



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotation: EHRM 2008-04-29**

Uzman, J.

**Citation**

Uzman, J. (2008). Annotation: EHRM 2008-04-29. *Njcm-Bulletin*, 7, 1018-1033. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16118>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16118>

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

## NOTHING IS CERTAIN BUT DEATH AND TAXES: BIEDT DE HUMAN RIGHTS ACT DE BRITTEN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING?

- Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 29 april 2008 •  
Burden t. het Verenigd Koninkrijk (appl. no. 13378/05, Grote Kamer)

Met noot van Jerfi Uzman "

*Verzoekers, twee ongehuwde gezusters op leeftijd, wonen al ruim dertig jaar samen in een huis dat zij gezamenlijk in eigendom hebben. Wanneer één van beiden overlijdt zal, zo stellen zij, de ander het huis moeten verkopen om de successiebelasting te kunnen betalen. De Britse wetgever heeft een bijzondere regeling in het leven geroepen voor gehuwden en geregistreerde partners maar wegens hun directe bloedverwantschap komen de beide zussen daarvoor niet in aanmerking. Met voorbijgaan aan nationale instanties, stellen zij voor het Hof dat de Britse overheid artikel 14 jo. 1 Eerste Protocol (EP) van het EVRM schendt door hen, in dit opzicht, ongelijk te behandelen ten opzichte van gehuwde en geregistreerde partners. Net als een eerdere Kamer, zij het met een andere motivering, komt de Grote Kamer tot de slotsom dat geen sprake is van een schending. Wel wordt het oordeel van de Kamer bevestigd dat de dames Burden slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM zijn (ondanks het feit dat nog geen materiële schade is geleden) en dat het Britse systeem van rechtsbescherming onder de Human Rights Act 1998 vooralsnog onvoldoende effectief is om beide verzoeksters te verwijten dat zij de nationale rechter niet om een zogeheten 'declaration of incompatibility' verzocht hebben. Een dergelijke uitspraak heeft immers geen bindende kracht.*

### FEITEN

Joyce en Sybil Burden zijn 90, respectievelijk 83 jaar oud. De twee ongehuwde gezusters wonen al ruim dertig jaar samen in een huis in het landelijke Wiltshire. Dat huis staat op grond die de gezusters nog van hun ouders hebben geërfd en ze hebben het gezamenlijk in eigendom. Nu de dood, met het verstrijken van de tijd, langzaam maar zeker nadert vrezen beide dames dat het overlijden van één van hen er toe zal leiden dat de overlevende zuster het huis zal moeten verkopen om de successiebelasting te betalen. Het huis is in de loop der jaren namelijk sterk in waarde gestegen en de belastingvrije voet heeft daarbij geen gelijke tred gehouden. Volgens de Britse *Inheritance Tax Act 1994* dient over de waarde van alle eigendommen van de overledene, inclusief de waarde van het aandeel in gezamenlijk eigendom, 40% successiebelasting te worden betaald. Voor gehuwde stellen wordt echter sinds jaar en dag een uitzondering gemaakt. Voor hen geldt dat de eigendom die de overlevende echtgeno(o)t(e) erft van belasting wordt uitgezonderd. Sinds 2005 geldt deze regeling ook voor stellen die hun relatie onder de *Civil Partnership Act 2004* hebben laten registreren. Het geregistreerd partnerschap staat echter niet open wanneer tussen de partners sprake is van directe verwantschap. Een amendement van het Hogerhuis met de strekking de *Civil Partnership Act 2004* te wijzigen om

- Grote Kamer: Costa (President), Bratza, Zupančič, Tulkens, Türmen, Birsan, Vajić, Tsatsa-Nikolovska, Baka, Ugrekhelidze, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Myjer, Björgvinsson, Ziemele, Berro-Lefèvre.
- Mr. J. Uzman is als NWO-promovendus verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

registratie ook voor samenwonende broers of zussen mogelijk te maken werd door het Lagerhuis geblokkeerd.<sup>1</sup>

## PROCESVERLOOP

De gezusters Burden achten een beroep op de Britse rechter onvoldoende zinvol en wenden zich rechtstreeks tot het EHRM. Het Britse constitutionele recht, zo overwegen zij, geeft de rechter slechts beperkte mogelijkheden om rechtsherstel te bieden wanneer hij een verdragschending zou constateren. Wanneer (de toepassing van) nationale formele wetgeving conflicteert met een conventierecht, en de betreffende bepaling niet verdragsconform kan worden uitgelegd, dan resteert de Britse rechter uitsluitend het uitspreken van een zogeheten *declaration of incompatibility*. Een dergelijke vaststelling is echter niet bindend voor wetgever en bestuur (zie hierna). Ook wanneer de dames Burden dus door de nationale rechter in het gelijk zouden worden gesteld, zou nog onduidelijk zijn of zij daar daadwerkelijk iets mee zouden opschieten. Ondanks het niet uitputten van de nationale rechtsmiddelen acht een Kamer van het Straatsburgse Hof de beide gezusters op 12 december 2006 ontvankelijk in hun klacht dat de verschillende behandeling van bloedverwanten en geregistreerde partners een schending inhoudt van artikel 14 (discriminatieverbod) jo. 1 EP (bescherming van eigendom). De Kamer meent echter dat de nationale autoriteiten een ruime *margin of appreciation* toekomt bij de vraag of het onderscheid in belastingheffing gerechtvaardigd is. In elk belastingstelsel moeten immers grenzen worden getrokken en de in het geding zijnde grens overschrijdt de *margin of appreciation* niet. Van een schending kan dus niet worden gesproken.<sup>2</sup> Op 23 mei 2007 werd het verzoek van de dames Burden om verwijzing naar de Grote Kamer gehonoreerd. De hoorzitting van de Grote Kamer op 12 september van dat jaar was overigens, als één van de eerste zaken in de geschiedenis van het Hof, *live* op het internet te volgen. De einduitspraak volgde op 29 april 2008.

## UITSPRAAK

De Grote Kamer overweegt uiteindelijk op 24 april 2008 als volgt:

### THE LAW

27. The applicants complained under Article 1 of Protocol No. 1, taken in conjunction with Article 14 of the Convention, that when one of them died, the survivor would face a significant liability to inheritance tax, which would not be faced by the survivor of a marriage or a civil partnership.

(...)

1 *Hansard*, House of Commons Col. 003-038 (19 oktober 2003).

2 EHRM 12 december 2006, *Burden & Burden t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 13378/05, EHRC 2007/18 (m.nt. Gerards).

## I. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

28. The Government contested the admissibility of the application on a number of grounds under Articles 34 and 35 § 1 of the Convention.

(...)

A. The applicants' victim status

1. The Chamber's conclusions

29. The Chamber found, unanimously, that, given the applicants' advanced age and the very high probability that one would be liable to pay inheritance tax upon the death of the other, they could claim to be directly affected by the impugned law.

2. The parties' submissions

(...)

3. The Grand Chamber's assessment

33. The Court recalls that, in order to be able to lodge a petition in pursuance of Article 34, a person, non-governmental organisation or group of individuals must be able to claim "to be the victim of a violation ... of the rights set forth in the Convention ...". In order to claim to be a victim of a violation, a person must be directly affected by the impugned measure (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A, no. 25, §§ 239-240; *Eckle*, cited above; and *Klass and Others v. Germany*, judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, § 33). The Convention does not, therefore, envisage the bringing of an *actio popularis* for the interpretation of the rights set out therein or permit individuals to complain about a provision of national law simply because they consider, without having been directly affected by it, that it may contravene the Convention (*Norris*, cited above, § 31).

34. It is, however, open to a person to contend that a law violates his rights, in the absence of an individual measure of implementation, if he is required either to modify his conduct or risk being prosecuted (see *Norris*, cited above, § 31; *Bowman v. the United Kingdom*, no. 24839/94, Reports 1998-I) or if he is a member of a class of people who risk being directly affected by the legislation (*Johnston and Others*, cited above, § 42; *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, judgment of 29 October 1992, Series A no. 246-A). Thus, in the *Marckx* case, cited above, the applicants, a single mother and her five-year old, "illegitimate" daughter, were found to be directly affected by, and thus victims of, legislation which would, *inter alia*, limit the child's right to inherit property from her mother upon the mother's eventual death, since the law automatically applied to all children born out of wedlock. In contrast, in *Willis v. the United Kingdom*, no. 36042/97, ECHR 2002-IV, the risk to the applicant of being refused a widow's pension on grounds of sex at a future date was found to be hypothetical, since it was not certain that the applicant would otherwise fulfil the statutory conditions for the payment of the benefit at the date when a woman in his position would become entitled.

35. In the present case, the Grand Chamber agrees with the Chamber that, given the applicants' age, the wills they have made and the value of the property each owns, the applicants have established that there is a real risk that, in the not too distant future, one of them will be required to pay substantial inheritance tax on the property inherited from her sister. In these circumstances, the applicants are directly affected by the legislation and can claim to be victims of the alleged discriminatory treatment.

B. Domestic remedies

1. The Chamber's conclusions

(...)

2. The parties' submissions

a. The Government

37. The Government referred to the Court's case-law to the effect that it is incumbent on an applicant to pursue a domestic remedy if it is "effective and capable of providing redress for the complaint" (*Hobbs*, cited above). In the present case, since neither applicant had suffered any liability for inheritance tax, the most that the Court could award, in the event that it found in favour of the applicants, would be a declaration that the Inheritance Tax Act represented a violation of their Convention rights. Assuming

that the claim was well founded on the merits, this was also the relief that the High Court in the United Kingdom would have awarded under section 4 of the Human Rights Act. If a declaration by this Court would constitute just satisfaction for the purposes of Article 41 of the Convention, the Government submitted that a declaration of incompatibility by the High Court must necessarily be regarded as an available and effective domestic remedy for the purposes of Article 35.

38. The Government referred to the information set out in paragraph 24 above and emphasised that there was not a single case where it had refused to remedy a declaration of incompatibility. While as a matter of pure law it was true, as the Court had found in *Hobbs*, that such a declaration was not binding on the parties and gave rise to a power for the minister, rather than a duty, to amend the offending legislation, this was to ignore the practical reality that a declaration of incompatibility was highly likely to lead to legislative amendment.

#### b. The applicants

39. The applicants referred to the Commission's case-law to the effect that the remedies an applicant is required to make use of must not only be effective but also independent of discretionary action by the authorities (for example, *Montion v. France*, no. 11192/84, decision of 14 May 1987, Decisions and Reports (DR) 52, p. 227, and *G. v. Belgium*, no. 12604/86, decision of 10 July 1991, DR 70, p. 125). They argued that a declaration of incompatibility could not be regarded as an effective remedy because the procedures to change the law could not be initiated by those who had obtained a declaration or enforced by any court or organ of State. The Court had accepted a similar argument in *Hobbs* and also in *Dodds v. the United Kingdom* (dec.), no. 59314/00, 8 April 2003, *Walker v. the United Kingdom* (dec.), no. 37212/02, 16 March 2004, *Pearson v. the United Kingdom* (dec.), no. 8374/03, 27 April 2004 and, finally, *B. and L. v. the United Kingdom* (dec.), no. 36536/02, 29 June 2004, where the Government had made submissions almost identical to those in the present case.

#### 3. The Grand Chamber's assessment

40. The Grand Chamber recalls that the Human Rights Act places no legal obligation on the executive or the legislature to amend the law following a declaration of incompatibility and that, primarily for this reason, the Court has held on a number of previous occasions that such a declaration cannot be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 35 § 1 (see the decisions in *Hobbs*, *Dodds*, *Walker*, *Pearson* and *B. and L. v. the United Kingdom*, all cited above, and also *Upton v. the United Kingdom* (dec.), no. 29800/04, 11 April 2006). Moreover, in cases such as *Hobbs*, *Dodds*, *Walker* and *Pearson*, where the applicant claims to have suffered loss or damage as a result of the breach of his Convention rights, a declaration of incompatibility has been held not to provide an effective remedy because it is not binding on the parties to the proceedings in which it is made and cannot form the basis of an award of monetary compensation.

41. The Grand Chamber is prepared to accept the Government's argument that the present case can be distinguished from *Hobbs*, given that neither applicant complains of having already suffered pecuniary loss as a result of the alleged violation of the Convention. It has carefully examined the material provided to it by the Government concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, and notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision (see paragraph 24 above). However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations that have become final, it agrees with the Chamber that it would be premature to hold that the procedure under section 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation.

42. Nonetheless, the Grand Chamber is mindful that the principle that an applicant must first make use of the remedies provided by the national legal system before applying to the international Court is an important aspect of the machinery of protection established by the Convention (see *Akdivar and Others v. Turkey*, judgment of 16 September 1996, Reports 1996-IV, § 65). The European Court of Human Rights is intended to be subsidiary to the national systems safeguarding human rights (*op. cit.*, §§ 65-66) and it is appropriate that the national courts should initially have the opportunity to determine questions

of the compatibility of domestic law with the Convention and that, if an application is nonetheless subsequently brought to Strasbourg, the European Court should have the benefit of the views of the national courts, as being in direct and continuous contact with the forces of their countries.

43. The Grand Chamber agrees with the Chamber that it cannot be excluded that at some time in the future the practice of giving effect to the national courts' declarations of incompatibility by amendment of the legislation is so certain as to indicate that section 4 of the Human Rights Act is to be interpreted as imposing a binding obligation. In those circumstances, except where an effective remedy necessitated the award of damages in respect of past loss or damage caused by the alleged violation of the Convention, applicants would be required first to exhaust this remedy before making an application to the Court.

44. This is not yet the case, however, and the Grand Chamber therefore rejects the Government's objection on grounds of non-exhaustion of domestic remedies.

C. Conclusion

45. The Court accordingly rejects the Government's preliminary objections.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 14 OF THE CONVENTION IN CONJUNCTION WITH ARTICLE 1 OF PROTOCOL NO. 1

A. The Chamber's conclusions

(...)

B. The parties' submissions

(...)

C. The third parties' submissions

(...)

D. The Grand Chamber's assessment

58. The Grand Chamber recalls that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights guaranteed by the Convention. It is necessary but it is also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the Convention Articles (see *Stec and Others v. the United Kingdom* (dec.) [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, § 39, ECHR 2005-X).

59. Taxation is in principle an interference with the right guaranteed by the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, since it deprives the person concerned of a possession, namely the amount of money which must be paid. While the interference is generally justified under the second paragraph of this Article, which expressly provides for an exception as regards the payment of taxes or other contributions, the issue is nonetheless within the Court's control, since the correct application of Article 1 of Protocol No. 1 is subject to its supervision (see, for example, *Orion-Bœclav, SRO v. the Czech Republic* (dec), no. 43783/98, 13 January 2004). Since the applicants' complaint concerns the requirement for the survivor to pay tax on property inherited from the first to die, the Grand Chamber considers that the complaint falls within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 and that Article 14 is thus applicable.

60. The Court has established in its case-law that in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in relevantly similar situations (*D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007). Such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, 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. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment, and this margin is usually wide when it comes to general measures of economic or social strategy (*Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 65731/01 and 65900/01, §§ 51-52, ECHR 2006-VI).

61. The applicants claim to be in a relevantly similar or analogous position to co-habiting married and Civil Partnership Act couples for the purposes of inheritance tax. The Government, however, argue that there is no true analogy because the applicants are connected by birth rather than by a decision to enter into a formal relationship recognised by law.

62. The Grand Chamber commences by remarking that the relationship between siblings is qualitatively of a different nature to that between married couples and homosexual civil partners under the United Kingdom's Civil Partnership Act. The very essence of the connection between siblings is consanguinity, whereas one of the defining characteristics of a marriage or Civil Partnership Act union is that it is forbidden to close family members (see paragraph 17 above and, generally, *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above). The fact that the applicants have chosen to live together all their adult lives, as do many married and Civil Partnership Act couples, does not alter this essential difference between the two types of relationship.

63. Moreover, the Grand Chamber notes that it has already held that marriage confers a special status on those who enter into it. The exercise of the right to marry is protected by Article 12 of the Convention and gives rise to social, personal and legal consequences (*B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, § 34). In *Shackell* (cited above), the Court found that the situations of married and unmarried heterosexual cohabiting couples were not analogous for the purposes of survivors' benefits, since "marriage remains an institution which is widely accepted as conferring a particular status on those who enter it". The Grand Chamber considers that this view still holds true.

64. Since the coming into force of the Civil Partnership Act in the United Kingdom, a homosexual couple now also has the choice to enter into a legal relationship designed by Parliament to correspond as far as possible to marriage (see paragraphs 16-18 above).

65. As with marriage, the Grand Chamber considers that the legal consequences of civil partnership under the 2004 Act, which couples expressly and deliberately decide to incur, set these types of relationship apart from other forms of co-habitation. Rather than the length or the supportive nature of the relationship, what is determinative is the existence of a public undertaking, carrying with it a body of rights and obligations of a contractual nature. Just as there can be no analogy between married and Civil Partnership Act couples, on one hand, and heterosexual or homosexual couples who choose to live together but not to become husband and wife or civil partners, on the other hand (see *Shackell*, cited above), the absence of such a legally binding agreement between the applicants renders their relationship of co-habitation, despite its long duration, fundamentally different to that of a married or civil partnership couple. This view is unaffected by the fact that, as noted in paragraph 26 above, Member States have adopted a variety of different rules of succession as between survivors of a marriage, civil partnership and those in a close family relationship and have similarly adopted different policies as regards the grant of inheritance tax exemptions to the various categories of survivor; States, in principle, remaining free to devise different rules in the field of taxation policy.

66. In conclusion, therefore, the Grand Chamber considers that the applicants, as co-habiting sisters, cannot be compared for the purposes of Article 14 to a married or Civil Partnership Act couple. It follows that there has been no discrimination and, therefore, no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No.1.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Rejects* unanimously the Government's preliminary objections;
2. *Holds* by fifteen votes to two that there has been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.'

De lezer zij er op gewezen dat rechters Bratza en Björgvinsson ieder een *concurring opinion* schreven en dat de rechters Zupančič en Borrego Borrego een *dissenting opinion* lieten horen.

## NOOT

1. Sinds 1976 kreeg elke minister van Financiën, Gordon Brown niet uitgezonderd, jaarlijks een vriendelijk briefje van ze: de bejaarde dames Burden wilden de minister graag op hun situatie attent maken. De twee zussen zijn al hun gehele leven onafscheidelijk. Ze wonen al ruim dertig jaar samen in een huis dat gebouwd werd op de grond die nog van hun ouders is geweest. Het huis is, door de fors stijgende huizenprijzen, inmiddels een klein fortuin waard. In 2006 werd de waarde van het huis geschat op £ 550.000,=. Wanneer men de overige bezittingen van de beide dames, bij elkaar zo'n £ 625.000,= daarbij optelt, ontstaat al snel de indruk dat beide dames er warmpjes bij zitten. Maar schijn bedriegt. Met het verstrijken van de tijd wordt het steeds waarschijnlijker dat één van beide zussen op korte termijn zal komen te overlijden en in dat geval zal de overlevende zus geconfronteerd worden met een forse aanslag successiebelasting. Daarbij maakt het niet eens zo heel veel uit of deze zus dan genoodzaakt zal zijn om het huis te verkopen (zoals diverse media hebben bericht, maar wat door de Britse regering wordt tegengesproken). Alleen al het vooruitzicht dat de één financieel zwaar weer tegemoet gaat wanneer de ander overlijdt is voor beide dames een bron van zorgen. Toch leek er in 2004 hoop aan de horizon te gloren, toen de regering-Blair wetgeving introduceerde teneinde voor samenlevende stellen van gelijk geslacht een, het huwelijk gelijkende, voorziening te treffen: het geregistreerd partnerschap. Net als aan het huwelijk zijn aan dat geregistreerd partnerschap bepaalde rechten en plichten verbonden. Eén van de rechten betreft een vrijstelling in het kader van de successiebelasting: over de nalatenschap van een echtgenoot of geregistreerd partner hoeft geen belasting te worden betaald. De reden voor die vrijstelling is dat het de overheid er veel aan gelegen is stabiele vormen van samenleving te bevorderen. Een dergelijk argument geldt uiteraard niet alléén voor gehuwde en homoseksuele of lesbische stellen. De dames Burden zijn een treffend voorbeeld van een stabiele vorm van samenleven en ook in hun geval is het schrijnend te noemen dat het verlies van de levenspartner gepaard gaat met fiscale perikelen. Anderzijds is een zekere mate van categorisering het belastingrecht niet vreemd en kan het welhaast niet anders dan dat daarbij groepen buiten de boot vallen.<sup>3</sup> Desalniettemin nam het Britse Hogerhuis, bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake geregistreerd partnerschap (de *Civil Partnership Bill*) een amendement aan dat het ook voor bloedverwanten mogelijk maakte zich te laten registreren als partner. Helaas voor de gezusters Burden en vele anderen, draaide het Lagerhuis het amendement, op dringend verzoek van de regering, weer terug (op de parlementaire behandeling wordt hierna nog ingegaan).<sup>4</sup> Ruim een jaar daarna dienden de dames Burden hun klacht in bij het Hof.

Die klacht en de twee uitspraken van het Hof die er op zijn gevolgd, zijn om meerdere redenen interessant. Zo ontspoon zich voor het Hof een vinnige discussie omtrent de vraag of de dames Burden eigenlijk wel slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM waren. Nu de financiële schade zich pas voor zou doen na de dood van één van beide zusters, en op dit moment nog onzeker is of en in welke mate er van schade sprake zou zijn (en bij wie), waren

3 Zie in dat kader de annotatie van Gerards bij de Kameruitspraak (zie de vorige voetnoot)

4 Met de *Parliament Acts* van 1911 en 1949 is de rol van het Hogerhuis in het wetgevingsproces beperkt. Het terugdraaien door het Lagerhuis van de wijzigingen die de *Lords* hadden aangebracht behoefde daarom niet opnieuw goedkeuring van het Hogerhuis.

de Burdens geen slachtoffer en dus evenmin ontvankelijk, zo redeneerde de regering. Sterker nog, bij zeker één van beiden staat vast dat de schade zich nooit *kan* voordoen. 'Nonsens' werd er namens de bejaarde dames geriposteerd: veel in het leven mag dan onzeker zijn, dat geldt niet voor de dood en evenmin voor de belastingen. Een vrijwel universeel spreekwoord luidt niet voor niets: *nothing is certain but death and taxes*.<sup>5</sup> Het Hof gaat daarin met de verzoeksters mee en concludeert dat de kans reëel is dat althans één van beide zussen door de vermeend discriminatoire wetgeving wordt getroffen. Bovendien leken beide dames tijdens de procedure voor het Hof te betogen dat de financiële zorgen op zich al een bron van immateriële schade waren die voor compensatie in aanmerking kwam. Het Hof hoeft op die stelling niet in te gaan omdat het al tot slachtofferschap heeft geconcludeerd en omdat de dames een verzoek tot vergoeding ex artikel 41 EVRM hangende de procedure hebben laten vallen. Naast het slachtofferschap spelen in deze zaak twee andere onderwerpen een belangrijke rol. Ten eerste de vraag of beide zusters kan worden tegengeworpen dat zij, conform artikel 35 EVRM, de nationale rechtsmiddelen niet hebben uitgeput. Het antwoord op die vraag hangt af van de beoordeling van het Hof van de effectiviteit van de *declaration of incompatibility* als rechtsmiddel om de EVRM-rechten te verzekeren. Bij die kwestie wil ik in deze noot wat uitgebreider stilstaan. Daarnaast is de zaak Burden uiteraard inhoudelijk van belang op het terrein van rechterlijke argumentatie en de interpretatie van de artikelen 1 EP en 14 EVRM. Deze beide aspecten komen in deze noot nauwelijks aan de orde, daarvoor zij verwezen naar de annotaties van Gerards onder EHRC 2008/80 en 2007/18.

2. Artikel 35 schrijft het Hof voor te onderzoeken of verzoekers de beschikbare nationale rechtsmiddelen wel hebben uitgeput. Is dat niet het geval dan zijn deze verzoekers niet-ontvankelijk. Deze regel is gebruikelijk in het internationale recht en onderstreept het subsidiaire karakter van het Straatsburgse toezicht. Naar vaste rechtspraak van het Hof behoeft een rechtsmiddel echter niet te worden uitgeput wanneer het niet effectief is.<sup>6</sup> In de praktijk betekent dat rechtsmiddelen voldoende toegankelijk en adequaat moeten zijn om de vermeende schending te verhelpen.<sup>7</sup> Daarbij kiest het Hof voor een flexibele koers: het rechtsmiddel moet vooral *in de praktijk*, dus materieel, effectief zijn.<sup>8</sup> In de zaak van de beide dames Burden dient het Hof te beslissen of van het systeem van de, in 1998 geïntroduceerde, Britse *Human Rights Act* (HRA 1998) gezegd kan worden dat deze de uit het EVRM voortvloeiende rechten in de praktijk voldoende effectief beschermt. Deze wet maakt het sinds 2000 mogelijk dat Britse burgers zich voor de nationale rechter op de meeste EVRM-rechten kunnen beroepen.<sup>9</sup> Die nationale rechter is gehouden het nationale recht zo veel mogelijk conform de Conventie en de daaraan gekoppelde rechtspraak van het Straatsburgse Hof uit te leggen (artikel 2 HRA

5 Overigens is deze verwijzing voorzover ik weet niet gebezigd in de procedure voor het Hof.

6 Zie o.m. EHRM 19 maart 1991, *Cardot t. Frankrijk*, nr. 11069/84, NJ 1993, 709 (m.nt. EAA), NJCM-Bulletin 1991, pp. 358 (m.nt. Meyer); EHRM 16 september 1996, *Akdivar e.a. t. Turkije*, nr. 21893/93, NJCM-Bulletin 1996, pp. 1090-1114 (m.nt. Lawson). Zie voorts T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, pp. 34-37.

7 Vgl. Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights (2nd Edition)*, Oxford: OUP 2005, pp. 137-139.

8 Vgl. omtrent materiële en formele effectiviteit: T. Barkhuysen & M.L.M. Hertogh, 'Effectieve bescherming van mensenrechten – Rechter, ombudsman en artikel 13 EVRM', NJCM-Bulletin 1995, pp. 751-766.

9 Zie artikel 1 lid 1 HRA 1998.

1998). Wanneer het gaat om lagere regelgeving en bestuursoptreden, staan deze rechter bovendien verschillende remedies ten dienste om het slachtoffer van de schending rechtsherstel te verlenen, zoals bijvoorbeeld het toekennen van schadevergoeding (artikelen 7-9). Over dergelijke remedies beschikt de Britse rechter echter niet wanneer het gaat om (de correcte uitvoering van) formele wetgeving, afkomstig van het parlement. In dergelijke gevallen doet zich het, aan het Britse constitutionele recht ten grondslag liggende, beginsel van parlementaire soevereiniteit gevoelen. Het is de rechter niet toegestaan latere wetgeving buiten toepassing te laten wegens strijd met de Conventie of de Human Rights Act 1998. Evenmin kan de rechter wegens dergelijke strijd overgaan tot het toekennen van een schadevergoeding.<sup>10</sup> Wanneer de wetgeving in kwestie de rechter weinig interpretatieruimte laat, dan rest hem niets anders dan het signaleren van het conflict tussen de wettelijke regeling en het verdragsrecht. Dit signaal is geformaliseerd in een verklaring van onverenigbaarheid (de *declaration of incompatibility* van artikel 4). Een dergelijke verklaring tast de werking van de wet niet aan en schept evenmin een schadevergoedingsplicht voor de overheid. In die zin kan men de verklaring dan ook niet beschouwen als een remedie.<sup>11</sup> Wel faciliteert de HRA 1998 een aantal voorzieningen voor het parlement om de geconstateerde onverenigbaarheid zo spoedig mogelijk weg te nemen door wijzigingswetgeving te initiëren (de *fast-track procedure*).<sup>12</sup>

3. Het was de Britse regering er veel aan gelegen dat het systeem van de *Human Rights Act* alle Straatsburgse kwaliteitseisen zou doorstaan. De wet heeft immers mede tot doel het aantal klachten bij het EHRM te doen afnemen. In dat kader is van belang dat men, ook wanneer het om de uitvoering van formele wetgeving gaat, verplicht wordt éérst gebruik te maken van het Britse stelsel van rechtsbescherming.<sup>13</sup> In de praktijk komt dat er op neer dat men de Britse rechter om het uitspreken van een *declaration* verzoekt. Daar staat tegenover dat procederen in het Verenigd Koninkrijk niet goedkoop is. Op basis van artikel 4, vijfde lid van de HRA zijn uitsluitend de rechters in laatste instantie bevoegd tot het uitspreken van een *declaration*. De kosten die gemoeid zijn met een dergelijke procedure doen veelal niet onder voor de kosten die gemoeid zijn met een gang naar Straatsburg.<sup>14</sup>

Het Hof laat zich in de zaak *Burden* niet voor de eerste keer uit over de kwestie. Consequent namen diverse Kamers van het Hof sinds 2002 aan dat de *declaration of incompatibility* geen effectief rechtsmiddel was.<sup>15</sup> Kernpunt van die jurisprudentie is dat, zoals het vierde lid van artikel 6 HRA 1998 stelt, de verklaring geen bindende kracht heeft. Parlement en minister

10 Zie A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, Harlow: Pearson Longman 2007, pp. 51-74 en, uitvoeriger: T.R.S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford: Oxford University Press 2001, hoofdstuk 7.

11 Zie in deze zin D. Feldman, 'Remedies for Violations of Convention Rights', in: D. Feldman (red.), *English Public Law*, Oxford: OUP 2004, p. 979.

12 L.F.M. Verhey, 'Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act 1998', *Ars Aequi* 2007, p. 32.

13 Vgl. M. Amos, 'The Impact of the Human Rights Act on the United Kingdom's Performance before the European Court of Human Rights', *Public Law* 2007, pp. 655-676, i.h.b. p. 666.

14 *Ibid.*

15 Zie o.m. EHRM 18 juni 2002, *Hobbs t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 63684/00 (ontv. Besl.); EHRM 8 april 2003, *Dodds t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 59314/00 (ontv. besl.), EHRM 16 maart 2004, *Walker t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 37212/02 (ontv. besl.); EHRM 28 november 2006, *R. & F. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 35748/05 (ontv. besl.).

hebben de bevoegdheid en niet de plicht de wetgeving in kwestie te amenderen. De Britse regering wees er in 2006 echter op dat in alle zaken waarin de nationale rechter overging tot het uitspreken van een *declaration*, wijzigingswetgeving is geïnitieerd. Onder verwijzing naar *Akdivar t. Turkije* betoogde de regering dat niet van doorslaggevend belang zou moeten zijn of een verklaring van onverenigbaarheid *formeel* gesproken bindend is, maar of deze *materieel* effectief is.<sup>16</sup> Gaat het bij het Hof meestal om zaken waarin formeel gesproken wél een rechtsmiddel aanwezig is, dat echter in de praktijk weinig uitkomst kan bieden, in dit geval draaide de Britse regering die situatie om. Hier ontbreekt, aldus Whitehall, weliswaar formele binding, maar is wel sprake van een praktijk die leidt tot wetswijziging en daarmee van een materieel effectief rechtsmiddel. Dat betoog heeft gedeeltelijk succes gehad. Sinds de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Parry t. Verenigd Koninkrijk* heeft het Hof de deur voorzichtig op een kier gezet: het is mogelijk dat op een later tijdstip blijkt dat er een zodanig vaste praktijk bestaat van het prompt en adequaat gevolg geven aan rechterlijke verklaringen, dat het Hof die verklaringen effectief acht. Voor die conclusie was het in 2006 echter nog te vroeg.<sup>17</sup> En anno 2008 blijkt ook de Grote Kamer nog niet overtuigd dat het moment is aangebroken. Deze rechtspraak lijkt zeer wel te passen in de lijn van oudere rechtspraak van het Hof inzake de effectiviteit van oordelen van de ombudsman.<sup>18</sup> Het is mij niet helemaal duidelijk onder welke omstandigheden het Hof aanneemt dat een formeel niet bindende verklaring als effectief dient te worden gekwalificeerd. Gaat het Hof zover min of meer een regel van gewoonterecht te eisen? Hoe, en vooral door wie, wordt het bestaan van zo'n regel dan vastgesteld? Het feit dat de Britse wetgever de verklaring zeer uitdrukkelijk bindende kracht ontzegt, en het aan het Britse staatsrecht ten grondslag liggende principe van parlementaire soevereiniteit lijken mij vooralsnog krachtige indicatoren dat zo'n regel van gewoonterecht niet al te snel zal worden aangenomen. Volgens vaste Britse rechtspraak kan geen enkele geschreven of ongeschreven regel het parlement procedureel of inhoudelijk binden: elke *Act of Parliament* kan bij latere *Act* expliciet of impliciet ongedaan worden gemaakt.<sup>19</sup> In een dergelijk klimaat is het onwaarschijnlijk dat er een rechtsregel ontstaat inhoudende dat het parlement *per definitie* tot wijziging overgaat. Eerder lijkt het Hof bereid te zijn er in de toekomst vanuit te gaan dat de feitelijke kans dat klagers via het één-tweetje tussen rechter en parlement (of minister) een wetswijziging kunnen bewerkstelligen zo groot is, dat van hen verwacht mag worden dat zij die route eerst uitproberen alvorens in Straatsburg te klagen. Het blijft uiteraard afwachten wanneer het Hof besluit die stap te zetten. Maar de overweging dat het Hof in de toekomst kan besluiten dat de praktijk van de Britse wetgever om gevolg te geven aan *declarations* van de rechter voldoende

16 Zie voetnoot 8.

17 EHRM 28 november 2006, *Parry t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 42971/05 (ontv.besl.). Zie ook: EHRM 28 november 2006, *R. & F. t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 35748/05 (ontv.besl.).

18 EHRM 26 maart 1987, *Leander t. Zweden*, nr. 9248/81, § 81-82. Zie tevens de hiervoor aangehaalde bijdrage van Barkhuysen en Hertogh (1995).

19 Court of Appeal, *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590 (vgl. m.nt. Maugham en Scrutton). Hoewel de doctrine van parlementaire soevereiniteit als zodanig nog rotsvast verankerd is in het Britse staatsrecht, groeit het koor van critici en worden op de doctrine inmiddels nuances aangebracht: vgl. daarvoor uitvoeriger de reeds aangehaalde studie van T.R.S. Allan (2001). Bovendien leidt de bijzondere positie van het EG-recht inmiddels eveneens tot enkele uitzonderingen op de hiervoor geformuleerde regel: vgl. Court of Appeal, *Macarthys v. Smith* [1979] 3 All ER 325; House of Lords, *Factortame* [1990] 2 AC 85, [1991] 1 AC 603.

bestendig is om als effectief te gelden zou natuurlijk niet alleen gericht aan de Britse overheid kunnen zijn, maar evengoed aan toekomstige klagers. In die zin zou met *Parry t. Verenigd Koninkrijk* weleens een overgangsfase kunnen zijn ingeluid: konden de dames Burden zich nog met enig recht beroepen op de consistente lijn van het Hof inzake de HRA 1998, toekomstige klagers moeten er rekening mee houden dat het Hof van die lijn gaat afwijken. Of dat overigens snel staat te gebeuren is uiteraard sterk afhankelijk van de werkwijze en attitude van toekomstige Britse regeringen. De praktijk lijkt momenteel positief, al wordt er wel op gewezen dat het soms veel tijd kost om de wetgeving te wijzigen en dat de vooruitzichten in dat opzicht niet gunstig stemmen.<sup>20</sup>

Kan het zojuist genoemde één-tweetje tussen rechter en politieke actoren wellicht leiden tot wetswijziging, een volledig rechtsherstel heeft dan meestal nog niet plaatsgevonden. Wanneer – materiële of immateriële – schade is geleden dan blijft die schade, ook wanneer een wetswijziging wordt geïnitieerd, bestaan. Terecht nuanceert de Grote Kamer in deze zaak dan ook de zojuist besproken mogelijke effectiviteit van de *declaration*. Daar waar de klager reeds schade heeft geleden is de *declaration* geen effectief rechtsmiddel. Dit ogenschijnlijke detail geeft er blijk van dat de Grote Kamer zijn rechtsvormde rol serieus neemt: in het geval van de gezusters Burden was van financiële schade immers nog geen sprake en hoewel zij wel betoogden dat van immateriële schade sprake was, werd die stelling tijdens de zitting van de Grote Kamer ingetrokken. Wat nog wel ongewis blijft is hoe de Grote Kamer de verhouding tussen de *declaration of incompatibility* en de rechterlijke plicht het nationale recht zoveel mogelijk verdragsconform te interpreteren beoordeelt. De HRA 1998 verplicht de Britse rechter immers het nationale recht conform de Conventie uit te leggen. Pas wanneer een conforme interpretatie de grenzen van de rechterlijke taak te buiten gaat, bijvoorbeeld omdat de coherentie van de *common law* in het gevaar zou komen of omdat de wetgever zeer expliciet is geweest in zijn bedoelingen, dan komt het instrument van de *declaration of incompatibility* aan de orde. In *Upton t. Verenigd Koninkrijk* overwoog het Hof:

‘The Court considers that where it is arguably possible to interpret the domestic law in a manner compatible with the Convention without applying for a declaration of incompatibility, it is incumbent on an applicant in England and Wales after the entry into force of the Human Rights Act to raise the question, as part of the process of raising in substance before the domestic courts the complaint which will subsequently be made in Convention proceedings. As noted above, an application for a declaration of incompatibility as such will often not be an effective remedy because it depends on a decision of the executive for its effectiveness. However, where an applicant requests a Convention-compliant interpretation under section 3 of the Human Rights Act, he may well in practice at the same time apply for a declaration of incompatibility’.<sup>21</sup>

Daaruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat een beroep van de verzoeker op het onvoldoende effectieve karakter van de *declaration* kan afstuiten op het feit dat in diens specifieke geval wel conforme interpretatie mogelijk was geweest. Het is uiteraard niet vreemd dat het Hof accepteert

20 M. Amos, ‘The Impact of the Human Rights Act on the United Kingdom’s Performance before the European Court of Human Rights’, *Public Law* 2007, pp. 655-676, i.h.b. p. 667.

21 EHRM 11 april 2006, *Upton t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 29800/04 (ontv.besl.)

dat conforme interpretatie in sommige gevallen een nette oplossing van het geschil biedt, maar de vraag dringt zich wel op hoe het Hof beoordeelt welke gevallen zich in de Britse situatie nu wel voor conforme interpretatie lenen en welke niet. Die grens is immers nauwelijks helder te markeren. De relatieve vaagheid, die de verplichting van artikel 3 HRA om zo *mogelijk* verdragsconform te interpreteren omgeeft, wordt treffend geïllustreerd door een uitspraak van de *House of Lords* uit 2004, *Ghaidan v. Godin-Mendoza*.<sup>22</sup> Uit die uitspraak blijkt in elk geval dat artikel 3 HRA verder gaat dan slechts te vereisen dat vage bewoordingen en open termen in de wettelijke regeling verdragsconform dienen te worden ingevuld. Slechts wanneer een conforme interpretatie in strijd komt met *a fundamental feature of the legislation*, of wanneer er een keuze dient te worden gemaakt uit verschillende verdragsconforme interpretaties dient de rechter van conforme interpretatie af te zien. Vooral het eerste gezichtspunt laat de betrokken rechter veel ruimte. Het lijkt dan ook onwaarschijnlijk dat het Hof toekomstige verzoekers vaak gaat tegenwerpen dat zij verzuimd hebben de weg van verdragsconforme interpretatie te bewandelen wanneer de Britse rechtspraak onvoldoende heldere aanknopingspunten biedt (bijvoorbeeld in de sfeer van vergelijkbare gevallen) om die weg ook daadwerkelijk zinvol te achten.

4. Deze uitspraak van de Grote Kamer is niet alleen voor het Verenigd Koninkrijk van enig belang. De *declaration of incompatibility* is het sluitstuk van een ingenieus stelsel van rechtsbescherming dat wereldwijd tot positieve reacties heeft geleid. Samen met de introductie van het *Charter of Rights and Freedoms* in Canada en de *Bill of Rights Act* in Nieuw-Zeeland wordt de wet algemeen beschouwd als een mijlpaal in het denken over de bescherming van fundamentele rechten en de rol van de rechter bij de toetsing van wetgeving aan die rechten. Met name door te trachten het beginsel van parlementaire soevereiniteit te verzoenen met effectieve rechterlijke bescherming van grondrechten wordt wel waardierend gesproken van een soort 'derde weg': *commonwealth constitutionalism* of *weak-form judicial review*.<sup>23</sup> Het idee van dit relatief nieuwe perspectief op rechterlijke toetsing is dat de rechter een belangrijke taak krijgt toebedeeld om te beoordelen of bepaalde wetgeving in strijd is met fundamentele rechten, maar dat oordeel terzijde kan worden geschoven door het parlement. In die zin is niet alleen meer het oordeel van de rechter beslissend voor de vraag of een bepaalde wettelijke regeling conflicteert met grondrechten, maar ook – of juist – het oordeel van het parlement. Dat gezegd hebbend, voorzien de verschillende regelingen echter ook in constructies die de wetgever moeten aanzetten tot het overnemen en uitwerken van 's rechters visie.

Zoals gezegd zijn deze *commonwealth*-concepten overwegend positief ontvangen in de staatsrechtelijke literatuur, zeker ook in Nederland. Verschillende auteurs lijken welwillend te staan tegenover de adoptie van elementen uit dergelijke constructies.<sup>24</sup> In dat kader is de vraag relevant hoe deze concepten zich verhouden tot het Straatsburgse concept van effectieve

22 House of Lords, *Ghaidan v. Godin Mendoza* [2004] UKHL 30.

23 Zie o.m. S. Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism', *American Journal of Comparative Law* 2001, pp. 707-760, en M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton UP 2008.

24 Zie bijv. J.H. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter: naar een betere dialoog?* (preadvies Staatsrechtconferentie 2007, n.n.g.); E. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss UvA), Den Haag: Boom Juridische uitg. 2003; R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie EUR), Nijmegen 1999.

rechtsbescherming. De ruimte voor een stevige parlementaire rol wordt immers gevonden in een beperking van de mogelijkheden van rechters om rechtsherstel te verlenen. Maar misschien nog wel belangrijker is het feit dat ook de Nederlandse rechter nog weleens aan *weak-form judicial review* pleegt te doen, namelijk wanneer hij van mening is dat het opheffen van geconstateerde strijd tussen een ieder verbindende bepaling van een verdrag en een formeel wettelijke regeling politieke keuzes vergt.<sup>25</sup> Vorig jaar heb ik mij in dit tijdschrift kritisch over deze praktijk uitgelaten en mij afgevraagd of een dergelijke praktijk niet op gespannen voet staat met artikel 13 EVRM.<sup>26</sup> Verwijzend naar de Kameruitspraak in *Burden & Burden* probeerde ik de lijn van de zojuist besproken ontvankelijkheidsjurisprudentie door te trekken om te bezien of daaruit een schending van artikel 13 viel te destilleren. Als het Hof de *declaration of incompatibility* onvoldoende effectief zou vinden onder artikel 35 EVRM, waarom zou zo'n rechtsmiddel dan wél effectief zijn onder artikel 13, zo vroeg ik mij af. En als de *declaration of incompatibility* op gespannen voet zou staan met artikel 13, geldt dat dan niet ook voor de praktijk van Nederlandse rechters om sommige zaken naar de wetgever te verwijzen? Inmiddels een jaartje ouder geworden, meen ik dat de Nederlandse rechter zich niet door mij op de kast gejaagd had hoeven voelen. Daarvoor heb ik een aantal redenen.

Allereerst kan worden gewezen op vaste rechtspraak van het Hof, waarin het stevast herhaalt dat artikel 13 niet zo mag worden uitgelegd dat het staten verplicht tot het instellen van een stelsel van rechterlijke toetsing van formele wetgeving.<sup>27</sup> Het bereik van artikel 13 strekt zich niet uit over wetgeving afkomstig van het parlement. De zaken *Auerbach* en *Arends* leken even aanleiding te geven te menen dat het Hof van die lijn terug was gekomen omdat het in die zaken inhoudelijk in ging op de klacht zonder naar de vaste jurisprudentie te verwijzen.<sup>28</sup> Latere rechtspraak leert echter dat het Hof de lijn nog niet heeft losgelaten.<sup>29</sup> Inmiddels heeft het Hof enkele malen geweigerd een schending van artikel 13 uit te spreken vanwege het ontbreken van een bindende rechterlijke uitspraak onder de HRA 1998.<sup>30</sup> De ratio daarachter is nog altijd dat het Hof de staten niet wil dwingen de Conventie te incorporeren, en dat staten die de Conventie wél hebben geïncorporeerd niet gedwongen mogen worden een stelsel van constitutionele (of daaraan analoge) toetsing te introduceren. Een mogelijk gaatje in het stelsel van rechtsbescherming neemt het Hof op de koop toe: het meent kennelijk dat het dat gaatje zelf wel kan dichten.

25 Vgl. o.m. HR 12 mei 1999, *Arbeidskostenforfait BNB 1999/271* (m.nt. Wattèl). Zie tevens de annotaties van Barkhuysen en mijzelf bij, respectievelijk EHRM 29 januari 2002, *Auerbach t. Nederland*, nr. 45600/99, *NJCM-Bulletin* 2002, pp. 1020-1031, en ABRvS 21 november 2006, *Eman & Sevinger*, *NJCM-Bulletin* 2007, pp. 635-645.

26 Zie mijn aangehaalde annotatie in voetnoot 18.

27 Vgl. EHRM 21 februari 1986, *James t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8793/79 *NJCM-Bulletin* 1986, p. 546 e.v., m.nt. Heringa. Zie voorts voor een kritische bespreking van deze rechtspraak waarbij ik mij van harte aansluit: T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Vermande 1998, pp. 74-87.

28 EHRM 29 januari 2002, *Arends t. Nederland*, appl.no. 45618/99 en EHRM 29 januari 2002, *Auerbach t. Nederland*, appl.no. 45600/99, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1020-1031 (m.nt. Barkhuysen).

29 Vgl. o.m. EHRM 19 oktober 2005, *Roche t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 32555/96 (*Grand Chamber*); EHRM 5 juli 2007, *Saccoccia t. Oostenrijk*, nr. 69917/01 (ontv.besl.).

30 EHRM 8 juli 2003, *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 74025/01 (ontv.besl.); EHRM 27 april 2004, *Pearson t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 8374/03 (ontv.besl.); EHRM 19 mei 2005, *Grant t. Verenigd Koninkrijk*, nr. 32570/03 (ontv.besl.).

Een tweede reden betreft de verschillen tussen de Nederlandse en Britse stelsels van rechtsbescherming. Het essentiële argument waarom het Hof de *declaration of incompatibility* niet als voldoende effectief beschouwt, is het feit dat die verklaring niet bindend is. In dat kader is interessant dat de Britse regering tegenover de Grote Kamer betoogde dat de dames Burden bij het Hof niets méér te zoeken hadden dan bij de Britse nationale rechter omdat zij ook in Straatsburg uitsluitend vroegen om een vaststelling dat van een schending sprake was. Dat het Hof daar niet op in is gegaan lijkt mij correct omdat de uitspraak van het Hof, anders dan die van de Britse rechter wel bindend is en, zij het 'slechts' volkenrechtelijk, verplichtingen schept voor het Verenigd Koninkrijk.<sup>31</sup> Hoewel de Britse staatsinstellingen normaal gesproken een zekere vrijheid genieten bij de keuze van de specifieke middelen om aan de uitspraak gevolg te geven, rust op het parlement, als orgaan van de staat, wel een verplichting om maatregelen te nemen. In die zin onderscheidt de werking van uitspraken van het Straatsburgse Hof zich van die van een *declaration of incompatibility*. Deze laat de wetgever immers niet slechts de keuze uit de verschillende instrumenten om de schending op te heffen, maar is nu juist óók bedoeld om het parlement de mogelijkheid te geven in het geheel geen gevolg te geven aan 's rechters vaststelling, bijvoorbeeld omdat het zelf van mening is dat geen sprake is van een schending of omdat het van oordeel is dat bepaalde belangen prevaleren over de naleving van verdragsverplichtingen. Voor uitspraken van de Nederlandse rechter daarentegen lijkt te gelden dat zij (in al hun onderdelen) de wetgever en het bestuur binden. Nederlandse rechters abtineren voorts niet teneinde het parlement het laatste woord te geven inzake de vraag of een verdragsschending dient te worden opgeheven maar alleen omdat een keuze dient te worden gemaakt uit de verschillende opties om de schending te remediëren. Het lijkt er bovendien op dat het abtineren van de Hoge Raad en de andere hoogste rechters geen kwestie is van bevoegdheid, maar één van rechterlijk beleid.<sup>32</sup> Dat behoeft men geen goede zaak te vinden om toch het verschil te zien tussen de Britse rechter en zijn Nederlandse collega. De praktische consequentie van dat (toegegeven formele) verschil is dat de Nederlandse rechter, wanneer de wetgever te lang op zich laat wachten, alsnog over kan gaan tot het bieden van rechtsherstel. De vraag is wel in wanneer de Nederlandse rechter zich daartoe bereid toont. Het zojuist geschetste verschil is namelijk in hoge mate theoretisch van aard. In de praktijk is het ook in Nederland nog maar de vraag of regering en parlement altijd gevolg kunnen of willen geven aan het oordeel van de rechter.

5. Overigens vraag ik mij af hoe de Grote Kamer uitspraak in *Burden* nu precies afgezet moet worden tegen de hiervoor genoemde ontvankelijkheidsbeslissingen *Auerbach* en *Arends t. Nederland* uit 2002. Het Hof overwoog in beide zaken kortgezegd dat de enkele vaststelling dat verzoeker in een Conventierecht geschonden was, gecombineerd met de vergoeding van gemaakte proceskosten, voldoende effectief rechtsherstel was. Het kwam mede tot die conclusie door vast te stellen dat de vermeende schade het gevolg was van een discriminerende regeling die niet alleen van zijn discriminerende karakter kon worden ontdaan door de, voor de klagers

31 Vgl. L.F. Zwaak, 'The Effects of Final Decisions of the Supervisory Organs Under the European Convention on Human Rights' in: A.F. Bayefski (ed.), *The Human Rights Treaty System in the 21st Century*, Boston (etc.): Kluwer Law Int. 2000, pp. 255-272.

32 S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, pp. 747 e.v.,

gunstiger regeling toe te passen, maar ook door de regeling 'naar beneden bij te stellen' waardoor anderen in een even ongunstige positie zouden komen te verkeren. In dat licht bezien, besloot het Hof, was geen sprake van schade en dus ook niet van slachtofferschap. Ook in *Burden & Burden* gaat het om een – beweerdelijk – discriminerende regeling die, toegegeven wat theoretisch, zowel kan worden opgeheven door gehuwden en geregistreerd partners van de belastingvrijstelling uit te sluiten, als door de vrijstelling voor bloedverwanten mogelijk te maken. Toch neemt het Hof genoegen met de stelling van beide zusters dat althans één van hen schade zal lijden als gevolg van de discriminerende regeling. Dat de wetgever er ook voor kan kiezen om de gehele vrijstelling af te schaffen – dan maar geen stabiele relaties – komt bij het Hof niet op. Het lijkt er op dat het Hof de aard van de discriminatoire regeling in *Auerbach* en *Arends* wat minder ernstig nam. Bovendien kan een rol hebben gespeeld dat het Hof van de veronderstelling uit lijkt te zijn gegaan dat de Nederlandse rechter de wetgever een quasi 'bevel' tot wetgeving had gegeven. Het spreekt immers van een *instruction* aan de wetgever. Welk gewicht aan die bewoording moet worden gegeven zou ik niet durven zeggen, maar zij lijkt wat merkwaardig in het licht van jurisprudentie die de Hoge Raad een jaar na *Auerbach* en *Arends* formuleerde, kortgezegd inhoudende dat een bevel tot wetgeving in het Nederlandse recht is uitgesloten.<sup>33</sup> Mij dunkt daarom dat aan de uitspraak slechts beperkte betekenis moet worden gehecht. Een zuivere vaststelling van een schending wordt immers, zoals gezegd, door de Grote Kamer in *Burden* als onvoldoende effectief gekwalificeerd terwijl de Kamer in *Auerbach* en *Arends* nu juist van de effectiviteit van zo'n vaststelling lijkt te zijn uitgegaan. Zie in dat kader tevens de annotaties van Barkhuysen en Van Emmerik onder deze *Burden & Burden* uitspraak in AB 2008/213, en Alkema in NJ 2008/306.

6. Hoe gaat het tot slot aflopen met de gezusters Burden en de wetgeving op het terrein van de successiebelasting voor samenwonende verwanten? Het feit dat de Grote Kamer geen schending constateert zal de Britse wetgever uiteraard niet onmiddellijk aanzetten tot het produceren van nieuwe regelgeving. Uit de uitspraak lijkt dan wel af te leiden dat het parlement voornamelijk om wetstechnische redenen van gelijkstelling van bloedverwanten met homo-seksueel samenwonenden afzag – die gelijkstelling hoorde niet thuis in de *Civil Partnership Act* – maar die weergave is wat vertekenend. Inderdaad had het Hogerhuis een amendement van die strekking aanvaard, en inderdaad gaf de verantwoordelijke minister in het Lagerhuis aan dat voornamelijk wetstechnische redenen ten grondslag lagen aan de weigering van de regering om dat amendement over te nemen. Op de vraag van de Conservatieve oppositie bij welke gelegenheid de regering dan wél een correcte wettelijke basis zou scheppen voor gelijkstelling wilde de minister echter niet ingaan. Van verschillende politieke zijden komt in het debat de inschatting naar voren dat het amendement van het Hogerhuis niet zozeer de strekking had om het geregistreerd partnerschap ook daadwerkelijk voor bloedverwanten mogelijk te maken. Veeleer diende het amendement de regering te bewegen het wetsvoorstel weer in te trekken vanwege de flinke financiële consequenties die het amendement met zich zou brengen. Het was, zoals men het in de Britse parlementaire praktijk mooi placht uit te

33 Vgl. HR 21 maart 2003, *Waterpakt/Staat*, NJ 2003/691 (m.nt. TK), AB 2004/39 (m.nt. CHB).

drukken, een *wrecking amendment*.<sup>34</sup> In die context bezien hebben de gezusters Burden gediend als politiek lokaas, een weinig verheffend staaltje van het orgaan dat, ook na deze uitspraak van de Grote Kamer over de HRA 1998, nog altijd het laatste woord heeft in het Verenigd Koninkrijk.

<sup>34</sup> *Hansard*, House of Commons Col. 008 en 014-015 (19 oktober 2003).