreffende trap’. In de eerste zin wordt immers gesproken over een ‘decent (...) of zelfs minimal profit’, terwijl een minimale winst geen overtreffende trap van een redelijke winst is. Een minimale winst is bijvoorbeeld 2% van het geïnvesteerde vermogen, terwijl bij een redelijke winst eerder aan 5% moet worden gedacht. De huidige formulering wekt de indruk dat er aldus ook sprake is van een schrijf- of redeneerfout.

⁴ Bijvoorbeeld heeft SFH in randnummer 71 van de Schriftelijke Toelichting gesteld: “*Overigens betogen Fair Huur c.s. niet dat de overheid ervoor zou moeten zorgdragen voor dat iedere verhuurder een decent profit gegarandeerd krijgt (...)*”.

3.4 Gebruik van een meerderheidsnorm die niet voorkomt in EHRM-rechtspraak

In het voorafgaande arrest d.d. 5 juli 2016 introduceerde het Gerechtshof in rechtsoverweging 5.12 o.a. een 'meerderheidsnorm' die in de EHRM-rechtspraak tot op heden niet voorkomt:

"Fair Huur c.s. hebben met name op geen enkele manier onderbouwd of aannemelijk gemaakt dat het wettelijke systeem als zodanig tot gevolg heeft dat particuliere verhuurders in de sociale sector als regel of in de meerderheid van de gevallen al dan niet structureel verlies lijden, geen decent profit of minimal profit ontvangen, dan wel in een situatie verkeren dat gesproken moet worden van een individual and excessive burden."

De Hoge Raad gaat in rechtsoverweging 3.5 – al dan niet impliciet – mee in het hanteren van deze meerderheidsnorm en verbindt er ten onrechte ook vergaande conclusies aan. Volgens de Hoge Raad is er, door het ontbreken van deze informatie of een klacht op dit punt, in het cassatiemiddel niet duidelijk gemaakt "*op welke grond*" de wetgever op regelgevingsniveau geen fair balance zou hebben getroffen. Volgens de Hoge Raad zijn de cassatiemiddelen 1 en 3 "*reeds*" om die reden ongegrond.

Deze redenering is om meerdere redenen niet juist. Zo heeft SFH in de betreffende procedure een verklaring voor recht geëist – kortgezegd dat eigenaren/verhuurders in beginsel recht hebben op een decent profit – en voor het antwoord op die vraag is een eventuele *feitelijke* meerderheid totaal niet relevant. Het betreft hier immers de vraag naar de *juridische norm*, die niet genegeerd had mogen worden vanwege een al dan niet aangetoonde *feitelijkheid*. Anders gezegd, heeft de Hoge Raad ten onrechte géén antwoord gegeven op de gevraagde verklaring voor recht.

Daarnaast komt deze, door het Haagse Gerechtshof geconstrueerde, 'meerderheidsnorm' in de EHRM-rechtspraak nergens voor. SFH heeft meer dan 25 EHRM-arresten aangevoerd, maar in géén van die arresten stelde het EHRM de voorwaarde dat er sprake diende te zijn van een bepaalde meerderheid. In haar borgersbrief heeft SFH hier ook specifiek op gewezen en de Hoge Raad is ten onrechte aan dit op het EVRM-gebaseerde argument voorbij gegaan:

"Bovendien stelt het EHRM bij de beoordeling en herhaaldelijke onrechtmatigverklaring van wettelijke huurrechtstelsels - anders dan het hof - ook niet als feitelijke voorwaarde dat het stelsel „ als regel of in de meerderheid" tot gevolg heeft dat er bij eigenaren sprake is van structureel verlies, het ontbreken van een decent of minimal profit, dan wel een individuele en buitensporige last."

Dat die norm niet voorkomt in de EHRM-rechtspraak is ook goed te verklaren, omdat een stelsel anders blijkbaar in circa 49% van de gevallen, althans in een zeer groot aantal situaties, wel zou mogen leiden tot verlies (of onvoldoende winst). Een dergelijke meerderheidsnorm zou een zeer groot deel van de bevolking van een lidstaat niet beschermen, omdat er (nog) geen sprake is van een meerderheid?

Uit de EHRM-rechtspraak blijkt, in tegendeel, dat stelsels in strijd kunnen zijn met het eigendomsrecht zonder dat er sprake is van een meerderheidstoetsing. De betreffende meerderheidseis had derhalve niet gesteld mogen worden.

Zoals herhaaldelijk in de procedure uiteengezet, acht SFH het wettelijke stelsel in strijd met art. 1 EP, vanwege de navolgende, mede in onderlinge samenhang te beschouwen, redenen:

- i) het wettelijk stelsel houdt nergens (kenbaar) rekening met de EVRM-aanspraak op een decent profit die een verhuurder in beginsel heeft;
- ii) het wettelijk stelsel houdt nergens (kenbaar) rekening met de kosten van de verhuurder (als een eigenaar een decent profit haalt, is dat niet dankzij maar ondanks het systeem);
- iii) het wettelijke stelsel staat slechts éénmaal per jaar een beperkte huurverhoging toe en heeft eeuwigdurende eerbiedigende werking voor oude huurovereenkomsten, als gevolg waarvan huurprijzen bij 'huurveteranen' vele decennia (te) laag blijven;

- iv) door het wettelijk stelsel is er – aantoonbaar en onbetwist – sprake van een verschil van circa 50% tussen de gereguleerde huur en de markthuur;
- v) bij introductie van het stelsel heeft de Nederlandse overheid – in officiële documentatie – een redelijke verwachting op graduele liberalisatie en/of een redelijke winst gewekt;
- vi) de ‘spelregels’ van het stelsel zijn tussentijds gewijzigd en verhuurders zijn onverwacht geconfronteerd met inflatievolgend huurbeleid en toenemende belastingen;
- vii) de Nederlandse rechtspraak erkent tot op heden niet (kenbaar) dat een verhuurder in beginsel een aanspraak op een decent profit heeft.

De onderhavige procedure van SFH is ook gevoerd namens procespartij Stichting Hippos. Die stichting heeft medio 2015 een procedure gevoerd over een concrete verhuursituatie en in dit kader heeft het Gerechtshof enerzijds vastgesteld dat Hippos geen redelijke winst kon maken, maar anderzijds daaraan geen belang gehecht en niet geconcludeerd tot schending van art. 1 EP. Dit voorbeeld toont glashelder aan dat (het uitgangspunt van) het recht op een decent profit in de Nederlandse rechtspraak niet wordt erkend.

De voorgaande opsomming maakt tevens duidelijk dat er in de onderhavige procedure wel degelijk (meerdere) ‘andere’ gronden zijn aangevoerd op grond waarvan het stelsel als geheel, of althans op onderdelen, in strijd is met art. 1 EP. Het feit dat noch wetgeving, noch rechtspraak het recht op een decent profit (kenbaar) meeweegt en/of erkend, is volgens SFH al voldoende. En hoe dan ook had de Hoge Raad de gevraagde verklaring voor recht niet onbeantwoord mogen laten.

Overigens is het opzichzelfstaand wel juist dat SFH geen bewijs heeft aangevoerd waaruit zoiets blijkt als dat het wettelijke systeem ‘als regel of in de meerderheid’ leidt tot verlies of het ontbreken van winst, maar dat is door SFH tot op heden ook nooit gepretendeerd. Hiervoor zou een grootschalig wetenschappelijk onderzoek naar de effecten van het totale wettelijke stelsel op alle verhuurders moeten worden uitgevoerd. Een dergelijk onderzoek is tot op heden nog niet beschikbaar.⁵

3.5 Betekenis van de ‘minimal profit’-citaten ten onrechte ‘weggerelativeerd’.

In rechtsoverweging 3.6.2 overweegt de Hoge Raad dat uit de EHRM-rechtspraak niet blijkt dat een verhuurder altijd aanspraak kan maken op een minimal of decent profit, omdat het EHRM een toetsing op basis van *alle omstandigheden* uitvoert. Die betreffende stelling is door SFH nimmer als zodanig ingenomen (zie par. 3.3). Uit de argumentatie die de Hoge Raad in verband hiermee aanvoert blijkt echter ook dat het uitgangspunt van een ‘decent profit’ ten onrechte niet wordt erkend. Zo relateert het EHRM de betekenis van de ‘minimal profit’-passage uit het arrest Statileo/Kroatië als volgt:

“Zo overweegt het EHRM in Statileo/Kroatië (...) weliswaar “[i]n particular, the exercise of State discretion in such situations may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit”, maar uit de verwijzing naar ‘such situations’ volgt reeds dat het EHRM doelt op situaties die vergelijkbaar zijn met het geval dat in die zaak ter beoordeling voorlag.”

Uit “such situations” volgt volgens de Hoge Raad dat het betreffende ‘minimal profit’-citaat enkel betekenis heeft voor ‘vergelijkbare’ situaties. Die woorden komen echter in de andere door SFH aangevoerde ‘minimal profit’-citaten geenszins voor. Immers overwoog het EHRM d.d. 15 september 2009 in de zaak Amato Gauci/Malta, het volgende zonder enige contextuele inperking of relativering:

“The Court considers that, State control over levels of rent falls into a sphere subject to a wide margin of appreciation by the State and its application may often cause significant reductions in the amount of

⁵ SFH meent dat de Nederlandse overheid een dergelijk onderzoek onafhankelijk zou moeten laten uitvoeren. De overheid maakt immers inbreuk op het eigendomsrecht en dient daarvan o.a. de proportionaliteit te laten onderzoeken.

rent chargeable (...). Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit.”

Eveneens overwoog op 11 december 2014 in een ander arrest nogmaals:

“The Court considers that State control over levels of rent falls into a sphere subject to a wide margin of appreciation by the State, and its application may often cause significant reductions in the amount of rent chargeable (...). Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit (...).”⁶

En ook op 30 juli 2015 overwoog het EHRM, zonder enige contextuele inperking of relativering:

“The Court reiterates that State control over levels of rent falls into a sphere that is subject to a wide margin of appreciation by the State, and its application may often cause significant reductions in the amount of rent chargeable. Nevertheless, this may not lead to results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit (...).”⁷

Met de term “*this*” wordt onmiskenbaar terugverwezen naar de staatscontrole over huurprijzen die in de voorafgaande zin is aangeduid. Die controle-uitoefening mag – aldus het EHRM – echter niet leiden tot evident onredelijke resultaten, zoals huurprijsniveaus die enkel een minimale winst toestaan. De gekozen formulering bevat geen inperking tot slechts enkele of bepaalde situaties, maar wijst erop dat het EHRM hier een (meer) algemene norm introduceert of zelfs herhaalt die voor alle lidstaten geldt.⁸

In rechtsoverweging 3.6.2 wordt getracht om de betekenis van de aangevoerde ‘minimal profit’-passages oppervlakkig weg te schrijven met het argument dat dit gekoppeld zou zijn aan “*such situations*”, zodat deze overweging slechts op bepaalde situaties zou zien. De woorden ‘such situations’ komen in de andere drie – boven geciteerde – citaten echter helemaal niet voor (dus in 75% van de aangevoerde bronnen niet). Voor die andere passages en met name voor de passage waarin het EHRM de toepasselijke norm zelfs expliciet herhaalt geldt derhalve dat deze niet slechts een tot het voorliggende geval beperkte betekenis hebben. Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad dit ‘context’-argument van de Staat ongemotiveerd overneemt, omdat SFH hierover reeds had geklaagd:

“Uit de inmiddels bestendige jurisprudentie waarnaar in casu wordt verwezen blijkt duidelijk en expliciet dat het EHRM de appreciatiemarge in het kader van art. 1 EP begrenst en dat die marge niet mag leiden tot evident onredelijke resultaten zoals huurprijzen die slechts een minimale winst toestaan. Het EHRM heeft die rechtsregel niet (kenbaar) genuanceerd of ingeperkt tot een enkel in de betreffende omstandigheden van het voorliggende geval geldende rechtsregel. Voorts wordt er door de Staat slechts ingegaan op één ‘Nevertheless’-citaat en zijn de overige drie citaten derhalve niet ‘weggerelativeerd’ door een vermeende ingeperkte contextuele betekenis.”

Eveneens heeft SFH nogmaals op dit aspect gewezen in haar borgersbrief d.d. 1 december 2017:

“Voorts wordt voornoemd ‘enkele feit’-standpunt door het hof in row. 5.3 en 5.4 verworpen (mede) met het argument dat „[steeds {...}] ook andere omstandigheden ” een rol speelden. Daarmee miskent het hof evenwel dat een ‘in beginsel’-stelling (althans een daarin vervat uitgangspunt) als zodanig niet, laat staan zonder méér, weerlegd kan worden door te wijzen op (andere) omstandigheden die ook een rol speelden in de EHRM-rechtspraak.”

Uit de voorgaande bespreking volgt dat de Hoge Raad deze laatste twee passages heeft genegeerd, althans (impliciet) stelling heeft ingenomen in een fundamentele discussie tussen SFH en de Staat

⁶ EHRM 11 december 2014 inzake Anthony Aquilina t. Malta (3851/12), randnummer 63.

⁷ EHRM 30 juli 2015 inzake Zammit & Attaard Cassar t. Malta (1046/12), randnummer 62.

⁸ Zie ook: www.fairhuurvoorverhuurders.nl/files/classaction/Fair-Huur-Akte-uitlating-producties-tevens-MvA-incidenteel-appel-15-september-2015-publicatieversie.pdf

zonder dat daarbij sprake is van een onderbouwing, althans zonder in te gaan op het argumenten van SFH dat er slechts één citaat is waarin wordt verwezen naar 'such situations', evenals dat een toetsing van alle omstandigheden het bestaan van een 'minimal profit'-norm niet uitsluit.

Uit de formulering van (tenminste 3 van de 4) 'minimal profit'-citaten blijkt onmiskenbaar dat er sprake is van een algemene rechtsregel en dat een eigenaar/verhuurder in beginsel aanspraak heeft op een decent profit. Een rechtsregel die derhalve ook op de Nederlandse situatie van toepassing is. Deze door het EHRM geformuleerde norm van (meer dan) een 'minimal profit' is ten onrechte niet erkend door de Hoge Raad. Op dit punt is derhalve sprake van een onjuist oordeel.

Bovendien, zelfs als de Hoge Raad volledig gelijk zou hebben dat decent profit slechts één van de omstandigheden zou zijn die moet worden meegewogen, dan nog heeft SFH een terecht punt in deze procedure, omdat namelijk die omstandigheid in de Nederlandse rechtspraak en wetgeving tot op heden ten onrechte niet (kenbaar) wordt meegewogen. Reeds om die reden had de Hoge Raad het cassatieberoep moeten toewijzen.

3.6 In beginsel-stelling niet weerlegd door te wijzen op andere omstandigheden.

In rechtsoverweging 3.6.2 van het onderhavige arrest miskent de Hoge Raad de (in beginsel) aanspraak op een decent profit door te overwegen dat er steeds op alle omstandigheden moet worden gelet:

"Uit deze rechtspraak kan echter niet worden afgeleid dat het EHRM van oordeel is dat de verhuurder van woonruimte (...) aanspraak kan maken op een decent profit of zelfs een minimal profit. De overwegingen over het niveau van de winst die de verhuurder behaalt, maakten in deze uitspraken van het EHRM immers steeds deel uit van een toetsing op basis van alle omstandigheden van het voorliggende geval."

Op dit punt is er echter sprake van een redeneerfout. SFH heeft immers nimmer ontkend dat het EHRM alle omstandigheden zou toetsen. Sterker nog, SFH heeft in de processtukken op herhaaldelijk erkend dat het EHRM op alle relevante omstandigheden let. Daarmee is echter het bestaan van de 'decent profit'-norm echter niet weerlegd. Hieromtrent merkte SFH in haar Replik reeds het navolgende op:

"Uiteraard let het EHRM bij een beoordeling in het kader van art. 1 EP wel steeds op alle relevante feiten en omstandigheden, maar die beoordeling sluit niet (automatisch) uit dat er 'dus' geen doorslaggevende factoren resp. (onder)grenzen zouden bestaan die leiden tot de conclusie dat art. 1 EP is geschonden. Een beoordeling van alle relevante feiten en omstandigheden enerzijds en een ondergrens van meer dan een minimale resp. redelijke winst anderzijds, sluiten elkaar daarom niet uit. De Staat maakt op dit punt derhalve een (impliciete) redeneerfout."⁹

En ook in de borgersbrief heeft SFH haar stellingname c.q. argument herhaald:

"Volgens CPG-§ 5.12 „wijst" het arrest Bittó/Slowakije „erop" dat het bij de (...) vermelde EHRM-rechtspraak niet zou gaan om een 'harde ondergrens'. Dat is (...) evenwel een redeneerfout. Het één sluit het ander immers niet uit. Onmiskenbaar formuleert het EHRM ongeclauseerd een (in beginsel-) ondergrens - „may not lead to {...} amounts of rent allowing only a minimal profit" - bij zijn bespreking van het toetsingskader van art. 1 EP in de betreffende jurisprudentie. (...). Het EHRM neemt nu eenmaal (vrijwel) altijd de omstandigheden van het geval in acht, wat uiteraard niet 'dus' meebrengt dat er nimmer sprake zou kunnen zijn van bepaalde (in beginsel')grenzen/normen in de EHRM-rechtspraak. Onjuist is de (impliciete) premisse waarmee de CPG werkt dat een juridische norm niet zou bestaan om de (enkele) reden dat er ook op andere omstandigheden gelet moet worden. (...) De EHRM-rechtspraak is niet anders te verstaan, dan dat er (in beginsel) een ondergrens geldt - die het EHRM zelf verder niet

⁹ Randnummer 3 van de Replik zijdens SFH.

(kenbaar) nuanceert - en daaraan doet niet af dat het EHRM intussen óók (lees: daarnaast) andere omstandigheden in zijn oordeelsvorming betreft.”

Kortgezegd, is de door SFH aangevoerde stelling dat een eigenaar/verhuurder in beginsel een aanspraak heeft op een decent profit aldus niet weerlegd, althans niet inhoudelijk besproken. Ook op dit punt is de Hoge Raad ten onrechte voorbijgegaan aan de stellingen c.q. argumenten van SFH.

3.7 Onjuiste interpretatie en/of toepassing van het bewustheidsaspect

Uit rechtsoverweging 3.6.1 blijkt dat de Hoge Raad (relatief) veel gewicht toe lijkt te kennen aan het gestelde ontbreken van overheidsdwang en aan de omstandigheid dat de verhuurder zich, toen hij verhuurder werd, bewust moet zijn geweest van de geldende wettelijke beperkingen.

Deze aannames zijn evenwel om meerdere redenen niet juist. Vooropgesteld zij dat een verhuurder geen woningen leeg mag laten staan omdat dit anders wordt beboet door de gemeente, zodat de aannahme van vrijwilligheid niet juist is. Daarnaast is het EHRM ook in situaties waarin geen sprake was van overheidsdwang tot de conclusie gekomen dat er sprake was van een schending van het eigendomsrecht door overheidsregulering. Eveneens is er bij SFH geen sprake geweest van de bedoelde bewustheid, zowel omdat de overheid bij invoering van de regels expliciet een redelijke verwachting op een graduele liberalisatie en/of een redelijk rendement heeft gewekt, alsook omdat de ‘spelregels’ tijdens het spel ingrijpend zijn gewijzigd, onder andere door decennia van inflatievolgend huurbeleid en door introductie van (verhoogde) belastingen. Deze aspecten zijn in de procedure reeds uitvoerig toegelicht en onderbouwd.

Voorts dient de factor ‘bewustheid’ genuanceerd te worden geïnterpreteerd en te worden gezien als een uitzondering die *in principe* niets afdoet aan het uitgangspunt van het (in beginsel) recht op een decent profit. Recent nog is het EHRM uitgebreid ingegaan op het aspect van ‘bewustheid’ van restricties bij aankoop van een pand. Volgens de betreffende Staat had de koper door deze bewustheid als het ware afstand gedaan van zijn rechten en kunnen de betreffende wettelijke restricties om die reden niet worden ‘verweten’ aan de Staat. De Staat stelt aldus dat deze klagers niet-ontvankelijk zouden moeten zijn en voert hiervoor o.a. de volgende argumentatie aan:

“42. The Government argued that the present case was considerably different from the case *Amato Gauci* (cited above) since in that case the owner of the property had been forced into a unilateral lease, while in the present case the applicants had acquired a property which had already been subject to an existing lease of which they had had full knowledge. Thus, unlike in the present case, in that case it had been unforeseeable that an emphyteutical concession would have been converted into a lease. (...)”

Het EHRM wijst die redenering echter af, zoals blijkt uit de onderstaande – vrij vertaalde en beknopt weergegeven – passages:

44. Het EHRM heeft voorheen geoordeeld dat als een koper van ‘property’ zich bewust is van restricties, dat die koper die omstandigheden dan niet kan tegenwerpen aan de overheid. Dit geldt in het bijzonder als er niet over is geklaagd dat de koper een legitieme reden had om te verwachten dat betreffende restricties op enig moment zouden verdwijnen. Echter, het EHRM heeft niet uitgesloten dat er ook situaties zijn waarin een bewuste koper wel kan klagen, namelijk als kan worden gezegd dat die restricties zelf onrechtmatig zijn.

45. Meer specifiek heeft het EHRM in de context van ‘lease agreements’ bepaald dat er sprake was van een inmenging in het eigendomsrecht omdat nationale rechters bepaalde ingestelde verzoeken niet honoreerden, ondanks dat de kopers zich bij aankoop bewust waren geweest van de restricties. Echter,

werd aan deze bewustheid wel doorslaggevend gewicht toegekend bij de beoordeling van de proportionaliteit van de inmenging.

46. Eveneens heeft het EHRM in de zaak R&L overwogen dat kopers, die zich bewust waren van de wettelijke restricties en het feit dat die restricties mogelijk in strijd met het EVRM waren, ook onder de bescherming van het eigendomsrecht vielen. De huurprijs was namelijk gebaseerd op de wettelijke maxima en kon niet worden verhoogd anders dan wettelijk bepaald. Ook waren zij niet vrij om de huurovereenkomst te beëindigen. Volgens het EHRM kon niet worden gezegd dat de klagers afstand van hun rechten hadden gedaan, kortgezegd omdat de klagers namelijk geen afstand kunnen doen van een recht dat zij nooit hebben gehad.

47. In de meer recente zaak *Zammit* ging het om een situatie waarin de voorganger/erflater van de klager medio 1971 een huurovereenkomst was aangegaan terwijl hij zich bewust was van de beperkingen, waaronder de onmogelijkheid om de huur te verhogen of de huurovereenkomst te beëindigen, maar ook die situatie was volgen het EHRM een inmenging in het eigendomsrecht. Het EHRM oordeelde namelijk dat die persoon, op dat moment, redelijkerwijze geen duidelijk idee kon hebben gehad van de inflatie van de vastgoedprijzen in de decennia daarna. Eveneens had de erfgenaam geen andere opties dan de wettelijke procedures, die hem geen oplossing boden. Ook ten aanzien van deze klager concludeerde het EHRM dat niet kon worden gezegd dat zij afstand zouden hebben gedaan van hun eigendomsrecht of hun recht om te klagen.

48. Ten aanzien van de onderhavige klacht, overweegt het EHRM o.a. dat het weliswaar zo is dat de klagers bewust een gereguleerde huurovereenkomst zijn aangegaan in 1988, maar dat zij niet konden voorzien in welke mate er sprake zou zijn van prijsinflaties in de volgende decennia. Toen de discrepantie tussen de gereguleerde huur en de markthuurlen 'evident' werd, konden zij niets doen dan gebruik maken van procedures die geen oplossing boden. Ook overweegt het EHRM dat zij de huurprijs niet konden verhogen en de huurovereenkomst niet konden beëindigen, zodat niet kan worden gezegd dat zij in dit opzicht afstand van enige rechten zouden hebben gedaan.

Kort samengevat blijkt hieruit dat een klager *wel degelijk* mag klagen bij het EHRM in de situatie waarin sprake is van het kopen van een pand of het afsluiten van een huurovereenkomst, terwijl de betreffende eigenaar/verhuurder zich (gesteld) bewust is van de wettelijke restricties. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen in het geval waarin de betreffende restricties zelf in strijd zijn met het eigendomsrecht. Dan kan er dus wel worden geklaagd over een inbreuk op het eigendomsrecht. Ook kan zich dit voordoen in het geval waarin de betreffende persoon een legitieme verwachting had dat de betreffende restricties na verloop van tijden zouden verdwijnen; dan kan er eveneens worden geklaagd over een inbreuk op het eigendomsrecht. In dit verband hiermee wordt erop gewezen dat SFH in de procedure heeft laten zien dat er door de overheid een redelijke verwachting op (geleidelijke) liberalisatie, althans op een redelijke winst, is gewekt. Eveneens kan er worden geklaagd in het geval waarin er sprake is van toekomstige omstandigheden die op het moment van de koop of ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst niet konden worden voorzien, zoals bij prijsinflaties van vastgoed tijdens volgende decennia. Ook dan kan er worden geklaagd over een inbreuk op het eigendomsrecht. In verband hiermee wordt erop gewezen dat er in de onderhavige procedure sprake is van diverse omstandigheden die redelijkerwijze niet konden worden voorzien, zoals decennia van inflatievolgend huurbeleid, toenemende belastingen, enz. Uiteindelijk beoordeelt het EHRM de proportionaliteit van de inmenging in het eigendomsrecht van de klagers, die bij aankoop van het pand in 1988 de volle wetenschap hadden van de wettelijke restricties. Niettemin, concludeert het EHRM dat het eigendomsrecht van hen is geschonden door het betreffende systeem van huur(prijzen)recht.

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad (veel) te veel gewicht heeft toegekend aan de aangenomen aspecten overheidsdwang en bewustheid van restricties. Ook blijkt dat de Hoge Raad in de betreffende rechtsoverweging onvoldoende diepgaand heeft getoetst, omdat er in het arrest namelijk helemaal nergens is ingegaan op de aspecten waarop het EHRM in deze context let, zoals de vraag welke verwachtingen er eerder zijn gewekt, alsook de vraag of de huidige situatie wel te voorzien was.

3.8 Overige punten van kritiek

Allereerst wordt er op gewezen dat de Hoge Raad de aangevoerde middelen 2 en 4 t/m 10 inhoudelijk helemaal niet heeft behandeld. Een groot deel van de discussie en aangevoerde argumenten is daarmee sowieso onbehandeld gebleven. Zo is bijvoorbeeld geheel onbehandeld gebleven de kort samengevatte klacht van SFH dat er enerzijds – door het ingebrachte CBP-rapport – (onbetwist) is aangetoond dat het verschil tussen de gereguleerde huur en de markthuurl in Nederland circa 50% bedraagt, maar dat anderzijds het Gerechtshof dit verschil ten onrechte heeft gekwalificeerd als ‘niet een uitzonderlijk groot verschil’, terwijl dit niet in lijn is met de EHRM-jurisprudentie.

Uit rechtsoverweging 3.5 blijkt voorts dat de aangevoerde klachten (primair) worden afgewezen omdat bepaalde feiten niet zouden zijn aangetoond, althans daarover niet zou zijn geklaagd. Hieruit volgt dat (ook) dit arrest overwegend om bewijsrechtelijke redenen is afgewezen. Daarmee is echter niet gezegd dat SFH ongelijk heeft als zij zich op het principiële standpunt stelt dat een verhuurder in beginsel een aanspraak heeft op een decent profit. Het arrest wekt de indruk dat de vraag naar de (on)juistheid van die stelling is ontweken. Ook acht SFH het zeer opmerkelijk dat stellingen waarvan de feiten wel zijn aangetoond – zoals het verschil van 50% met de markthuurl – onbehandeld worden gelaten, terwijl stellingen waarvan de feiten niet zouden zijn aangetoond wel worden behandeld.

Het Hof had gesteld dat er ‘geen steun’ zou zijn te vinden, maar die is er evident wel. Zo is in de nieuwste editie van het gezaghebbende handboek Asser huurrecht 2017 – waarvan de auteurs rechter in het Gerechtshof respectievelijk bij de Hoge Raad zijn – sinds kort expliciet opgenomen dat eigenaren/verhuurders aanspraak hebben op een ‘decent profit’:

“Het EHRM erkent dat eigenaren/verhuurders aanspraak hebben op een ‘decent profit’ uit hun eigendommen. (...) In laatstgenoemde uitspraken wordt overwogen dat reguleringsmaatregelen door de Staat (...) niet mogen leiden tot ‘results which are manifestly unreasonable, such as amounts of rent allowing only a minimal profit.’” (p. 154).

Steun voor de opvatting van SFH was derhalve wel degelijk te vinden in de EHRM-rechtspraak en ook op dit punt had de Hoge Raad het cassatieberoep dienen toe te wijzen. In het onderhavige arrest is een principiële erkenning van het (in beginsel) recht op een decent profit evenwel niet terug te vinden, althans wordt dit recht op een redelijke winst vergaand ‘weggerelativeerd’ als zou dit aspect niet meer zijn dan slechts een van de vele omstandigheden.

4. Conclusie(s)

Teneinde niet onnodig in herhaling te vallen, worden hieronder de conclusies van deze analyse zeer beknopt weergegeven. Voor de volledigheid zij terugverwezen naar hetgeen hiervoor is beschreven.

SFH kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het arrest op meerdere punten onjuistheden bevat en dat de Hoge Raad om de hete brij is heengelopen. De overgrote meerderheid van de aangevoerde cassatieklachten en EHRM-rechtspraak is volledig onbehandeld gebleven.

Zo heeft de Hoge Raad de centrale stelling van SFH dat een verhuurder *in beginsel* aanspraak heeft op een decent profit niet inhoudelijk behandeld, terwijl de meerderheid van de aangevoerde EHRM-citaten op dit punt heel duidelijk zijn. Op dit punt is sprake van een evidente misslag.

Eveneens heeft de Hoge Raad de tweede centrale stelling van SFH ontweken (met een beroep op art. 81 Ro), door helemaal niet in te gaan op het door SFH ingebrachte cassatiemiddel waarin werd uiteengezet dat het verschil met de markthuur – dat in Nederland aantoonbaar circa 50% bedraagt – in het kader van een beroep op art. 1 EP moet worden beoordeeld én bovendien dat dit verschil niet te groot mag zijn. Op dit punt is er eveneens sprake van een onjuistheid.

Al met al is er sprake van een onbevredigend arrest, nu de Hoge Raad geen blijk heeft gegeven van een grondige analyse van de (recente) rechtspraak van het EHRM, zoals SFH wel heeft gedaan.

5. Disclaimer

Dit document bevat informatie die niet alleen bedoeld is voor onze deelnemers en het brede publiek, maar ook voor juristen, advocaten, rechters, onderzoekers, journalisten, enzovoorts. Een van de doelen van dit document is om voor de deelnemers aan onze acties en andere geïnteresseerden een beeld te schetsen van de procedure die SFH heeft gevoerd tegen de Staat der Nederlanden. Een ander doel is om juridische professionals te ondersteunen als zij het arrest van de Hoge Raad willen bestuderen en eventueel kritisch tegen het licht willen houden. Vanwege de aard van de procedure is er op onderdelen (helaas) sprake van complexe en genuanceerde discussiepunten. Ook ontkomt SFH niet aan het gebruik van vakjargon.

Overigens bevat dit document enkel een voorlopige analyse en de inhoud hiervan kan op elk moment worden gewijzigd of aangevuld. SFH pretendeert eveneens niet om volledig te zijn in deze analyse en SFH staat open voor inhoudelijke feedback, aanvullingen of correcties. Verder geldt dit document weliswaar met de zorgvuldigheid is samengesteld, maar dat het toch mogelijk is dat er op onderdelen sprake is van schrijffouten of onvolkomenheden. Voorts wordt dit document onder voorbehoud van alle rechten en wettelijke bepalingen gepubliceerd. Ook kunnen er door derden geen rechten aan worden ontleend. Verder hopen wij uiteraard dat deze analyse inhoudelijk van toegevoegde waarde is.

Tot slot is SFH er akkoord mee als er met een bronverwijzing naar SFH, delen uit deze publicatie worden overgenomen in processtukken, literatuur, artikelen, annotaties, etc.