



Universiteit
Leiden
The Netherlands

EHRM 24 juli 2003, Karner/Oostenrijk
Gerards, J.H.

Citation

Gerards, J. H. (2003). EHRM 24 juli 2003, Karner/Oostenrijk. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3868>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3868>

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

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

24 juli 2003, 40016/98.

(Rozakis (President))

Lorenzen

Bonello

Vajic

Botoucharova

Zagrebelsky

Grabenwarter (rechter ad hoc))

Noot Gerards

Karner

tegen

Oostenrijk

Ontvankelijkheid; Overleden klager als "victim"; Ongerechtvaardigd onderscheid op grond van seksuele geaardheid; "Very weighty reasons"-test.

[EVRM art. 37 lid 1, art. 14 jo. 8, art. 41]

Klager woonde sinds 1989 samen met W., met wie hij een homoseksuele relatie onderhield. W. was geregistreerd als huurder van de flat waarin zij samenwoonden. In 1993 ontwikkelde W. aids, waaraan hij in 1994 overleed; klager werd door hem als erfgenaam aangewezen. Klager bleef na het overlijden van W. in de door W. gehuurde flat wonen. In 1995 startte de eigenaar van de flat een procedure jegens klager tot beëindiging van de huur: volgens de eigenaar had klager geen recht om W. op te volgen in de huur van de flat. In eerste aanleg werd zijn eis tot huurbeëindiging verworpen. Volgens het Bezirksgericht was de bepaling die het recht op opvolging in het huurcontract garandeerde aan een familielid of "life companion" van de overledene ook van toepassing bij een homoseksuele relatie. In hoger beroep werd dit oordeel bevestigd, maar uiteindelijk besloot het Oberster Gerichtshof tot beëindiging van de huur. Volgens dit gerecht moest de notie van "life companion" worden begrepen zoals deze bedoeld was toen zij in de wet werd opgenomen. Nu de term in 1974 duidelijk niet ook personen van hetzelfde geslacht omvatte, vallen homoseksuele samenlevingsrelaties niet onder de bescherming van de wet. Klager stelde naar aanleiding van dit oordeel een procedure in bij het Hof, maar overleed hangende de procedure. Hoewel er op dat

moment geen erfgenamen bekend waren die klagers procedure voor het Hof zouden kunnen/willen voortzetten, verzocht klagers advocaat de zaak niet van de rol te schrappen.

Ten aanzien van zijn rechtsmacht oordeelt het Hof dat de klager weliswaar is overleden en er geen verwanten waren die de zaak zouden kunnen voortzetten, maar dat dit niet automatisch betekent dat een zaak van de rol moet worden geschrapt. In gevallen als het onderhavige is de zaak niet beperkt tot de bescherming van de rechten van het individu, maar gaat het om een belangrijke kwestie van algemeen belang. In dergelijke gevallen vergt het respect voor de door de Conventie beschermde grondrechten een voortzetting van de procedure.

In casu is duidelijk sprake van een ongelijke behandeling die het recht op respect voor de woning raakt, zoals beschermd door art. 8 EVRM. Nu klager niet kon worden aangemerkt als "life companion", enkel en alleen vanwege zijn seksuele oriëntatie, en hem daardoor de mogelijkheid tot voortzetting van de huur van W.'s flat is ontzegd, kan bovendien worden gesproken van een ongelijke behandeling op grond van seksuele oriëntatie in de zin van art. 14 EVRM. Een dergelijke ongelijke behandeling is alleen toelaatbaar wanneer daarvoor een zeer zwaarwegende rechtvaardiging bestaat. De bescherming van het gezin in de traditionele zin van het woord vormt in beginsel een zwaarwegende en legitieme reden die een zeker verschil in ongelijke behandeling kan rechtvaardigen. Aangevoerd is echter niet dat het ter verwezenlijking van dit doel noodzakelijk is om samenwonende personen van gelijk geslacht uit te sluiten van de mogelijkheid hun partner na diens overlijden op te volgen in zijn rechten als huurder. Schending van art. 14 EVRM.

The law**I. Jurisdiction of the Court**

20. The Government requested that the application be struck out of the list of cases in accordance with Article 37 1 of the Convention, since the applicant had died and there were no heirs who wished to pursue the application.

21. The applicant's counsel emphasised that the case involved an important issue of Austrian law and that respect for human rights required its continued examination, in accordance with

Article 37 1 *in fine*. Article 37 1 of the Convention reads as follows:

“1. The Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of its list of cases where the circumstances lead to the conclusion that

(a) the applicant does not intend to pursue his application; or

(b) the matter has been resolved; or

(c) for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.

However, the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires.”

22. The Court notes that in a number of cases in which an applicant died in the course of the proceedings it has taken into account the statements of the applicant’s heirs or of close family members expressing the wish to pursue the proceedings before the Court (see, among other authorities, *Deweert v. Belgium*, judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, pp. 19-20, 37-38; *X. v. the United Kingdom*, judgment of 5 November 1981, Series A no. 46, p. 15, 32; *Vocaturo v. Italy*, judgment of 24 May 1991, Series A no. 206-C, p. 29, 2; *G. v. Italy*, judgment of 27 February 1992, Series A no. 228-F, p. 65, 2; *Pandolfelli and Palumbo v. Italy*, judgment of 27 February 1992, Series A no. 231-B, p. 16, 2; *X. v. France*, judgment of 31 March 1992, Series A no. 234-C, p. 89, 26; and *Raimondo v. Italy*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 281-A, p. 8, 2).

23. On the other hand, it has been the Court’s practice to strike applications out of the list of cases in the absence of any heir or close relative who has expressed the wish to pursue an application (see *Scherer v. Switzerland*, judgment of 25 March 1994, Series A no. 287, 31; *Öhlinger v. Austria*, no. 21444/93, Commission’s report of 14 January 1997, 15; *Malhous v. Czech Republic* (dec.), no. 33071/96, ECHR 2001-XII). Thus, the Court has to determine whether the application in the present case should also be struck out of the list. In formulating an appropriate answer to this question, the object and purpose of the Convention system as such must be taken into account.

24. The Court reiterates that, while Article 33 (former Article 24) allows each Contracting State to refer to the Court (Commission) “any alleged breach” of the Convention by another Contracting State, a person, non-governmental organisation or group of individuals must, in order to be able to lodge a petition in pursuance of Article 34 (former Article 25), claim “to be the victim of a violation (...) of the rights set forth in the Convention or the protocols

thereto”. Thus, in contrast to the position under Article 33 - where, subject to the other conditions laid down, the general interest attaching to the observance of the Convention renders admissible an inter-State application - Article 34 requires that an individual applicant should claim to have been actually affected by the violation he alleges (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, pp. 90-91, 239-240; and *Klass and Others v. Germany*, judgment of 6 September 1976, Series A no. 28, p. 18, 33). Article 34 does not institute for individuals a kind of *actio popularis* for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain against a law *in abstracto* simply because they feel that it contravenes the Convention (see *Norris v. Ireland*, judgment of 26 October 1988, Series A no. 142, p. 16, 31; and *Sanles Sanles v. Spain* (dec.), no. 48335/99, 26 October 2000).

25. While under Article 34 of the Convention the existence of a “victim of a violation”, that is to say, an individual applicant who is personally affected by an alleged violation of a Convention right, is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion, this criterion cannot be applied in a rigid, mechanical and inflexible way throughout the whole proceedings. As a rule, and in particular in cases which primarily involve pecuniary, and, for this reason, transferable claims, the existence of other persons to whom that claim is transferred is an important criterion, but cannot be the only one. As the Court pointed out in the case of *Malhous v. Czech Republic*, human-rights cases before the Court generally also have a moral dimension, which must be taken into account when considering whether the examination of an application after the applicant’s death should be continued. All the more so, if the main issue raised by the case transcends the person and the interests of the applicant (*Malhous* (dec.), cited above).

26. The Court has repeatedly stated that its “judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties” (see *Ireland v. United Kingdom*, cited above, p. 62, 154; and *Guzzardi v. Italy*, judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 31, 86). Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending

human-rights jurisprudence throughout the community of Convention States.

27. The Court considers that the subject matter of the present application - the difference in treatment of homosexuals as regards succession to tenancies under Austrian law - involves an important question of general interest not only for Austria but also for other Member States of the Convention. In this respect the Court refers to the submissions made by ILGA-Europe, Liberty and Stonewall, whose intervention in the proceedings as third parties was authorised as it highlights the general importance of the issue. Thus, the continued examination of the present application would contribute to elucidate, safeguard and develop the standards of protection under the Convention.

28. In these particular circumstances, the Court finds that respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires a continuation of the examination of the case (cf. Article 37 1 *in fine*) and accordingly rejects the Government's request for the application to be struck out of its list.

II. Alleged violation of Article 14, taken together with Article 8 of the Convention

29. The applicant claimed to have been a victim of discrimination on the ground of his sexual orientation in that the Supreme Court, in its decision of 5 December 1996, had denied him the status of "life companion" of the late Mr W., within the meaning of Section 14 of the Rent Act, thereby preventing him from succeeding W.'s tenancy. He invoked Article 14 of the Convention, taken together with Article 8, which in so far as relevant, provide as follows:

Article 14

"The enjoyment of the rights and freedoms set forth in [the] Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."

Article 8

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life [and] his home (...)
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society (...) for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

A. Applicability of Article 14 of the Convention

30. The applicant submitted that the subject matter fell within the scope of Article 8 1 as regards the elements of private life, family life and home.

31. The Government, referring to the case of *Röösli v. Germany* (no. 28318/95, Commission decision of 15 May 1996, D.R. 85, p. 149), submitted that the subject matter of the present case did not come within the ambit of Article 8 1 as regards the elements of "private and family life". The issue whether it came within the ambit of the "home" element could be left open because, in any event, there had been no breach of Article 14, read in conjunction with Article 8 of the Convention.

32. The Court reiterates that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to the "rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions, and to this extent it is autonomous, there can be no room for its application unless the facts of the case fall within the ambit of one or more of the latter (see *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports* 1998-II, 22).

33. The Court has to consider whether the subject matter of the present case falls within the ambit of Article 8. The Court does not find it necessary to determine the notions of "private life" or "family life" because, in any event, the applicant's complaint relates to the manner in which the alleged difference in treatment adversely affects the enjoyment of his right to respect for his home guaranteed under Article 8 of the Convention (see *Larkos v. Cyprus*, no. 29515/95, 28, ECHR 1999-I). The applicant had been living in the flat that had been let to Mr W. and if it had not been for his sex, or rather, sexual orientation, he could have been accepted as a life companion entitled to succeed to the lease, pursuant to Section 14 of the Rent Act.

Therefore, Article 14 of the Convention applies.

B. Compliance with Article 14, taken together with Article 8

34. The applicant submitted that Section 14 of the Rent Act aimed at providing surviving cohabitantes with social and financial protection from homelessness but did not pursue any family- or socio-political aims. That being so, there was no justification for the difference in treatment of homosexual and heterosexual partners. Accordingly he had been the victim of

discrimination on the ground of his sexual orientation.

35. The Government accepted that in respect of succession to the tenancy the applicant had been treated differently on the ground of his sexual orientation. They maintained that that difference in treatment had an objective and reasonable justification, as the aim of the relevant provision of the Rent Act had been the protection of the traditional family.

36. ILGA-Europe, Liberty and Stonewall submitted as third party interveners that a strong justification was required when the ground for a distinction was sex or sexual orientation. They pointed out that a growing number of national courts in European and other democratic societies require equal treatment of unmarried different-sex partners and unmarried same-sex partners, and that that view is supported by recommendations and legislation of European institutions, such as Protocol No. 12 to the Convention, recommendations by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE, Recommendations 1470 [2000] and 1474 [2000]), the European Parliament (EP; 'Resolution on equal rights for gays and lesbians in the EC, OJ C 61, 28 February 1994, p. 40; 'Resolution on respect for human rights in the European Union 1998-1999', A5-0050/00, 57, 16 March 2000) and the Council of the European Union (Directive 2000/78/EC, OJ L 303/16, 27 November 2000).

37. The Court reiterates that, for the purposes of Article 14, a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see *Petrovic*, cited above, 30). Furthermore, very weighty reasons have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention (see *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 29, 27; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, judgment of 18 July 1994, Series A no. 291-B, pp. 32-33, 24; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, 29, ECHR 1999-IX; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, 94, EHCR 1999-VI; *Fretté v. France*, no. 36515/97, 34 and 40, ECHR 2002-I; and *S.L. v. Austria*, no. 45330/99, 36, 9 January 2003). Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see *Smith and Grady v. the United Kingdom*, cited above, 90; *S.L. v. Austria*, cited above, 37).

38. In the present case, after Mr W.'s death, the applicant sought to avail himself of the right under Section 14 (3) of the Rent Act that he asserted entitled him as a surviving partner to succeed to the tenancy. The court of first instance dismissed an action by the landlord for termination of the tenancy and the Vienna Regional Court dismissed the appeal. It found that the provision at issue protected persons who had been living together for a long time without being married against sudden homelessness and applied to homosexuals as well as to heterosexuals.

39. The Supreme Court, which ultimately granted the landlord's action for termination of the tenancy, did not argue that there were important reasons for restricting the right to succeed to a tenancy to heterosexual couples. It stated instead that it had not been the intention of the legislature when enacting Section 14 (3) of the Rent Act in 1974 to include protection for couples of the same sex. The Government now submit that the aim of the provision at issue was the protection of the traditional family unit.

40. The Court can accept that protection of the family in the traditional sense is, in principle, a weighty and legitimate reason which might justify a difference in treatment (see *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, 10 May 2001, unreported, with further references). It remains to be ascertained whether, in the circumstances of the case, the principle of proportionality has been respected.

41. The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded to member States is narrow, as the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary to exclude persons living in a homosexual relationship from the scope of application of Section 14 of the Rent Act in order to achieve that aim. The Court cannot see that the Government has advanced any arguments that would allow of such a conclusion.

42. Accordingly, the Court finds that the Government have not offered convincing and weighty reasons justifying the narrow interpretation of Section 14 (3) of the Rent Act that prevented a surviving partner of a couple of the same sex from relying on that provision.

43. Thus, there has been a violation of Article 14 of the Convention, taken together with Article 8.

III. Application of Article 41 of the Convention

44. Article 41 of the Convention provides: “If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.”

A. Damage

45. The applicant’s lawyer claimed 7,267 euros (EUR) as compensation for pecuniary damage caused by the applicant’s having to return the flat, which he had renovated, engage an estate agent and renovate a new flat. He also claimed EUR 7,267 by way of non-pecuniary damage for anxiety suffered by the applicant.

46. The Government argued that the claim for pecuniary damage was not supported by any receipts. The claim for non-pecuniary damage had only been made after the applicant’s death. In the absence of any injury to any heirs, it was unnecessary to determine whether such a claim could form part of the applicant’s estate.

47. The Court considers that in the absence of an injured party no award can be made under Article 41 of the Convention as regards the claims for pecuniary and non-pecuniary damage. Accordingly, the Court rejects these claims.

B. Costs and expenses

48. The applicant’s lawyer claimed EUR 13,027.75 for costs and expenses incurred in the Convention proceedings.

49. The Government considered this request to be excessive and that any award under that head should not exceed EUR 1,453.46.

50. The Court, making an assessment on an equitable basis, decides that EUR 5,000 shall be paid to the applicant’s estate in respect of costs and expenses plus any tax that may be chargeable.

C. Default interest

51. The Court considers it appropriate that the default interest should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

For these reasons, the Court

1. *Rejects* by six votes to one the Government’s request that the application be struck out of the list of cases;

2. *Holds* by six votes to one that there has been a violation of Article 14, taken together with Article 8 of the Convention;

3. *Holds* by six votes to one

(a) that the respondent State is to pay the applicant’s estate, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 2 of the Convention, EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of costs and expenses plus any tax that may be chargeable;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points.

4. *Dismisses* unanimously the remainder of the claims for just satisfaction.

Dissenting opinion of Judge

Grabewarter

1. I voted against the majority’s decision to reject the Government’s request that the application be struck out of the list of cases, for the following reasons.

The Court has decided on a number of occasions to permit a successor in title to continue Convention proceedings when an applicant has died. In the present case, however, it appears that there are no heirs, with the result that Article 37 1 of the Convention is in issue.

2. Under Article 37 1 of the Convention the Court may at any stage of the proceedings decide to strike an application out of the list of cases where the circumstances lead to the conclusion that the applicant does not intend to pursue his application. However, the Court should continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires.

I agree with the majority that discrimination against homosexuals in general, and in the field of tenancy legislation in particular, forms an important aspect of respect for human rights.

This does not, however, in itself justify the continued examination of a case after the death of an applicant in proceedings under Article 34 of the Convention. The reasoning of the majority is rather short as the reference to case-law concerning the continuation of proceedings when there are heirs does not apply in this case. At the outset, I agree with the majority that despite the death of the applicant and the absence of a formal successor in title, the Court may in exceptional cases continue the examination of a case. I also agree that the general importance of the case may be of relevance in this respect.

3. However, I do not share the opinion that the present case is one of “general importance” for these purposes. In taking up the wording of

earlier judgments in a different context, the majority suggest that it suffices if the continuation of the examination would “contribute to elucidate, safeguard and develop the standards of protection under the Convention” (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 62, 154, and *Guzzardi v. Italy*, judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 31, 86). While it is true that judgments also serve these purposes, it is not in line with the character of the Convention system (which is primarily designed to protect individuals) to continue proceedings without an applicant on the ground that this contributes to elucidating, safeguarding and developing the standards of protection under the Convention. This rather general criterion is met by the majority of the cases declared admissible, at least by those where the alleged violation is caused by domestic law or general practice and not by the practice applied in the particular case. “General importance” needs to be read in a narrower sense.

The judgment gives no reason for the “general importance” of the case other than the reference to the submissions of a third party, whose intervention “highlights the general importance of the issue”. The fact that third parties applied to intervene is an indication of a certain general interest in the case, but it does not mean that the case is of a general importance (see Rule 61 3 of the Rules of Court and Article 36 2 of the Convention for the criteria for third party interventions).

In this connection, reference must be made to a recent judgment of the Fourth Section of the Court in the case of *Erdogan v. Turkey* (striking out) (no. 28492/95, 29 April 2003), 38 of which reads as follows: “In the light of the foregoing, and given the impossibility of establishing any communication with the applicant’s close relatives or statutory heirs, the Court considers that her representative cannot meaningfully continue the proceedings before it (see, *mutatis mutandis*, *Ali v. Switzerland*, judgment of 5 August 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, p. 2148, 32). The Court would also point out that it has already had occasion to rule on the issue raised by the applicant under Article 3 in its examination of other applications against Turkey (see, among many other authorities, *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI; *Büyükdä v. Turkey*, no. 28340/95, 21 December 2000; and, as the most recent example, *Algür v. Turkey*, no. 32574/96, 22 October 2002). Having regard to those considerations, the Court concludes that it is no longer justified to continue the examination of the application.”

The *Erdogan* judgment cited above shows that while a question of general importance may attach to, for example, cases involving gross violations of human rights, such as the execution of people after having been sentenced to death before this Court has given judgment, even treatment that may fall under Article 3 of the Convention does not in itself justify continuing the examination of an application. Therefore, it is hard to see why a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention should be seen differently unless there are other reasons.

It appears from the *Erdogan* judgment cited above, that a prior judgment on the same issue may be relevant in considering whether an application should be struck of the list of cases under Article 37 1 of the Convention. The majority do not rely on that argument. If they had done so they could not have supported the continuation of the proceedings for the following reason. If the Court has not yet decided a particular issue, the question arises whether it would be difficult to bring a similar case before the Court. It follows, however, from the submissions of the applicant’s lawyer that there are a number of parallel cases in Austria, especially in Vienna, that could easily be brought before the Austrian courts and hence before this Court. Against the background of the decision of the Austrian Supreme Court in this case, it may even be doubtful whether future applicants would have to introduce a remedy before that court in order to fulfil the requirements of Article 35 of the Convention. In sum, I do not think that it is especially difficult to bring a parallel case before the European Court of Human Rights.

Both the lack of general importance of the present case and the lack of any particular difficulty in bringing a parallel case before the Court lead me to the conclusion that the present application should have been struck out of the list of cases. The European Court of Human Rights is not a constitutional court which decides on a case-to-case-basis which cases it deems expedient to examine on the basis of a general criterion such as the one provided by the majority.

At any rate, the Chamber broke new ground with this decision, which is unprecedented in the case-law of the Court, it refers to a number of cases at paragraph 23 of the judgment, although not the *Erdogan* judgment of 29 April 2003, and then proceeds to decide this case differently. In my view, this is a clear case in which Article 30 of the Convention applies: the judgment has a “result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court”. It also raises a serious question affecting the interpretation of the Convention. The Chamber

would then have had to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber.

4. Were the applicant still alive I would have voted in favour of finding a violation of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention. I only voted against finding a violation as a consequence of my vote on the Government's request to strike the application out of the list of cases.

5. I also voted against the award of just satisfaction under Article 41 of the Convention. However, this is not only a matter of consistency. The decision on that point again shows the problems which arise if one strains the natural wording of the Convention. Article 41 tells us that just satisfaction can only be awarded to an "injured party". This reflects again the notion that the Convention system serves to protect individuals. In this case we have no injured party any more, and there is still some doubt about whether heirs might still turn up (see 18 of the judgment). To award the specified sum to the applicant's "estate" where there are no heirs does not avoid the problem. In the (probable) event that no heir is found, the estate will pass to the State (Section 760 of the Civil Code, *ABGB*), which means that the Contracting Party will have to pay the money from one pocket to the other.

Noot

Karner (EHRM) v. Grant (HvJ EG)

De relevante feiten in bovenstaande uitspraak vertonen verwantschap met de feiten die leidden tot de welbekende uitspraak van het Europese Hof van Justitie in *Grant* (HvJ EG 17 februari 1998, zaak C-249/96, *Jurispr.* 1998, I-628). *Grant* had betrekking op een ongelijke behandeling bij de toekenning van reisfaciliteiten (gratis reizen en reizen tegen verlaagd tarief) door spoorwegonderneming SWT. SWT kende deze faciliteiten uitsluitend toe aan gehuwden of samenwonenden van verschillend geslacht - samenwonenden van gelijk geslacht kwamen niet voor deze faciliteiten in aanmerking. In *Karner* was van een soortgelijke ongelijke behandeling sprake: ongehuwd samenwonende paren van verschillend geslacht hadden volgens de Oostenrijkse wetgeving een recht om elkaar op te volgen in de huur na het overlijden van de partner, terwijl dit recht niet werd toegekend aan ongehuwd samenwonenden van gelijk geslacht. Gezien de vergelijkbaarheid in casuspositie mag het opmerkelijk heten dat het Hof van Justitie van de EG en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tot een diametraal tegengestelde uitspraak zijn

gekomen. Waar het HvJ EG oordeelde dat er geen sprake was van een naar Europees recht ontoelaatbaar onderscheid, stelde het EHRM vast dat het Oostenrijkse recht duidelijk in strijd is met het in art. 14 EVRM neergelegde gelijkheidsbeginsel. Op deze manier is de gelijkberechtiging die door het Luxemburgse Hof aanvankelijk aan homoseksuelen werd onthouden hen alsnog vergund: zelfs als het HvJ EG na deze uitspraak nog zou willen vasthouden aan zijn oordeel in *Grant*, hetgeen onwaarschijnlijk lijkt, geldt nog dat de lidstaten ervoor zullen moeten zorgen dat duurzaam ongehuwd samenwonende paren van gelijk geslacht in hun wetgeving op dezelfde manier behandeld worden als gehuwden of ongehuwd samenwonende paren van verschillend geslacht (vanzelfsprekend tenzij er een zwaarwegende rechtvaardiging bestaat voor een verschil in behandeling). Een kleine beperking van het oordeel in *Karner* schuilt hoogstens in het feit dat de verplichting tot gelijkberechtiging vooralsnog alleen aan de wetgever lijkt te zijn opgelegd. Of het ook zo is dat particuliere organisaties, zoals de in *Grant* aangeklaagde spoorwegonderneming, verplicht zijn tot gelijkstelling bij het vaststellen van arbeidsvoorwaarden valt niet direct uit *Karner* af te leiden. Wel valt wellicht te concluderen dat uit art. 14 EVRM een positieve verplichting voortvloeit voor de overheid om gelijke behandeling zoveel mogelijk te realiseren, bijvoorbeeld door wetgeving vast te stellen waarin ongerechtvaardigd onderscheid op grond van seksuele oriëntatie door particulieren expliciet verboden wordt gesteld. Wanneer *Grant* en *Karner* naast elkaar worden gelegd zou de vraag kunnen rijzen hoe het opvallende verschil in benadering tussen HvJ EG en EHRM kan worden verklaard. Een deel van deze verklaring zou gelegen kunnen zijn in het feit dat het HvJ EG uitspraak moest doen in *Grant* toen volledige gelijkberechtiging van homoseksuelen binnen de Europese Unie nog niet zo breed leek te worden gesteund. Er waren in 1998 geen uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waaruit bleek dat een onderscheid zoals in het geding strijdig zou zijn met het EVRM, maar er bestond wel een aantal oudere Commissie-uitspraken die erop leken te wijzen dat duurzame homoseksuele relaties niet vielen onder de bescherming van art. 8 EVRM (zie nader *Grant*, punt 33). Ook van een duidelijk zichtbare Europese consensus in de

richting van een erkenning van een recht op family life voor homoseksuele paren kon volgens het HvJ in 1998 niet echt gesproken worden (Grant, punt 35). In het licht van deze omstandigheden is het wellicht verklaarbaar dat het HvJ EG zich in Grant terughoudend opstelde. Het EHRM had het bij de beoordeling van Karner iets gemakkelijker. In een tweetal uitspraken, beide gewezen ná Grant, had het EHRM al expliciet erkend dat een verschillende behandeling van hetero- en homoseksuelen op het terrein van "family life" in beginsel in strijd is met art. 14, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat (zie Salgueiro da Silva Mouta, EHRM 21 december 1999, EHRC 2000/16, m.nt. Gerards en Fretté; EHRM 26 februari 2002, EHRC 2002/30, m.nt. Gerards). Tegen deze achtergrond kon het EHRM in Karner zonder veel moeite tot een andere uitkomst komen dan het HvJ EG: de uitspraak vormt eerder een logisch en begrijpelijk vervolg op de eerdere jurisprudentie dan een erkenning van een nieuw en controversieel recht. Gesteld moet echter worden dat het feit dat het EHRM het relatief gemakkelijk had in deze uitspraak nog niet geheel verklaart waarom het HvJ EG niet al in 1998 tot een uitkomst in dezelfde lijn had kunnen komen. De eerste uitspraak waarin het Hof een ongelijke behandeling op grond van homoseksualiteit in strijd verklaarde met art. 14, Salgueiro (reeds aangehaald), werd slechts één jaar na Grant gewezen. Hoewel in dit arrest geen melding werd gemaakt van het bestaan van een duidelijke Europese consensus over de wens om homoseksuele samenlevingsvormen op één lijn te stellen met samenlevingsvormen tussen personen van verschillend geslacht, werd door deze uitspraak wel duidelijk dat bij het nemen van beslissingen op het terrein van art. 8 (in Salgueiro ging het om het toekennen van de ouderlijke macht aan één van de ouders na echtscheiding) geen doorslaggevende betekenis mag worden toegekend aan iemands seksuele oriëntatie. Het ligt dan in de lijn van deze uitspraak dat het evenmin redelijk is om duurzaam samenwonende paren van gelijk geslacht anders te behandelen dan samenwonenden van verschillend geslacht, enkel en alleen vanwege de seksuele oriëntatie van de samenwonenden. De uitspraak in Salgueiro lijkt er daarmee op te duiden dat er al in 1999 aanzienlijke overeenstemming bestond op dit punt, zodat het erop lijkt dat het HvJ EG hieraan

in 1998 iets te gemakkelijk is voorbijgegaan.

Wordt van het voorgaande uitgegaan, dan lijkt Karner te bevestigen dat het HvJ EG minder goed in staat is om de grondrechten van individuele Unieburgers op actieve en vooruitstrevende wijze te beschermen dan het EHRM. Ook in verschillende eerdere gevallen is immers gebleken dat het HvJ EG niet bereid was een individueel belang als grondrecht te erkennen, terwijl ditzelfde grondrecht korte tijd later wel als beschermwaardig werd geaccepteerd door het EHRM. Bekende voorbeelden zijn de arresten Hoechst (HvJ EG 21 september 1989, zaken 46/87 en 227/88, Jurispr. 1989, 2859) en Orkem (HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jurispr. 1989, 3283), die al snel achterhaald werden door Niemietz (EHRM 16 december 1992, Series A, vol. 251) en Funke (EHRM 25 februari 1992, Series A, vol. 256A). Een recenter, zij het iets minder uitgesproken voorbeeld kan misschien worden gevonden in twee uitspraken over het door art. 12 EVRM beschermde huwelijksrecht: D./Raad (HvJ EG 31 mei 2001, gev. zaken C-122/99P en C-125/99P, Jurispr. 2001, I-4319) tegenover Christine Goodwin (EHRM 11 juli 2002, EHRC 2002/74, m.nt. Janssen en Van der Velde). Weliswaar waren de casusposities in deze zaken niet vergelijkbaar, maar uit het arrest van het Straatsburgse Hof blijkt een aanzienlijk soepelere en minder traditionele benadering van het huwelijk dan werd gehanteerd door het HvJ EG. Door de uitspraak van het EHRM lijkt zeker ruimte te bestaan voor toekomstige gelijkstelling van "bijzondere", maar duurzame en geregistreerde samenlevingsvormen met het huwelijk, terwijl deze ruimte in de uitspraak van het Luxemburgse Hof volledig ontbreekt. Toegegeven moet worden dat het HvJ EG op andere punten, zoals gelijkberechtigting van man en vrouw en daaraan gerelateerde rechten (zoals rechten van transseksuelen), juist wel heel actief optreedt. Zaken als P. v. S., HvJ EG 30 april 1996, zaak C-13/94, Jurispr. 1996, I-2143 en Schröder, HvJ EG 25 mei 2000, zaak C-50/99, Jurispr. 2000, I-743 vormen een goede illustratie van deze benadering. Een zaak als Grant en de enigszins gerelateerde zaak D./Raad illustreren echter dat zeker nog geen sprake is van een daadwerkelijk proactieve en vooruitstrevende grondrechtenbescherming, zoals geboden door het EHRM. Voor een goede garantie van individuele grondrechten blijft het dan

ook wenselijk dat de EU toetreedt tot het EVRM en wordt onderworpen aan de rechtsmacht van het Straatsburgse Hof.
Oordeelsvorming over ongelijke behandeling op grond van seksuele oriëntatie

Karner is echter niet alleen interessant vanwege het door de uitspraak geschapen contrast met Grant. De uitspraak is ook als zodanig belangwekkend en vernieuwend. Belangrijk is allereerst dat het arrest een verduidelijking en verbetering bevat ten opzichte van de eerdere uitspraken over ongelijke behandeling op grond van seksuele oriëntatie, Salgueiro en Fretté. In die uitspraken bleef onduidelijk welke "toetsingsintensiteit" bij deze grond van onderscheid moest worden toegepast: de gebruikelijke, marginale toets of de bijzonder strenge very weighty reasons-test. Dit verschil in intensiteit is van groot belang. Toepassing van de marginale toets blijkt in de praktijk vrijwel per definitie te leiden tot het accepteren van een rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid, terwijl de very weighty reasons-test nagenoeg zonder uitzondering betekent dat het onderscheid in strijd wordt bevonden met art. 14 EVRM. Uit Karner blijkt nu expliciet dat seksuele oriëntatie kan worden opgenomen in het door het Hof erkende rijtje van "verdachte" gronden van onderscheid: geslacht, nationaliteit, godsdienst en wettige/onwettige geboorte ("differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification" (par. 37)). Dit levert een aanzienlijk beschermingsniveau op, dat voor de gelijkberechtiging van homoseksuelen op nationaal niveau van essentieel belang kan zijn. Bijzonder is verder de door het Hof gekozen toetsingsmethodiek. Normaal gesproken beoordeelt het Hof de voor een geconstateerd onderscheid aangevoerde rechtvaardiging aan de hand van tenminste twee maatstaven: bekeken wordt of met het onderscheid een gerechtvaardigd doel wordt nagestreefd en vervolgens, als dit zo is, of het gemaakte onderscheid een redelijk middel vormt om dit doel te bereiken. Bij deze tweede beoordeling kan een rol spelen of het onderscheid geschikt en noodzakelijk is, en of de individuele belangen door het onderscheid niet zodanig zwaar zijn aangetast dat het nagestreefde belang daaraan ondergeschikt moet worden geacht. Opmerkelijk is dat dit onderscheid tussen de toetsingsmaatstaven vaak volledig verdwijnt in zaken waarin de very weighty reasons-

test wordt toegepast. In deze zaken beoordeelt het Hof meestal slechts of er voldoende zwaarwegende redenen voor het onderscheid zijn aangevoerd, waardoor de eis van een gerechtvaardigd doel en van een redelijke verhouding tussen doel en middel met elkaar lijken te vervloeien. Bovendien maakt het Hof in zijn rechtspraak vaak geen onderscheid tussen de verschillende onderdelen van de redelijkheidstoets, te weten toetsing van geschiktheid, noodzakelijkheid/subsidiariteit en proportionaliteit. In Karner is van een dergelijke onscherpe benadering geen sprake, waardoor de zuiverheid en duidelijkheid van de motivering aanzienlijk worden vergroot. In par. 40 stelt het Hof allereerst vast dat de bescherming van de traditionele notie van het gezin of de familie een legitiem doel vormt dat een zekere mate van ongelijke behandeling zou kunnen rechtvaardigen (hetgeen overigens al eerder was erkend in Mazurek, EHRM 1 februari 2000, EHRC 2000/25, m.nt. Gerards). Vervolgens stelt het vast dat het maken van een juridisch relevant onderscheid tussen "traditionele" samenlevingsvormen (namelijk tussen personen van verschillend geslacht) en samenleving van mensen van hetzelfde geslacht een geschikt middel vormt om de traditionele notie van het gezin te beschermen. Dat het onderscheid voldoet aan het geschiktheidsvereiste is bij toepassing van een strikte toets echter nog niet voldoende, zo stelt het Hof. Een onderscheid op grond van seksuele oriëntatie is alleen toelaatbaar als kan worden aangetoond dat het werkelijk noodzakelijk ("necessary") is om samenwonenden van gelijk geslacht uit te sluiten van een bepaald recht of voordeel. Het Hof lijkt "noodzakelijk" dan te interpreteren als synoniem aan "onmisbaar", hetgeen betekent dat de staat ter rechtvaardiging van het onderscheid met overtuigende argumenten en bewijzen moet aantonen dat de traditionele notie van het gezin zónder het gemaakte onderscheid niet kan worden beschermd. Dit lijkt geen eenvoudige opgave, en inderdaad had de Oostenrijkse regering volgens het Hof geen argumenten aangevoerd die de conclusie van onmisbaarheid zouden kunnen rechtvaardigen. De uitspraak van het Hof is daarmee een schoolvoorbeeld van een goed gemotiveerde gelijke behandelingsuitspraak. Een dergelijke zorgvuldigheid verdient zeker ook op nationaal niveau navolging. Daarbij moet

overigens wel enige zorgvuldigheid worden betracht. De door het Hof gekozen toetsingsmaatstaven lenen zich niet voor toepassing in alle gevallen van ongelijke behandeling, maar zijn specifiek geformuleerd voor het beoordelen van verdachte vormen van onderscheid. Met name de noodzakelijkheidstoets, toegepast als een "onmisbaarheidstoets", leent zich niet onmiddellijk voor vergelijkbare toepassing in gevallen waarin een terughoudender toetsing wordt uitgevoerd. In veel gevallen van sociaal-economische regelgeving waarin onderscheidingen voorkomen is het bijvoorbeeld niet goed mogelijk om aan te tonen dat deze onderscheidingen daadwerkelijk onmisbaar waren voor het bereiken van het nagestreefde doel, terwijl het toepassen van een onmisbaarheidstoets in die gevallen bovendien al snel tot een overschrijding van de grenzen van de rechterlijke taak leidt. In dat soort gevallen kan beter voor toepassing van een andere, minder vergaande vorm van de noodzakelijkheidstoets worden gekozen. Gekeken zou daarbij kunnen worden of het gemaakte onderscheid voldoende zinvol of waardevol kan worden geacht voor het bereiken van het nagestreefde doel, waarbij gepaste ruimte wordt gelaten voor het oordeel daarover van wetgever of bestuursorgaan.

Schrappen van de rol na overlijden klager?

Een laatste punt dat de aandacht verdient is het oordeel van het Hof over zijn rechtsmacht om over Karner te kunnen beslissen. In deze zaak deed zich de omstandigheid voor dat de klager overleed terwijl zijn procedure voor het Hof liep en er geen nabestaanden te vinden waren die bereid of in staat waren de zaak voort te zetten. Waarschijnlijk is deze situatie van een haast theoretische zeldzaamheid (hoewel het Hof toch nog drie voorbeelden van eerdere zaken weet te noemen, zie par. 23), maar de wijze waarop het Hof hiermee omgaat illustreert de bereidheid van het Hof om niet alleen op te treden als beschermer van individuele rechten, maar ook als "rechtsvormer". Uitgaande van de doelstellingen van het individueel klachtrecht (individuele rechtsbescherming en genoegdoening) had deze zaak na het overlijden van klager van de rol kunnen worden geschrapt (zie art. 37 EVRM). Het Hof stelt in Karner echter dat een uitzondering gemaakt kan worden op de regel van "schrapping" als het belang van het onderwerp dat van het individuele geval overstijgt. De doelstelling van de procedure

voor het EHRM is immers niet alleen om individuen te beschermen tegen grondrechtenschendingen, maar ook om belangrijke onderwerpen van algemeen belang te behandelen en daardoor een stijging van het algemene niveau van grondrechtenbescherming in Europa te bewerkstelligen. Op zichzelf valt dit alleen maar toe te juichen, vooral ook gezien het feit dat het soort uitspraken als Karner daadwerkelijk kan bijdragen aan een hoger beschermingsniveau. Deze uitspraak heeft duidelijk betekenis buiten het individuele geval en zal voor veel staten reden kunnen of zelfs moeten zijn om de gelijkberechtiging van homoseksuelen actiever na te streven. Belangrijk is bovendien dat de benadering van het Hof de dwingende ontvankelijkheidsvereisten geenszins doorbreekt. Art. 37 lid 1 bevat immers geen verplichting voor het Hof om zaken waarin de klager overlijdt van de rol te schrappen, maar slechts een bevoegdheid. Gesteld wordt in de relevante bepaling zelfs dat "the Court shall continue the examination of the application if respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto so requires". Er hoeft dan ook geen vrees te bestaan dat dit oordeel van het Hof zorgt voor een hellend vlak, waarbij steeds meer ontvankelijkheidsvereisten kunnen worden doorbroken als het belang van de zaak dit vereist. Hoogstens valt bij 's Hofs oordeel een kanttekening te plaatsen die al is genoemd door de rechter ad hoc in deze zaak, Grabenwarter. Grabenwarter stelde in zijn dissenting opinion dat een Kamer die signaleert dat een zaak zo belangrijk is voor de ontwikkeling van het recht dat deze niet van de rol mag worden geschrapt, eigenlijk afstand zou moeten doen van rechtsmacht ten faveure van de Grote Kamer. Wellicht was dit in Karner inderdaad beter geweest, nu in deze zaak duidelijk een nieuwe en belangrijke beslissing werd genomen. Aan het gezag en de waarde van de uitspraak mag dit echter zeker geen afbreuk doen.

J.H. Gerards