

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

PIET VAN NUFFEL, Gebruiksaanwijzing voor subsidiariteit - Een bijsluiter bij de eerste toepassing door het Hof van Justitie 273

Rechtspraak

- 1. Grondwet** – Gelijkheid en niet-discriminatie – **2. Jeugdbescherming** – Jeugdgerechten – Rechtsmiddelen
Arbitragehof, 5 maart 1997 298
- Dwangsom** – Bevoegdheid beslagrechter – Executiegeschied – Zwaarigheid omtrent de tenuitvoerlegging – Begrip
Cass., 22 januari 1996 299
- Arbeidsongeval** – Burgerlijke aansprakelijkheid – Schade – Materiële schade – Begrip arbeidsongeschiktheid – Vergoeding – Arbeidsongevallenverzekeraar – Regres – Omvang
Cass., 5 september 1996 299
- Handelszaak** – Bestanddelen
Cass., 6 februari 1997 300
- 1. Stedenbouw** – Herstelmaatregel – Dwangsom – **2. Verbeurdverklaring** – Vermogensvoordelen
Cass., 18 februari 1997 (*met noot van A. Vandeplas*, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en winsten») 300
- Faillissement** – Verdachte periode – Zekerheden voor oude schulden – Onherroepelijke volmacht tot vestiging van pand handelszaak – Tegenwerpbaarheid
Hof Gent, 17 oktober 1996 (*met noot*) 301
- Inkomstenbelastingen** – Personenbelasting – Fictief in een kapitaal omgezette lijfrente – Vergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid zonder inkomstenderving – Belastingbaarheid
Hof Antwerpen, 4 februari 1997 302
- Gemeente** – Vordering tot schadeloosstelling – Voorafgaande machtiging van de gemeenteraad
Rb. Kortrijk, 14 februari 1997 303

Werkloosheid – Uitkering – Uitsluiting – 1. Te late beslissing door R.V.A. – Beginselen van behoorlijk bestuur – Redelijke termijn opgelegd door art. 6.1, E.V.R.M. – 2. Activiteit voor zichzelf verricht – Interpretatie
Arbrb. Antwerpen, 5 september 1996 304

Consumentenrecht – Consumentenkrediet – 1. Begrip – Lichtzinnig toekennen van lening – 2. Jaarlijks kostenpercentage – Buitengerechterlijke kosten – 3. Schadebeding – Geoorloofdheid
Vred. Brussel, 15 juni 1995 306

1. Verbintenis – Niet-nakoming – Ingebrekestelling – Dagvaarding als ingebrekestelling – **2. Huur** – Woninghuur – Onbepaalde duur – Opzegging zonder motief – Ontijdigheid van de opzegging – Geldigheid
Vred. Wolvertem, 6 juni 1996 (*met noot van K. Van Raemdonck*, «Een vroegtijdige opzegging is niet ongeldig») 307

Kanttekeningen

Bedenkingen bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken (*Bestuur van de Vlaamse Juristenvereniging*) 310

Boeken

- D. Simoens en J. Put (red.), Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1990-1996 (*door G.D.*) 310
- Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood (*door Joyce ter Heerdt*) 311
- A. Beijer, Bedreigde getuigen in het strafproces (*door Steven Van Overbeke*) 311
- K. Deketelaere (red.), Vlaamse fiscaliteit. Status questionis 1997 (*door Patrick Cauwenbergh*) 312

Mededelingen

Afgeven van gerechtsbrieven – Keuze van woonplaats (parlementaire vraag van senator Boutmans van 23 mei 1997) 312

GEBRUIKSAANWIJZING VOOR SUBSIDIARITEIT

EEN BIJSLUITER BIJ DE EERSTE TOEPASSING DOOR HET HOF VAN JUSTITIE¹

De juristen in de Europese Unie hebben niet zo lang geleden voor het eerst kennis gemaakt met de term subsidiariteit. Inmiddels is dit een evidente term in elke juridische argumentatie die de bevoegdheidsautonomie van een lagere overheid wil beveiligen tegenover aanspraken of inmening van een hogere overheid. In het gemeenschapsrecht draait het debat rond artikel 3, B, dat de regeringen van de Lid-Staten in 1993 te Maastricht in het EG-Verdrag hebben ingeschreven. Nog vóór de inwerkingtreding van dat artikel hadden de politieke instellingen van de Europese Unie hun uitlegging van het subsidiariteitsbeginsel reeds klaar.² Voor de jurist was het nu nog wachten op de autoritatieve interpretatie die het Hof van Justitie eraan zou geven. Op 12 november 1996 deed het Hof uitspraak over een beroep dat het Verenigd Koninkrijk o.m. wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel had ingesteld tegen een richtlijn van de Raad betreffende de 48-urenweek en andere aspecten van de arbeidstijd.³ Ofschoon het Hof voordien reeds sporadisch naar subsidiariteit verwees⁴ moet dit arrest worden beschouwd als de eerste toets van een communautair optreden aan het subsidiariteitsbeginsel. Tot groot protest van de Britten⁵ verklaarde het Hof de richtlijn uiteindelijk niet nietig (het vernietigde enkel een bepaling over de zondagsrust). De toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel kwam slechts zijdelings aan bod. De wijze waarop het beginsel in de argumentatie aan bod kwam tussen andere geschilpunten zoals de keuze van de bevoegdheidsgrond en de naleving van het evenredigheidsbeginsel, geeft echter aanwijzingen over de praktische betekenis die het subsidiariteitsbeginsel in het Europeesrechtelijk debat toekomt. In een soortgelijke samenhang met geschilpunten wordt subsidiariteit trouwens aan het oordeel van het Hof voorgelegd in het beroep dat de Duitse regering instelde tegen de richtlijn van het Europees

Parlement en de Raad inzake de depositogarantiestelsels.⁶ Deze bijdrage spreekt zich niet uit over de wenselijkheid van een subsidiariteitsbescherming. Ze gaat ervan uit dat subsidiariteit in het gemeenschapsrecht is ingebracht als juridisch concept en dan ook door de juristen moet kunnen worden gehanteerd. Zoals een bijsluiter bij een geneesmiddel wenst deze tekst de gebruikers te informeren over de mogelijkheden en eventuele nevenwerkingen van het middel dat wordt aangeboden. Subsidiariteit vormt een juridische remedie tegen een optreden van de Gemeenschap dat de handelingsvrijheid van andere autoriteiten of particulieren onnodig zou beperken. De kwestie is of de remedie doeltreffend is.

I. SUBSIDIARITEIT: EEN RECHTSBEGRIIP OP POLITIEKE VRAAG

De introductie van subsidiariteit is het gevolg van politieke eisen die divers en niet steeds gelijklopend zijn.⁷ Zij vingen aan met het verlangen van de Duitse *Länder* om meer invloed uit te oefenen op een communautair besluitvormingsproces dat zonder deze regionale autoriteiten erbij te betrekken toch rechtstreekse gevolgen heeft voor de wijze waarop zij binnen de eigen federale structuur hun bevoegdheden kunnen uitoefenen. Ook het beklemtonen van de vrijwaring van nationale soevereiniteit tegenover machtsuitoefening door communautaire instellingen kreeg vorm in een argument voor subsidiariteit. Op die wijze werd subsidiariteit ook in de mond genomen door staten – zoals het Verenigd Koninkrijk – die tegenover de toepassing van het beginsel in hun eigen gecentraliseerde staatsstructuur zeer negatief zouden staan.⁸ Ten derde slaat de term subsidiariteit ook op de idee dat om het even welke overheid zo weinig mogelijk intervenueert in domeinen waarin privé-initiatief volstaat of beter is. Ten opzichte van een communautair overheidsingrijpen kan deze laatste eis om privé-initiatief te vrijwaren worden gebundeld met de eis om de nationale soevereiniteit te beschermen in die gevallen waarin particuliere groepen voldoende druk uitoefenen op hun nationale overheid. De vermelde rechtszaken vormen hiervan een voorbeeld. In de eerste zaak riep het Verenigd Koninkrijk het concept subsidiariteit in om zich te verzetten tegen een com-

¹ Deze bijdrage bouwt voort op ideeën voorgesteld op het congres dat de onderzoeksschool «Ius Commune» op 7-8 november 1996 te Corsendonk heeft gehouden, en past in het kader van een doctoraal proefschrift dat een kritisch model uitwerkt van de bescherming die het gemeenschapsrecht aan Lid-Staten (en andere justitiabelen) biedt tegenover het optreden van de Europese overheid.

² Zie vn. 12 en bijbehorende tekst.

³ H.v.J., 12 november 1996, *Verenigd Koninkrijk t. Raad*, zaak C-84/94, met conclusie van advocaat-generaal LEGER van 12 maart 1996, beide beschikbaar in gestencilde versie maar nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie. De Raad werd ondersteund door de Commissie, Spanje en België. De bestreden regeling is richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, *Pb.*, 1993, L 107/18.

⁴ Zie vn. 117-120 en 147-151 en bijbehorende tekst.

⁵ *Europe*, nr. 6851, 12-13 november 1996, 3 («Following the Court Ruling on the 48 Hours Working Week, Major Threatens to Block the IGC – Letter to President Santer»).

⁶ Zaak C-233/94, *Duitsland t. Europees Parlement en Raad*, *Pb.*, 1994, C 257/20, met conclusie van advocaat-generaal LEGER van 10 december 1996, beschikbaar in gestencilde versie (pleit voor verwerping van het beroep). In dit beroep tegen richtlijn 94/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 inzake de depositogarantiestelsels (*Pb.*, 1994, L 135/5) worden het Europees Parlement en de Raad ondersteund door de Commissie.

⁷ Zie de steeds aangehaalde WILKE, M. en WALLACE, H., *Subsidiarity: Approaches to Power-sharing in the European Community*, Londen, Royal Institute of International Affairs, 1990, 3-5.

⁸ In dit verband, zie EMILIOU, N., «Taking Subsidiarity Seriously? The View From Britain», *E. Pub.L.*, 1995, 563-597.

munautaire maatregel die met verplichtingen zoals de 48-urenweek en de 4 weken jaarlijkse betaalde vakantie striktere beginselen invoerde dan de eigen wetgeving bepaalde. Daarbij spreekt de Britse regering een voorkeur uit voor maatregelen die minder belemmerend werken voor het concurrentievermogen van de industrie en de verdien capaciteit van particulieren⁹ – allicht eerder op vraag van industrie dan van de vakverenigingen. In de andere zaak verzet Duitsland zich tegen een harmonisatie die verhindert dat de Duitse banken, in andere Lid-Staten, voordeel halen uit het Duitse systeem dat hun deposito's een hogere bescherming biedt dan het geharmoniseerde minimumniveau. De Duitse regering verdedigt hier een systeem dat de Duitse kredietinstellingen op vrijwillige basis en zonder overheidsdwang hebben ingericht. Aan welke eis het beginsel ook werd gekoppeld, het vond in ieder geval ruime weerklank in het politieke debat, wat reeds blijkt uit de vlotte overname in alle talen van een woord dat noch bekend in de oren klonk, noch vlot in de mond lag.¹⁰

Met de opname van het subsidiariteitsbeginsel in artikel 3B stelt het EG-Verdrag een voorwaarde voor elke uitoefening door de Gemeenschap van bevoegdheden die zij met de Lid-Staten deelt. Overeenkomstig de tweede alinea van dit artikel treedt de Gemeenschap bij die bevoegdheden slechts op «indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt». Artikel 3B poneert dit subsidiariteitsbeginsel tussen de formulering (in de eerste alinea) van het beginsel dat de Gemeenschap enkel over de bevoegdheden beschikt die haar in het EG-Verdrag zijn toegewezen en (in de derde alinea) het beginsel dat het communautair optreden niet verder gaat dan nodig om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken. Het eerste beginsel drukt het vereiste uit dat elk communautair optreden in een artikel van het verdrag zijn rechtsgrond vindt. Het laatste is een omschrijving van het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie eist dat een maatregel geschikt is om een nagestreefd doel te bereiken en niet verder gaat dan nodig om dat doel te bereiken.¹¹ De in de eerste en derde alinea genoemde beginselen hadden in het gemeenschapsrecht reeds gelding als ongeschreven rechtsbeginselen. Artikel 3B poneert nu uitdrukkelijk dat ieder communautair optreden een rechtsgrond in het EG-Verdrag vereist om vervolgens, als beperkingen op de uitoefening van die bevoegdheid, de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid aan te duiden.

Zoals gezegd waren de politieke instellingen van de unie er snel bij om aan het subsidiariteitsbeginsel een praktische invulling te geven. Van belang zijn vooral de richtsnoeren die de Europese Raad van december 1992 te Edinburgh in een

«algemene aanpak» neerlegde.¹² Ofschoon niet-bindend geven zij als standpunt van de staatshoofden- en regeringsleiders en de voorzitter van de Commissie immers een aanwijzing hoe de Raad en de Commissie het subsidiariteitsbeginsel in hun wetgevend werk denken toe te passen. Het inter-institutioneel akkoord dat het Europees Parlement, de Raad en de Commissie juist vóór de inwerkingtreding van het EU-Verdrag sloten, bevat wel afspraken die de politieke instellingen binden. Zij slaan echter niet op de inhoud van het subsidiariteitsbeginsel maar wel op de wijze waarop deze instellingen de naleving ervan in hun wetgevende activiteiten in beschouwing zullen nemen.¹³ Sinds de inwerkingtreding van artikel 3B wordt in de voorstellen van wetgeving die de Commissie uitwerkt en in de wetgevende handelingen die de Raad of – wanneer de rechtsgrondslag voorziet in de medebeslissingsprocedure – het Europees Parlement samen met de Raad aanneemt vaak verwezen naar de afweging van subsidiariteitsoverwegingen. De Commissie heeft bovendien in toepassing van het subsidiariteitsbeginsel voorstellen ingetrokken en de laatste jaren in het algemeen opmerkelijk minder gebruik gemaakt van haar initiatiefrecht.¹⁴ In de wetgevende praktijk heeft de introductie van het beginsel dus ongetwijfeld enig effect gehad. De Commissie verwijst naar subsidiariteit ook bij de uitvoering van gemeenschapsrecht, met name in het mededingingsbeleid.¹⁵ De jurist vraagt zich echter af in hoeverre het beginsel de politieke instellingen effectief dwingt om met subsidiariteit rekening te houden. In elk geval stelde een groot deel van de rechtsleer zich bij de invoering van dit beginsel kritisch tot zeer negatief op over de bruikbaarheid van subsidiariteit als door de rechter afdwingbaar geldigheidsvereiste.¹⁶ Deze bijdrage bekijkt eerst de positie van de Lid-Staten ten opzichte van het optreden van de Raad. Op grond daarvan kan iets worden ge-

¹² Algemene aanpak van de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel en van artikel 3, B (EG-Verdrag) door de Raad, *Bull. EG*, 12-1992, punten I.15-I.22, voorbereid in een mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 27 oktober 1992 betreffende het subsidiariteitsbeginsel, *Bull. EG*, 10-1992, punt 2.2.1.

¹³ Interinstitutioneel akkoord van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie van 25 oktober 1993 over de procedures voor de tenuitvoerlegging van het subsidiariteitsbeginsel, *Bull. EG*, 10-1993, punt 1.6.3, en voor de tekst van het akkoord, punt 2.2.2 (ook *Pb.*, 1993, C 329/135).

¹⁴ Zo publiceerde de Commissie lijsten van reeds ingetrokken voorstellen, *Pb.*, 1995, C 344/2, en *Pb.*, 1997, C 2/2. Het argument «subsidiariteit» wordt echter meermaals gebruikt als camouflage voor andere motieven, zie WINTER, G., «Subsidiarität und Deregulierung in Gemeinschaftsrecht», *EuR.*, 1996, (247) 251-262.

¹⁵ Zie vn. 117 en bijbehorende tekst.

¹⁶ Bv. kritisch TOTH, A.G., «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», *C.M.L.Rev.*, 1992, 1079-1105; GAUDISSERT, M.-A., «La subsidiarité: facteur de (dés)intégration européenne», *J.T.*, 1993, (173) 180-181; nog kritischer DEHOUSSE, F., «La subsidiarité, fondement constitutionnel ou paravent politique de l'Union européenne», *Liber amicorum Krings*, Brussel, Story, 1991, 51-59; eerder negatief: GEELHOED, L.A., «Het subsidiariteitsbeginsel: een communautair principe?», *S.E.W.*, 1991, 422-435. Een handig overzicht van het juridisch debat rond subsidiariteit vindt men bij DEVROE, W. en WOUTERS, J., *De Europese Unie*, Peeters, Leuven, 1996, 121-143 (bibliografische lijst op pp. 868-877); zie ook in het handboek LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P. (vn. 11), 102-109.

⁹ Zie r.o. 52 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

¹⁰ Enkel het Grieks («epikourikotita») en het Fins («toissijaisuus») gebruiken een andere stam dan het Latijnse «subsidium, subsidiarius» (dat in de eerste plaats verwijst naar reservetroepen).

¹¹ Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1995, 111 nrs. 116-118.

zegd over de rechtsbescherming tegen het optreden van andere gemeenschapsinstellingen en over de mogelijke bescherming van andere rechtspersonen dan de staten.

II. SUBSIDIARITEIT TUSSEN ANDERE GELDIGHEIDSVEREISTEN VOOR COMMUNAUTAIRE WETGEVING

De vraag om de Lid-Staten tegenover de Gemeenschap te beschermen komt steeds meer aan de orde naarmate de Raad vaker bij (gekwalficeerde) meerderheid besluit. Een Lid-Staat wordt sneller geconfronteerd met communautaire maatregelen waarmee hij inhoudelijk niet akkoord gaat en die hij vanuit een minderheidspositie niet kan tegenhouden. Wat het resultaat van de communautaire besluitvorming betreft biedt het gemeenschapsrecht enkele garanties waarvan de Lid-Staat de naleving na de goedkeuring van de maatregel kan laten toetsen door het Hof van Justitie. Zo werpen de verzoekende regeringen in de genoemde rechtszaken op dat de bestreden richtlijnen naast het subsidiariteitsbeginsel ook andere geldigheidsvereisten schenden: de juiste keuze van de rechtsgrond, het evenredigheidsbeginsel en de motiveringsplicht. Uit deze geldigheidsvereisten kan een Lid-Staat op het eerste gezicht twee vormen van bescherming puren: enerzijds met betrekking tot de inspraak in de besluitvormingsprocedure (keuze van rechtsgrond) en anderzijds inzake de inhoudelijke draagwijdte van de maatregel (evenredigheid en subsidiariteit). De motiveringsplicht moet garanderen dat een rechterlijke toets van de geldigheidsvereisten mogelijk is. Bij nader toezien leunen deze verschillende geldigheidsvereisten sterk tegen elkaar aan. Het arrest in de arbeidstijdzaak toont aan hoe het rechtsgrondvereiste wordt gebruikt om te protesteren tegen de inhoudelijke draagwijdte van een maatregel en hoe subsidiariteit als argument meespeelt in de andere beschermingsvormen. Op welk resultaat kan een Lid-Staat nu hopen wanneer hij de controle op deze geldigheidsvereisten aanwendt om zich tegen een ongewenste communautaire maatregel te verzetten?

A. De juiste rechtsgrond

1° De rechtsgrond als bescherming voor de inspraak in de besluitvorming

Bij een betwisting van de rechtsgrond argumenteert een Lid-Staat doorgaans dat de maatregel overeenkomstig zijn doel en inhoud niet (enkel) op het gebruikte verdragsartikel had moeten worden gebaseerd maar (ook) op een ander artikel. Op die wijze hoopt de Lid-Staat te bereiken dat de rechter een andere rechtsgrond toepasselijk acht die een strikter meerderheidsvereiste oplegt, en dan liefst de eenparigheid van stemmen, die de Lid-Staat een vetorecht verleent.¹⁷

Wanneer de maatregel wordt nietigverklaard en de besluitvorming hervat, zou de Lid-Staat aldus meer kans hebben om het doel en de inhoud van de maatregel anders te

omschrijven. Zo ook probeerde het Verenigd Koninkrijk in de arbeidstijdzaak in de eerste plaats aan te tonen dat artikel 118 A EG-Verdrag (dat gekwalficeerde meerderheid vereist) de verkeerde rechtsgrond was voor de richtlijn en dat deze had moeten zijn gebaseerd op artikel 100 of artikel 235 EG-Verdrag (eenparigheid van stemmen).¹⁸ Een dergelijke betwisting van de rechtsgrond vraagt om een toetsing van de maatregel aan de gebruikte rechtsgrond. De uiteindelijke beslissing hangt af van de interpretatie die men geeft, enerzijds aan de bevoegdheidsomschrijving van het gebruikte verdragsartikel en anderzijds aan de doelstellingen en inhoud van de concrete maatregel.

In de arbeidstijdzaak verwierp het Hof de restrictieve interpretatie die de Britse regering gaf aan de in artikel 118 A bepaalde «minimumvoorschriften» en aan de in dit artikel genoemde doelstellingen van «verbetering van met name het arbeidsmilieu», bescherming van «de veiligheid en de gezondheid van de werknemers» en «harmonisatie bij de verbetering van de op dit gebied bestaande omstandigheden». Over de reikwijdte van artikel 118 A had het Hof zich nog niet moeten uitspreken. Met zijn ruime interpretatie verleende het Hof vrije baan aan de Gemeenschap om een sociaal beleid te blijven voeren op grond van dit artikel. Daarna stelde het Hof vast dat het «hoofddoel» van de arbeidstijdrichtlijn de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers was en dat derhalve een beroep op artikel 118 A voor de hand lag, niettegenstaande de bijkomende gevolgen die een dergelijke maatregel kon hebben voor de totstandkoming en de werking van de interne markt.²⁰ Op die wijze gaf het Hof ook aan hoe het oordeelde over de vraag of de voorliggende maatregel niet eerder op de harmonisatie-artikelen 100 of 100 A diende te worden gebaseerd dan op artikel 118 A EG-Verdrag.²¹ Het Verenigd Ko-

¹⁸ De harmonisatiegrond van artikel 100 A (gekwalficeerde meerderheid in de Raad) zou niet toepasselijk zijn door de uitdrukkelijke uitsluiting in lid 2 van bepalingen inzake de «rechten en belangen van werknemers». Ook in het annulatieberoep van Duitsland tegen de depositogarantierichtlijn (zie vn. 6) gaat het om een spel met meerderheden: in plaats van de gebruikte rechtsgrond van artikel 57, lid 2, eerste en derde zin (gekwalficeerde meerderheid) pleit Duitsland voor de toepasselijkheid van artikel 235. Duitsland meent dat noch artikel 100 A noch artikel 129 A inzake consumentenbescherming (beide gekwalficeerde meerderheid) van toepassing is.

¹⁹ Zo oordeelde het Hof dat de begrippen «arbeidsmilieu», «veiligheid» en «gezondheid» betrekking hebben «op alle factoren, fysieke of andere, die van invloed kunnen zijn op de gezondheid en veiligheid van de werknemer in zijn arbeidsmilieu, en in het bijzonder op bepaalde aspecten van de organisatie van de arbeidstijd». Het vond voor een dergelijke uitlegging steun «in de preambule van het Statuut van de Wereldgezondheidsorganisatie, waarbij alle Lid-Staten partij zijn, en waarin gezondheid wordt omschreven als een toestand van volledig lichamelijk, geestelijk en sociaal welzijn en niet slechts als de afwezigheid van ziekte of zwakte» (r.o. 15 van het arrest, zie vn. 3). Daarnaast verklaarde het dat de uitdrukking «minimumvoorschriften» niets zegt over het niveau van bescherming maar enkel betekent dat het gaat om normen ten opzichte waarvan de Lid-Staten strengere normen van bescherming mogen vaststellen: *id.*, r.o. 17.

²⁰ Zie r.o. 45 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

²¹ Men mag aannemen dat het Hof de toepasselijke rechtsgrond kiest door te zoeken naar het voornaamste oogmerk, zwaartepunt

¹⁷ Of een gekwalficeerde meerderheid ingeval de gebruikte rechtsgrond de aanneming van besluiten bij gewone meerderheid toeliet: H.v.J., 9 november 1995, *Duitsland t. Raad*, zaak C-426/93, *Jur.*, 1995, I-3723.

ninkrijk had tevens artikel 235 EG-Verdrag aangevoerd als eventueel toepasselijke rechtsgrond. Deze rechtsgrond is enkel toepasselijk wanneer een maatregel die noodzakelijk blijkt om een van de doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken, niet of niet volledig kan steunen op een andere bevoegdheidsgrond. Dit was hier niet het geval. Met de ruime uitlegging die het Hof gaf aan artikel 118 A en door te stellen dat het hoofddoel van de richtlijn overeenkwam met de in artikel 118 A vervatte doelstelling van de bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers meende het Hof voldoende te hebben aangetoond dat de Raad geen beroep had hoeven te doen op artikel 235.²² Zodoende kon het Verenigd Koninkrijk het Hof er niet van overtuigen dat een rechtsgrond met eenparigheid van stemmen had moeten zijn aangewend. De uitslag van die discussie werd immers bepaald door de interpretatie van de bevoegdheidsomschrijvingen in het Verdrag en van de inhoud en de doelstellingen van de maatregel in kwestie. En deze uitlegging van het gemeenschapsrecht kon in laatste instantie enkel door het Hof worden gegeven.²³

2° De rechtsgrond als inhoudelijke toets van de relevantie van een maatregel?

Het arbeidstijdarrest gaf het Verenigd Koninkrijk gelijk op één punt. Volgens het Hof ging de Raad met de bepaling over de zondagsrust zijn bevoegdheid wel te buiten. Het Hof verklaarde daarmee een bepaling nietig die eigenlijk geen verplichting inhield voor de Lid-Staten. De argumentatie waarmee het Hof tot die beslissing kwam is echter verrassend. Op vraag van de Britse regering ging het Hof na of het verband tussen de in de richtlijn opgenomen bepalingen enerzijds en de veiligheid en de gezondheid anderzijds niet te gering was om de richtlijn te kunnen baseren op artikel 118 A. Het Hof ging dus verder dan het vergelijken van een communautaire maatregel met de bevoegdheidsomschrijving in

of «hoofddoel» van de maatregel. Het Hof oordeelde immers meermaals dat een maatregel niet op een specifieke harmonisatiegrond zoals artikel 100 of 100 A hoeft te steunen als de harmonisatie enkel een «bijkomstig gevolg» is van de maatregel: zie laatst H.v.J., 26 maart 1996, *Europees Parlement t. Raad*, zaak C-271/94, *Jur.*, 1996, (I-1689) I-1715-1716, r.o. 28-32.

²² De conclusie is minder evident dan zij lijkt omdat het Hof in de overwegingen daarvoor oordeelde dat de Raad toch met één bepaling van de richtlijn zijn bevoegdheid te buiten ging: de zondagsrustbepaling. Zoals hierna uitgelegd meende het Hof echter niet dat de Raad met deze bepaling buiten het bevoegdheidsdomein van artikel 118 A trad maar wel dat hij die bevoegdheid op te verregaande wijze uitoefende.

²³ Ook in de depositogarantiezaak (zie vn. 6) determineert de interpretatie van doel en inhoud van de richtlijn de uitslag van het rechtsgrondgeschil. Als het Hof de conclusie van de advocaat-generaal volgt, houdt de gebruikte rechtsgrond stand omdat het zwaartepunt van de richtlijn ligt bij de harmonisatie van nationale wetgevingen eerder dan bij de consumentenbescherming (artikel 57 in plaats van artikel 129 A). Ingeval de richtlijn op gelijke wijze beide doelstellingen zou nastreven, zou artikel 129 A voor de advocaat-generaal eigenlijk wel van toepassing zijn maar zou het niet toepassen van dit artikel als bijkomende rechtsgrond toch niet leiden tot nietigheid van de maatregel omdat artikel 129 A in dezelfde medebeslissingsprocedure voorziet als artikel 57: zie punten 52 tot 66 van de conclusie.

de rechtsgrond. Het toonde zijn bereidheid om in te gaan tegen een communautaire maatregel waarvan de inhoud niet relevant genoeg zou zijn voor de in de rechtsgrond vermelde doelstellingen. Uiteraard kan een rechter zich niet zomaar moeien met de opportuniteit van een overheidsmaatregel. Eerder in het arbeidstijdarrest verklaarde het Hof nog dat het zich in een annulatieberoep enkel kan uitspreken over de wettigheid van een door de wetgever vastgestelde maatregel en niet over de doelmatigheid ervan.²⁴ De rechter die de inhoudelijke relevantie van een maatregel wenst te controleren moet daarom kunnen aantonen dat hij de toepassing nagaat van een op de wetgever rustende juridische verplichting. Formuleerde het Hof een verplichting die de Lid-Staten een garantie biedt inzake de inhoudelijke relevantie van een communautaire maatregel?

In de eerste plaats maakt het Hof duidelijk dat de wetgever niet verplicht is om te laten zien dat zijn maatregel op een wetenschappelijke basis berust. De Britse regering had aangevoerd dat er onvoldoende wetenschappelijke gegevens bestonden ter rechtvaardiging van de algemene verplichtingen van de richtlijn inzake rustpauzes (pauze verplicht bij arbeid van meer dan zes uur per dag), wekelijkse rusttijd (vierentwintig uren met inbeginsel de zondag), gemiddelde wekelijkse arbeidstijd (niet meer dan achtenveertig uur per zeven dagen) en jaarlijkse vakantie (ten minste vier weken). De regering steunde op een studie die aantoonde dat de overheid wel op wetenschappelijke gegevens zou kunnen steunen om preventief op te treden tegen risico's die bepaalde arbeidsregelingen voor de gezondheid en veiligheid teweegbrengen maar dat elke wetenschappelijke grond ontbrak om een specifiek aantal uren, dagen of weken, of specifiek de zondag als rustdag vast te stellen.²⁵ Het Hof merkt op dat de wetgevende activiteit van de Gemeenschap «niet kan worden beperkt tot gevallen waarin is aangetoond dat een dergelijke actie wetenschappelijk gerechtvaardigd is».²⁶

Hoe sterk moet een wetgevende regeling dan op het gestelde doel gericht zijn om te kunnen spreken van een voldoende nauw verband tussen de maatregel en zijn doelstellingen? Het Hof specificeerde niet welke band de bepalingen van de richtlijn moeten hebben met hun doelstelling, in casu de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemers vooropgesteld in artikel 118 A (en tevens doelstelling van de richtlijn). In plaats daarvan ging het Hof in het arbeidstijdarrest onmiddellijk over tot een apart onderzoek van de bepaling over de wekelijkse rusttijd aan de ene kant en de andere bepalingen van de richtlijn aan de andere kant.

Inzake de wekelijkse rusttijd bepaalde de richtlijn in artikel 5, tweede alinea, dat deze «in beginsel» de zondag omvat. Het Hof erkende dat deze bepaling de vraag of de wekelijkse rusttijd ook de zondag moest omvatten uiteindelijk ter beoordeling van de Lid-Staten liet. Daartoe las het deze tweede alinea in samenwerking met de tiende overweging

²⁴ R.o. 23 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

²⁵ Het betrof een literatuurstudie van professor HARRINGTON van de universiteit van Birmingham, *The Health and Safety Aspects of Working Hours – a critical review of the literature*, die hij opstelde op vraag van het Britse ministerie van tewerkstelling (zie punt 4 van het – niet gepubliceerde – beroep van de Britse regering).

²⁶ R.o. 39 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

van de considerans dat «wat de wekelijkse rusttijd betreft, naar behoren rekening moet worden gehouden met de uiteenlopende culturele, etnische, religieuze en andere factoren in de Lid-Staten; dat het met name ten slotte een zaak is van de Lid-Staat te beslissen of, en zo ja, in welke mate de zondag in de wekelijkse rusttijd begrepen dient te zijn». Niettemin besliste het Hof deze tweede alinea nietig te verklaren omdat «de Raad heeft verzuimd om uit te leggen waarom de zondag, als wekelijkse rustdag, een nauwer verband zou hebben met de gezondheid en de veiligheid van de werknemers dan een andere dag van de week». ²⁷

Voor de andere bepalingen van de richtlijn achtte het Hof het verband met het gestelde doel wel bewezen. De maatregelen inzake minimumrusttijd, arbeidsduur, nachtarbeid, ploegdienst en het werkrooster hadden volgens het hof immers betrekking op het «arbeidsmilieu» en beoogden de gezondheid en veiligheid van de werknemers te beschermen. Het Hof voegde eraan toe dat de ontwikkeling van de sociale wetgeving op zowel nationaal als internationaal niveau bevestigde «dat er een verband bestaat tussen de maatregelen betreffende de arbeidstijd enerzijds en de gezondheid en veiligheid van werknemers anderzijds». ²⁸ Uit deze laatste zin blijkt dat het Hof geen concrete eisen stelde aan de mate waarin de bepalingen inzake arbeidstijd dienden bij te dragen tot de bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers.

Bij nader toezien concretiseert het Hof nauwelijks enige op de wetgever rustende verplichting tenzij dan het vereiste dat een maatregel *enig verband* moet vertonen met zijn doelstellingen. Om de zondagsrustbepaling te vernietigen maakte het hof echter toepassing van een bijkomende verplichting, namelijk dat de maatregel ook *nodig* moet zijn om het gestelde doel te bereiken. Men kan immers gerust aannemen dat de nietigverklaring niet steunde op de opvatting dat het vaststellen van één rustdag voor een groep werknemers niet zou kunnen bijdragen tot hun veiligheid of gezondheid. Zij berustte wel op de vraag van het Hof of een Lid-Staat voor de wekelijkse rusttijd niet even goed een andere dag kon vaststellen. Dat er een verband bestaat tussen een verplichte zondagsrust en de veiligheid of de gezondheid van de werknemers is ook niet echt onwaarschijnlijk. De ruime definitie van gezondheid die het Hof tot de zijne maakt, verwijst immers naar het «sociaal welzijn». ²⁹ En zou men niet kunnen argumenteren dat het behoud van de wijdverspreide traditie van de zondagsrust bevorderlijk kan zijn voor het sociale leven van gezinnen en dus ook voor het sociaal welzijn van de werknemer? ³⁰ Door op te merken dat de zondag geen nauwer verband heeft met de bescherming van de werknemer dan andere dagen in de week, beweerde het Hof eigenlijk dat de maatregel verder ging dan nodig was. Dit is allicht een juiste conclusie. In onze discussie is het interessant om te zien hoe het Hof deze juridisch onderbouwde.

²⁷ *Id.*, r.o. 37.

²⁸ *Id.*, r.o. 38.

²⁹ Zie vn. 19.

³⁰ Zie de opmerkingen gemaakt in het Europees Parlement in het debat van 12 december 1996 over de resolutie over zondagsarbeid (*Ph.*, 1997, C 20/140), dat de erkenning van elke andere dag als verplichte rustdag nadelig zou zijn voor het gezinsleven en zodoende de algemene stress die de burgers ervaren zou kunnen verhogen: *Europe*, nr. 6876, 16/17 december 1996, 13.

Dan merken we dat het Hof zijn nietigverklaring eigenlijk baseerde op een onderzoek van de noodzakelijkheid van de maatregel – een element dat de rechter ook nagaat in de toetsing van het evenredigheidsbeginsel.

Zoals gezegd moet de rechter duidelijkheid scheppen over de juridische eisen die hij met betrekking tot de inhoud van een maatregel aan de wetgever oplegt. Op het eerste gezicht belet dit niet dat het Hof van Justitie reeds bij het onderzoek van de rechtsgrond uitspraak doet of een maatregel geschikt én noodzakelijk is ten aanzien van het gestelde doel. Het Hof schept hierbij echter de verwachting dat het een specifieke verplichting afdwingt naast de eisen die het evenredigheidsbeginsel reeds stelt. Waarbij het Hof dit eigenlijk niet doet en bovendien ook niet verwijst naar de voorzichtigheid waarmee het de naleving controleert van het evenredigheidsbeginsel. Uit de rechtspraak omtrent dit beginsel blijkt duidelijk hoe het Hof een inhoudelijke evaluatie van wetgevende maatregelen slechts met de nodige terughoudendheid wenst uit te voeren (zie hierna). Voor de nietigverklaring van de zondagsrustbepaling was de evenredigheidstoets een meer geëigende context dan het onderzoek van de rechtsgrond. Bij het onderzoek van de rechtsgrond bekijkt de rechter het verband tussen de verschillende bepalingen van een maatregel en de in de rechtsgrond gestelde doeleinden immers om uit te maken of de wetgever wel bevoegd was deze bepalingen uit te vaardigen. Zover gaat het Hof in het arbeidstijdarrest niet. ³¹ Het onderzoek van het evenredigheidsbeginsel leidt niet tot de conclusie of een bevoegdheidsgrond de wetgever toestaat zekere bepalingen uit te vaardigen. Dit onderzoek veronderstelt een bevoegde wetgever en gaat na of die wetgever in de uitoefening van zijn bevoegdheid gebruik maakt van regelingen die voldoende verband houden met de concrete doelstellingen van de maatregel. Dat het Hof de juridische argumentatie onnodig compliceert, blijkt uit het feit dat het Hof zich tijdens de bespreking van de rechtsgrond ook nog uitsprekt over het argument van het Verenigd Koninkrijk dat de richtlijn het subsidiariteitsbeginsel heeft geschonden. ³² Maar eerst: hoe bruikbaar is het evenredigheidsbeginsel?

B. Het evenredigheidsbeginsel

1° Toets van de relevantie en noodzakelijkheid van een maatregel

Een Lid-Staat kan een schending van het evenredigheidsbeginsel aanvoeren als hij meent dat een communautaire

³¹ Uit het arbeidstijdarrest kan men niet afleiden dat het Hof meent dat artikel 118 A de Raad de bevoegdheid ontzegt om een regeling uit te vaardigen betreffende de zondag als verplichte wekelijkse rustdag. Zo'n conclusie zou het Hof trouwens verplichten om de toepasselijkheid van artikel 235 na te gaan of om te besluiten dat het EG-Verdrag aan de Gemeenschap op dat punt geen bevoegdheid verleende. Zie bv. H.v.J., 9 juli 1987, *Duitsland, Frankrijk, Nederland, Denemarken, Verenigd Koninkrijk t. Commissie*, gevoegde zaken 281/85, 283-285/85 en 287/85, *Jur.*, 1987, (3202) 3252, r.o. 22 (nietigverklaring van dat aspect van de Commissie-beschikking dat een «uiterst zwak» verband vertoont met de doelstellingen van de rechtsgrond).

³² R.o. 46-47 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3), besproken in vn. 75-76 en bijbehorende tekst.

maatregel niet geschikt is ter verwezenlijking van het nagestreefde doelen/of verder gaat dan hiertoe noodzakelijk is. Zo betoogde de Britse regering dat niet voldoende wetenschappelijk werd gefundeerd hoe de bepalingen van de arbeidstijdrichtlijn het beschermingsniveau konden verbeteren, en dat de beoogde graad van bescherming ook kon worden bereikt met minder beperkende maatregelen. Dit soort argument vraagt de rechter om zich uit te spreken over de inhoud van het compromis dat in de wetgevende maatregel is neergelegd. Terecht is het Hof van Justitie in dergelijke gevallen op zijn hoede. Op een gebied waarop van de wetgever complexe beoordelingen en beleidkeuzen mogen worden verwacht, laat het Hof aan de wetgever een ruime beoordelingsbevoegdheid. De toetsing van het communautair optreden beperkt zich tot het «marginale» nagaan of er geen sprake is van een kennelijke dwaling, een klaarblijkelijke overschrijding van de beoordelingsbevoegdheid, of een misbruik van bevoegdheid.³³ Volgens het Hof was een marginale toetsing op zijn plaats in de arbeidstijdzaak omdat deze een gebied betrof waarop van de wetgever sociale beleidskeuzen en complexe beoordelingen worden verlangd.³⁴

In de praktijk spitst de rechter de toetsing van het evenredigheidsbeginsel vooral toe op het noodzakelijkheidsoordeel en niet zozeer op het onderzoek van de geschiktheid. Het oordeel van de wetgever dat een maatregel geschikt is om het beoogde doel te bereiken is het aspect bij uitstek om slechts marginaal te toetsen. Men moet immers rekening houden met het feit dat een wetgever bij de aanneming van een maatregel de gevolgen ervan niet altijd met zekerheid kan voorzien.³⁵ Wat het Hof wel nagaat is of de verplichtingen die de maatregel oplegt een zekere relevantie hebben ten opzichte van de beoogde doelstellingen.³⁶ In de arbeidstijdzaak verwees het hof naar het reeds doorgevoerde onderzoek van de rechtsgrond om te besluiten dat de bepalingen van de richtlijn, met uitzondering van artikel 5, tweede alinea, rechtstreeks bijdragen tot de verbetering van de bescherming van de werknemers en daarom «niet als ongeschikt» konden worden beschouwd.³⁷ De geschiktheid van deze bepalingen werd daar zoals gezegd niet echter ter discussie gesteld. Door te concluderen dat de arbeidstijdregeling met uitzondering van artikel 5, tweede alinea, niet als ongeschikt kon worden beschouwd, lijkt het Hof te suggereren dat het de zondagsrustbepaling nietig verklaarde omdat

zij niet geschikt was om de gezondheid en veiligheid van werknemers te bevorderen. Zoals vermeld was het struikelblok voor het Hof echter allicht niet de geschiktheid van een zondagsrustverplichting in het kader van de bescherming van veiligheid en gezondheid van werknemers maar wel de noodzakelijkheid ervan.

Wat de noodzakelijkheidstest betreft, onderzoekt het Hof steeds of het vooropgestelde doel niet op een minder ingrijpende manier had kunnen worden nagestreefd. Een procespartij die zich beroept op een schending van het evenredigheidsbeginsel geeft in zijn klacht reeds weer dat dit optreden volgens hem nadelen teweegbrengt die hadden kunnen worden vermeden door op een andere manier op te treden. De rechter zal moeten nagaan of er inderdaad een alternatief optreden mogelijk is dat ook tot het gewenste resultaat leidt maar zonder dezelfde nadelige effecten. Elk rechtssubject kan zich op het evenredigheidsbeginsel beroepen wanneer een overheidsoptreden meer dan nodig in zijn rechten of belangen zou ingrijpen. De rechtspraak van het Hof geeft niet echt aanwijzingen over de belangen die voldoende legitiem zijn om in aanmerking te worden genomen. Uit de rechtspraak blijkt wel dat ook een Lid-Staat een schending van het evenredigheidsbeginsel kan aanvoeren wanneer hij meent datodeloos afbreuk wordt gedaan aan de eigen bevoegdheden.³⁸ Het gemeenschapsrecht erkent dus de eis van een Lid-Staat om een zekere beleidsvrijheid te behouden als een legitiem belang dat de communautaire overheid enkel mag aantasten wanneer dit noodzakelijk is. Zo biedt het evenredigheidsbeginsel een «subsidiariteitsbescherming» tegenover de communautaire overheid in de vorm van een waarborg tegen eenodeloze aantasting van zowel legitieme particuliere belangen als het belang van een nationale overheid. De Britse regering had enkele belangen genoemd die door de arbeidstijdrichtlijn onnodig zouden worden gehinderd: het concurrentievermogen van de industrie en de verdien capaciteit van particulieren.³⁹ Een onderliggend bezwaar was ook de inperking van de beleidsvrijheid die de Britse wetgever wenste om een eigen soort en niveau van bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers uit te werken.⁴⁰ De regering deed onder meer een beroep op een argument dat deze doelstellingen konden worden bereikt met minder belemmerende maatregelen.⁴¹ Een betaande richtlijn ter bevordering van de veiligheid en

³³ Met een misbruik van bevoegdheid wordt de specifieke situatie bedoeld waarin een gemeenschapsinstelling een maatregel neemt om andere doeleinden te bereiken dan de instelling zegt na te streven of om te ontkomen aan de toepassing van een bepaalde procedure. In de arbeidstijdzaak toonde het onderzoek van de rechtsgrond reeds aan dat de Raad die richtlijn niet bleek te hebben vastgesteld met het uitsluitende of doorslaggevend oogmerk om een ander doel te bereiken dan de door artikel 118 A nagestreefde bescherming van de veiligheid en gezondheid van werknemers: r.o. 70 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

³⁴ R.o. 58 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

³⁵ Zie bv. H.v.J., 7 februari 1973, *Schroeder t. Duitsland*, zaak 40/72, *Jur.*, 1973, (125) 143, r.o. 14. Lees hiervoor SCHWARZE, J., *European Administrative Law*, Londen, Sweet and Maxwell, 1992, 855-857.

³⁶ Zie bv. de toets in H.v.J., 9 november 1995, *Duitsland t. Raad*, zaak C-426/93, *Jur.*, 1995, (I-3723) I-3756-3757, r.o. 43-45.

³⁷ R.o. 59 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

³⁸ H.v.J., 9 augustus 1994, *Duitsland t. Raad*, zaak C-359/92, *Jur.*, 1994, (I-3681), I-3713, r.o. 42 (zie vn. 51). Het evenredigheidsbeginsel beperkt zich dus niet noodzakelijk tot de bescherming van particuliere belangen; zie nochtans in die zin BERNARD, N., «The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity», *C.M.L.Rev.*, 1996, (633) 654. Anderzijds lijkt het evenredigheidsbeginsel zoals gecodificeerd in artikel 3 B, derde alinea, EG-Verdrag evenmin enkel op de bescherming van de Lid-Staten te slaan, zoals beweerd door WINTER, G; (vn. 14), 266.

³⁹ Zie vn. 9 en bijbehorende tekst.

⁴⁰ Dit blijkt o.m. uit de nadruk die de regering legde op de vermelding in artikel 118 A dat de minimumvoorschriften «geleidelijk zullen worden toegepast, met inachtneming van de in elke van de Lid-Staten bestaande omstandigheden en technische voorschriften».

⁴¹ Daarnaast haalde de Britse regering hier opnieuw haar onjuiste interpretatie van minimumnormen boven (zie vn. 19) en voerde de schending van het subsidiariteitsbeginsel aan (zie vn. 78).

gezondheid op het werk zou reeds een bescherming garanderen op de door de arbeidstijdrichtlijn bestreken gebieden (zoals een risico-evaluatie telkens als de arbeidsuren bepaalde grenzen zouden overschrijden) zonder de Lid-Staten dezelfde mate van verplichtingen op te leggen.⁴² Het Hof ontcrachtte dit argument door te beslissen dat de bestaande richtlijn enkel algemene beginselen ter preventie van risico's vastlegde maar «niet geschikt» was ter verwezenlijking van de doelstelling van harmonisatie van de minimumrusttijden, de pauzes en de maximale wekelijkse arbeidstijd die in de bestrede richtlijn werden geregeld.⁴³

2° Evenredigheid op te vatten in strikte zin?

Vóór het onderzoek van dit laatste argument ging het Hof nog na in hoeverre de arbeidstijdrichtlijn zelf de toepassing van haar bepalingen inperkt, afwijkingen toestaat en overgangperiodes inbouwt;⁴⁴ De richtlijn blijkt minder ingrijpende gevolgen te hebben dan de Britse regering beweerde. Sommige auteurs zullen in dit onderzoek een toepassing door de rechter zien van een derde aspect van het evenredigheidsbeginsel, naast de aspecten van geschiktheid en noodzakelijkheid. In hun ogen eist het aspect «evenredigheid in enge zin» dat wordt onderzocht of een wetgevende maatregel ook niet op zichzelf, zonder vergelijking met mogelijke alternatieven, als onevenredig kan worden beschouwd.⁴⁵ Soms zegt het Hof immers dat een maatregel ook onevenredig is wanneer de veroorzaakte nadelen niet evenredig zijn met het nagestreefde doel.⁴⁶ De evenredigheid in strikte zin vergt dus een globale afweging tussen de voor- en nadelen van de maatregel. De voordelen die voortvloeien uit het nastreven van het doel of het bereiken van het gewenste resultaat moeten kunnen opwegen tegen de nadelige gevolgen. Door het Hof wordt de evenredigheid in enge zin echter zo goed als nooit nagegaan, laat staan onevenredigheid in die betekenis vastgesteld.⁴⁷ De beoordeling dat een maatregel

geen onevenredig hoge lasten teweegbrengt kan trouwens evengoed betekenen dat geen enkel van de genoemde belangen noemenswaardig is aangetast en de beweerde nadelige gevolgen dus niet zijn bewezen.⁴⁸ In het arbeidstijd-arrest zou men het onderzoek naar het ingrijpend karakter van de richtlijn kunnen opvatten als een test van de evenredigheid in strikte zin, namelijk een test of de richtlijn geen onevenredig grote nadelen voor de beleidsvrijheid van de Lid-Staten teweegbracht. Men kan echter ook zeggen dat het Hof enkel naging of de richtlijn wel de nadelige effecten had die de Britse regering ze toedichtte.⁴⁹ Het Hof zei niet dat het de strikte evenredigheidstest toepaste en gebruikte dit onderzoek ook enkel om uiteindelijk tot het besluit te komen dat de Raad niet kennelijk had gedwaald toen hij aannam dat het nagestreefde doel van de richtlijn niet met minder beperkende maatregelen kon worden bereikt. Door de marginale inkleding van de toets als een onderzoek van een eventuele kennelijke dwaling, is uit de evenredigheidsrekening van het Hof niet echt op te maken welke mogelijke evenredigheidsaspecten werden doorgelicht.

Het evenredigheidsbeginsel leidt uiteraard tot een striktere controle op het wetgevend optreden als rechter niet enkel de geschiktheid en noodzakelijkheid van dit optreden – zij het marginaal – nagaat maar ook de afweging «in enge zin» maakt van de voordelen van het optreden (het nastre-

ven in het echter meende dat een Lid-Staat niet voldoende had aange- toond «dat de kosten in verband met het creëren en bijwerken van de ondernemingsregisters kennelijk niet in verhouding staan tot de voordelen die de Gemeenschap heeft bij de beschikbaarheid van betrouwbare gegevens voor de verwezenlijking van de verschillende doeleinden die haar door het Verdrag zijn gesteld»: H.v.J., 9 november 1995, *Duitsland t. Raad*, zaak C-426/93, *Jur.*, 1995, (I-3723) I-3758, r.o. 50. Effectief kwam het Hof met een strikte evenredigheidstest tot het besluit dat een gedeelte van een maatregel onevenredig was in de Deense flessenzaak, waarin het echter oordeelde over de evenredigheid van een nationale milieubeschermingsmaatregel als een door artikel 36 gerechtvaardigde uitzondering op het communautaire vrije goederenverkeer: zie H.v.J., 20 september 1988, *Commissie t. Denemarken*, zaak 302/86, *Jur.*, 1988, (4607) 4632, r.o. 20-21, en de bespreking door JANS, J.H., «Evenredigheid: ja, maar waartussen?», *S.E.W.*, 1992, (751) 760-761. Wat communautaire wetgevende maatregelen betreft, vindt men deze afweging wel terug wanneer de schending van een grondrecht op het spel zou staan: zie LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P., «Le principe de subsidiarité et son contexte: étude de l'article 3 B du traité CE», *Cah. dr. eur.*, 1994, (13) 60.

⁴⁸ Zo ook blijkt de conclusie van advocaat-generaal LÉGER in de depositogarantiezaak dat de lasten die de richtlijn oplegt niet evenredig hoog zijn (punten 133-138 en 160 van zijn conclusie, zie vn. 6), eigenlijk een vaststelling dat de richtlijn niet de nadelige effecten heeft die Duitsland opwerpt, eerder dan het resultaat van een evenredigheidstest in de strikte zin. In dezelfde zin maakt hij in de punten 101-104 een globale afweging van de kosten/baten van de richtlijn om te kunnen besluiten dat de richtlijn uiteindelijk geen belemmering vormt voor de vrije vestiging in de Gemeenschap.

⁴⁹ Dit kan men eveneens zeggen van het soortgelijk onderzoek van de arbeidstijdrichtlijn dat advocaat-generaal LÉGER als evenredigheidstoets in punten 136 tot 146 van zijn conclusie doorvoerde (zie vn. 3). Zo besloot hij dat de zondagsrustbepaling niet onevenredig was omdat het bij deze bepaling «niet om een verplichting gaat» voor de Lid-Staten om de zondag als wekelijkse rustdag aan te nemen (punt 139). In zijn ogen was er dan ook geen nadelig effect voor de Lid-Staten waarvan de noodzakelijkheid diende te worden aangetoond.

⁴² Het ging om richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk, *Pb.*, 1989, L 183/1.

⁴³ R.o. 65 van het arbeidstijdarrest (zie vn. 3).

⁴⁴ *Id.*, r.o. 61-64.

⁴⁵ Zie o.a. de conclusies van de advocaten-generaal SLYNN bij H.v.J., 20 september 1988, *Commissie t. Denemarken*, zaak 302/86, *Jur.*, 1988, 4607 op pp. 4625-4626, VAN GERVEN bij H.v.J., 23 mei 1990, *Van den Burg*, zaak C-169/89, *Jur.*, 1990, I-2143 op p. 2158, MISCHO bij H.v.J., 13 november 1990, *Fedesa e.a.*, zaak C-331/88, *Jur.*, 1990, I-4023 op p. 4051, en LÉGER in de depositogarantiezaak (zie vn. 6), punten 111 en 133-147; zie ook SCHWARZE, J. (vn. 35), 859 (die erop wijst dat die opvatting geïnspireerd is op de evenredigheidstest zoals het Duitse administratief recht die kent: *id.*, 687).

⁴⁶ Zie bv. H.v.J., 13 november 1990, *Fedesa e.a.*, zaak C-331/88, *Jur.*, 1990, (I-4023) I-4063, r.o. 13.

⁴⁷ Dit geschiedde zeer summier in dezelfde *Fedesa*-zaak, waarin het Hof vermeldt, na marginale toetsing van de geschiktheid van de communautaire maatregel en na de erkenning dat de Raad kon aannemen dat er geen minder belemmerende alternatieven bestonden: «Ten slotte is het belang van de nagestreefde doeleinden van dien aard, dat het negatieve economische consequenties voor bepaalde handelaren kan rechtvaardigen» (H.v.J., 13 november 1990, *Fedesa e.a.*, zaak C-331/88, *Jur.*, 1990, (I-4023) I-4063, r.o. 13). Bereidheid om de afweging te maken toont het Hof in een zaak waar-

ven van het doel of het bereiken van het gewenste resultaat) tegenover de nadelige gevolgen. Met een afweging van de evenredigheid in strikte zin intervenueert de rechter midden in de politieke afweging van belangen en waarden. In feite vereist de toepassing van evenredigheid in strikte zin dat de rechter een oordeel velt over de mate waarin de doelstellingen die de communautaire wetgever nastreefde moeten worden ondergeschikt aan andere beleidsdoelen of belangen.⁵⁰

Een rechter die meent dat de instelling van een 48-urenweek ter bescherming van de gezondheid van werknemers onevenredige nadelen meebrengt voor het concurrentievermogen van de betrokken industrie zou immers dit laatste belang hiërarchisch plaatsen boven de doelstelling die de wetgever zelf heeft vooropgesteld. Dit is niet zo bij het evenredigheidsonderzoek dat zich beperkt tot de geschiktheid en noodzakelijkheid van een maatregel. In dat geval gaat de rechter enkel na of een alternatieve regeling denkbaar is die het door de wetgever nagestreefde doel van de bescherming van de gezondheid even goed kan bereiken en toch minder nadelig is voor een belang zoals het concurrentievermogen. De rechter laat zich dan enkel in met de keuze van het wetgevend instrument maar onderzoekt niet of het door de wetgever nagestreefde doel in het concrete geval moet worden ondergeschikt aan andere doeleinden of belangen. Uiteraard houdt de rechter zich ook met deze evenredigheidsafweging niet echt volledig buiten de politieke afweging. Alleen al het oordeel of een minder belemmerend alternatief optreden het gestelde doel even goed zou bereiken berust immers op een afweging die de rechter niet anders kan maken dan door een beroep te doen op andere, bijkomende criteria of waarden dan het door de wetgever nagestreefde doel.⁵¹ Bovendien streeft een wetgevende bepaling vaak tegelijk diverse doeleinden na. Het beoordelen van de geschiktheid van een mogelijk alternatief optreden is dan eveneens onmogelijk zonder enig oordeel over de onderlinge verhouding van deze doeleinden. Toch blijven de door de politieke overheid vastgelegde doelstellingen hier het referentiekader waarbinnen de rechter zijn toets uitvoert. Dit verschil met de test van evenredigheid in strikte zin verkleint maar valt toch niet weg wanneer de rechter zijn evenredigheidstoets in een marginaal kleedje steekt. Dan nog blijft im-

mers het verschil in afweging overeind dat de rechter bereid is te maken wanneer men een kennelijk geval van onevenredigheid zou aantonen.

Voor een Lid-Staat biedt de evenredigheid in enge zin een bijkomende mogelijkheid om zich te verzetten tegen een al te ingrijpend communautair optreden. In principe kan een Lid-Staat immers de aantasting van eigen bevoegdheden opwerpen als een nadelig gevolg dat de communautaire wetgever had kunnen vermijden door het gestelde doel na te streven op een wijze die de Lid-Staten meer vrijheid laat. In een strikte evenredigheidstest zou de rechter bv. kunnen oordelen of de beperking die de 48-urenweek meebrengt voor de beleidsvrijheid van Lid-Staten niet al te groot is in vergelijking met de voordelen die deze regeling biedt op het vlak van de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers. Dit lijkt me echter het soort afweging dat toe komt aan de politieke besluitvorming. Op welke grond zou een rechter immers de afweging kunnen maken in hoeverre de beleidsvrijheid van een Lid-Staat mag worden ingeperkt door communautaire maatregelen die een doelstelling realiseren die in het EG-Verdrag is neergelegd? Als de bevoegdheidsgrond in het verdrag geen duidelijke limieten stelt aan de communautaire bevoegdheid om de veiligheid en gezondheid van de werknemers te verbeteren, is een dergelijke evenredigheidstest geen geschikt instrument om bescherming te bieden aan een Lid-Staat tegenover een communautair optreden waaraan de regering van die staat zelf heeft meege werkt. Een nuttige bescherming wordt echter wel geboden in de gangbare evenredigheidstest die kijkt naar het minst belemmerend instrument om op te treden. Zonder elke politieke evaluatie uit te sluiten, beperkt deze test de taak van de rechter tot een onderzoek of een alternatief optreden het door de communautaire wetgever gestelde doel tot op ongeveer dezelfde hoogte zou kunnen bereiken. Een Lid-Staat die de onevenredigheid van een communautaire wetgevende maatregel wil aantonen, moet dan voldoende elementen aanvoeren om de rechter ervan te overtuigen dat minder ingrijpende maatregelen voorhanden waren op communautair niveau. Deze test houdt minder mogelijkheden in om een wetgevend optreden aan te vechten maar geeft een juridische bescherming die niet zo afhankelijk is van het politiek oordeel van de rechter.

C. Het subsidiariteitsbeginsel

Het nieuwe geldigheidsvereiste van artikel 3 B, tweede alinea, EG-Verdrag eist dat de Gemeenschap slechts optreedt indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Anders dan het in de derde alinea herhaalde evenredigheidsbeginsel, geldt dit subsidiariteitsbeginsel volgens artikel 3 B niet voor de exclusieve bevoegdheden van de Gemeenschap (bv. de gemeenschappelijke handelspolitiek). De meeste communautaire bevoegdheden worden echter door de Gemeenschap en de Lid-Staten gedeeld.⁵² Voor deze bevoegdheden eist de

⁵⁰ LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 57; zie ook JANS J.H. (vn. 47), 765-770, die het specifiek heeft over de evenredigheid van maatregelen van Lid-Staten op grond van artikel 36 EG-Verdrag, waarbij de door hen nagestreefde doelstellingen worden afgewogen tegenover de doelstelling van het vrije goederenverkeer.

⁵¹ In die zin is ook het hanteren van het efficiëntie criterium niet neutraal. Een voorbeeld hiervan vindt men in een zaak waarin het Hof zich moet uitspreken of de dwangmogelijkheden ten opzichte van de Lid-Staten die een richtlijn aan de Commissie toekende, noodzakelijk waren om de doeleinden te bereiken van bescherming van de gezondheid en veiligheid van consumenten en opheffing van handelsbelemmeringen en concurrentiedistorsies. Om tot de conclusie te komen dat hetzelfde resultaat niet kon worden bereikt met het minder ingrijpend alternatief dat bestond in het beroep dat de Commissie kan doen op de niet-nakomingsprocedure van het Verdrag, ging het Hof over tot een afweging van beide regelingen ten opzichte van een bijkomende doelstelling, namelijk het verzekeren van efficiënte rechtsbescherming: H.v.J., 9 augustus 1994, *Duitsland t. Raad*, zaak C-359/92, *Jur.*, 1994, (I-3681) I-3714-3715, r.o. 48 en 50.

⁵² Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P. (*supra*, vn. 11), 97-101, nrs. 100-105.

regel van artikel 3 B, tweede alinea, dat de Gemeenschap niet enkel het feit dat zijzelf optreedt (en niet aan de Lid-Staten de beleidsvrijheid laat) moet kunnen verantwoorden maar ook de reikwijdte van haar optreden (de Gemeenschap treedt slechts op «voor zover...»). Dit tweede aspect heeft hetzelfde effect als de evenredigheidstest, die immers ook nagaat of de communautaire overheid niet op minder verregaande wijze had kunnen optreden. De hamvraag is dan ook of de subsidiariteitstest iets toevoegt aan het evenredigheidsvereiste waaraan de communautaire wetgever reeds was gebonden. Eerst wordt nagegaan hoe aan de omslachtige formulering van subsidiariteit een bruikbare uitlegging kan worden gegeven. Een Lid-Staat heeft er belang bij dat de eisen die het subsidiariteitsbeginsel stelt eenduidig worden geformuleerd, zodat de regering nog in de loop van het besluitvormingsproces ervoor kan zorgen dat de communautaire wetgever deze verplichtingen naleeft. Voorlopig laten we in het midden of de vervulling van deze tests door de communautaire wetgever zelf in zijn maatregel moet worden toegelicht, of daarentegen, een protesterende partij het niet-gevolgd zijn van een vereiste moet kunnen aantonen.

1° Op zoek naar de doeltreffendste subsidiariteitstest

Het arbeidstijdarrest van het Hof van Justitie geeft nuttige aanwijzingen over de bruikbaarheid van subsidiariteit als juridisch argument. Zoals hierna zal blijken maakt het Hof echter helemaal niet duidelijk welke invulling het precies aan het subsidiariteitsbeginsel geeft. Toch heeft de jurist behoefte aan een werkbaar interpretatie van de in de tweede alinea van artikel 3 B neergelegde formulering. Zoals ze er nu staat is de formulering niet direct toe te passen. Bij nader toezien blijkt de bepaling immers ten minste twee tests te combineren die ten opzichte van de doelstellingen van een communautaire maatregel kunnen worden uitgevoerd. Volgens een eerste test, die zich op het eerste stukje van die alinea concentreert,⁵³ lijkt een gemeenschapsoptreden mogelijk zodra de Lid-Staten die doelstellingen «niet voldoende» kunnen verwezenlijken. Een tweede test bekijkt de gehele alinea en komt tot de eis dat de Gemeenschap aantoonbaar dat zij de doelstellingen «beter» kan verwezenlijken, vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden. De tweede test begint eigenlijk met een toepassing van de eerste test: wanneer de Lid-Staten niet voldoende in staat zijn de vooropgetelde doeleinden te bereiken is er immers al geen sprake meer van nationale maatregelen die beter of even goed kunnen zijn. Beide subsidiariteitstest hebben gemeen dat zij een vergelijking eisen tussen de mogelijkheid van de Lid-Staten om bepaalde doelstellingen te bereiken en die van de communautaire overheid. Het verdragsartikel spreekt over de doelstellingen van een «overwogen» optreden van de Gemeenschap. Een Lid-Staat die de schending van het subsidiariteitsbeginsel aanvoert in een annulatieberoep voor het Hof vraagt de rechter uiteraard om een beoordeling ten opzichte van de doelstellingen van een reeds

genomen maar aangevochten communautaire maatregel. De voorgenoemde of al aangenomen communautaire maatregel moet worden vergeleken met mogelijke regelingen (reëel of hypothetisch) op nationaal niveau.⁵⁴

a) TEST VAN DE TOEREIKENDHEID VAN HET NATIONALE BELEIDSNIVEAU ?

Onder de eerste test kan men een gemeenschapsmaatregel aanvechten door aan te tonen dat de Lid-Staten zelf voldoende in staat waren om de (door de communautaire maatregel) aangewezen doelstellingen te bereiken. Of kan men van de communautaire wetgever eisen dat die vermeldt waarom de Lid-Staten niet in staat waren de doelstellingen voldoende te bereiken. Opdat een gemeenschapsoptreden ongeldig zou zijn, is het niet genoeg dat nationale maatregelen «geschikt» zijn om dat doel te bereiken, ze moeten die doelstellingen ook nog tot op een zeker («voldoende») niveau kunnen bereiken. Wat de rechterlijke afdwingbaarheid van de test betreft, vertoont deze «toereikendheidstest» opvallende gelijkenissen met de toets van minder belemmerende alternatieven waartoe het evenredigheidsbeginsel verplicht. Terwijl de rechter in de evenredigheidsafweging nagaat of een alternatief optreden het gestelde doel in dezelfde mate kan bereiken zonder andere belangen of doelstellingen te hinderen, wordt in de subsidiariteitstest een nationaal optreden *per se* als minder belemmerend beschouwd dan een communautair optreden zodat de rechter enkel moet nagaan of dit alternatief het door de wetgever gestelde doel voldoende kan bereiken. In feite gaat het ook om dezelfde test. Evenals bij de evenredigheidsafweging blijft het rechterlijk oordeel hier evenmin juridisch-neutraal. Zo maakt de rechter onvermijdelijk een politieke afweging wanneer hij beslist of een alternatief optreden het gestelde doel in voldoende mate zou realiseren of wanneer hij een alternatief optreden moet vergelijken met een bestreden maatregel die meerdere doelstellingen tegelijk nastreeft.⁵⁵ Toch geldt hier opnieuw de bedenking dat de rechter zijn oordeel kan en moet afstemmen op de wijze waarop de communautaire wetgever meende praktisch vorm te moeten geven aan de gestelde doeleinden. Als de wetgever in zijn overwogen maatregel prioriteit verleent aan een bepaald doel boven andere doeleinden moet de rechter een mogelijk nationaal optreden volgens dezelfde waardenhiërarchie inschatten. Een maatregel kan onder zijn doelstellingen ook efficiëntieoverwegingen melden waardoor deze toereikendheidstest aspecten van de andere mogelijke subsidiariteitstest in zich zou verenigen.⁵⁶

⁵⁴ Onder de mogelijke nationale regelingen staat naast een regelgevend optreden uiteraard ook de optie voor de nationale overheid om helemaal niet regelend op te treden. Ook in dit laatste geval kan de rechter immers nagaan of het door de communautaire wetgever gestelde doel in voldoende mate kan worden bereikt vanuit privé-initiatief.

⁵⁵ De tekst van de tweede alinea van art. 3 B gaat zelfs uit van de situatie dat een overwogen optreden meerdere doelstellingen nastreeft.

⁵⁶ LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P., (vn. 47), 5051.

⁵³ Het voegwoord «derhalve» suggereert immers dat het daaropvolgende vereist dat de Gemeenschap die doelstellingen beter kan verwezenlijken, een gevolg is van de toepassing van het eerste vereiste, dat de Lid-Staten dit zelf niet voldoende kunnen doen. Zie LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 49; BERNARD, N. (vn. 38), 653.

b) TEST VAN DE VERGELIJKENDE EFFICIËNTIE VAN HET NATIONALE BELEIDSNIVEAU?

De andere subsidiariteitstest vraagt een vergelijking of de overwogen doelstellingen beter kunnen worden verwezenlijkt door de Gemeenschap dan door de Lid-Staten. Dit soort vergelijking is minder eenvoudig dan ze schijnt. Het is immers niet voldoende te kijken welk beleidsniveau de doelstellingen zo ver mogelijk zou kunnen omzetten in de praktijk. Zo is een overheidsoptreden dat een extreem hoog niveau van sociale bescherming oplegt niet noodzakelijk voor iedereen een «betere» maatregel te noemen dan een optreden dat een lager beschermingsniveau zou garanderen maar gemakkelijker door alle betrokken groepen zou worden aanvaard. Het begrip «beter» verlangt om een alomvattend oordeel. Dit oordeel hangt af van de prioriteiten die men stelt ten aanzien van het nagestreefde doel (hoge bescherming, snelle resultaten, goedkope resultaten...) en van de waarde die men toekent aan andere belangen die door de betrokken regeling in min of meerdere mate zouden worden aangetast (ongewenste neveneffecten, lasten voor betrokken groepen, onttrekking van financiële middelen aan andere beleidsdoelen...). Zo staat de weg open voor argumenten op grond waarvan een communautair optreden toch «beter» zou worden genoemd dan een nationaal optreden ook al had dit laatste de overwogen doelstellingen toch «toereikend» kunnen verwezenlijken. Men kan ervan uitgaan dat dit soort afweging nooit echt afwezig is in het wetgevend compromis. Kan men deze afweging echter ook afdwingbaar maken? Anders dan in de eerste subsidiariteitstest vormen de door de wetgever geformuleerde doelstellingen niet meer het enige referentiekader voor de vergelijking. Om het beste beleidsniveau te vinden kan een rechter immers de mate waarin deze doelstellingen worden verwezenlijkt afwegen tegenover andere belangen of waarden die volgens hem een «beter» optreden uitmaken.

Eigenlijk laat deze tweede subsidiariteitstest de rechter toe een afweging te maken van hetzelfde type als die waartoe de evenredigheidstest in strikte zin zou verplichten. Zij nodigt de rechter uit om opnieuw een oordeel te vellen over het politieke compromis dat de wetgever reeds heeft gemaakt of voorgesteld. Daarbij moet de rechter, na te hebben vastgesteld in welke mate het nagestreefde doel wordt bereikt door mogelijke communautaire of nationale maatregelen, op een of andere wijze een globale evaluatie kunnen maken van het beste beleidsniveau. In de juridische discussie omtrent subsidiariteit is gezocht naar criteria waarmee de rechter deze evaluatie op een politiek-neutrale wijze zou kunnen doorvoeren. Zo vergt artikel 3 B dat de rechter rekening houdt met de «omvang» en de «gevolgen» van het overwogen optreden. Dit helpt om de mogelijkheden van elk van beide beleidsniveaus zo volledig mogelijk in te schatten maar vormt op zich nog geen criterium om te kiezen tussen meerdere beleidsniveaus. Volgens sommigen omvat de tweede subsidiariteitstest een dergelijk criterium als men die begrijpt als een test van vergelijkende efficiëntie. In toepassing van het economische beginsel dat de beschikbare middelen optimaal dienen te worden aangewend, kan men met een kosten/baten-analyse het communautair optreden afwegen ten opzichte van elk alternatief optreden op nationaal vlak. De band die het verdragsartikel legt tussen de term «beter» en «de omvang of de gevolgen van het overwogen op-

treden» maken het mogelijk te verwijzen naar de schaalvoordelen van een communautair optreden of naar de wijze waarop een communautaire regeling met de ruimere draagwijdte van een probleem of met de gevolgen van de regeling buiten de betrokken kring («externalities» of «spill-over») rekening kan houden.⁵⁷

Ongetwijfeld kan de efficiëntie-analyse min of meer objectieve elementen invoeren in de politieke afweging.⁵⁸ Dit betekent echter niet dat zij voorwerp kan worden van een juridisch-afdwingbare verplichting. Nog afgezien van de kwestie of een rechter tot een dergelijke economische analyse in staat zou moeten zijn⁵⁹ stoot een dergelijke invulling van de tweede subsidiariteitstest op het bezwaar dat men de voordelen van het communautaire of nationale optreden (het «beter» zijn) zou reduceren tot die aspecten waarover efficiëntieoverwegingen uitsluitel kunnen brengen. In feite geeft een dergelijke test de rechter geen neutrale methode die de rol van de politieke afweging overneemt maar wel een wijze van redeneren die politieke keuzes kan verstoppen in economische argumenten. Men kan immers onmogelijk aan de mogelijke gevolgen van een overheidsoptreden diverse waarden toekennen zonder politieke standpunten in te nemen.⁶⁰ Naast efficiëntieoverwegingen kan een rechter altijd worden geconfronteerd met andere waarden of doelstellingen waarop hij zijn oordeel zou kunnen schragen of de Gemeenschap dan wel de Lid-Staten de mogelijkheid moet worden gelaten om het door de communautaire wetgever vooropgestelde doel te bereiken. Zo is het duidelijk dat de Raad de 48-urenweek met de arbeidstijdrichtlijn invoerde vanuit een opvatting die de belangen van de werknemers voorrang verleende aan de belangen van de industrie of de Britse ideeën inzake overheidsinterventie. Een economische analyse

⁵⁷ VAN DEN BERGH, R., «Economic Criteria for Applying the Subsidiarity Principle in the European Community: The Case of Competition Policy», *Int'l Rev. of Law & Econ.*, 1996, (363) 364; PENNINGS, F., «Is the Subsidiarity Principle Useful to Guide the European Integration Process», *Tilburg For.L.Rev.*, 1993, (153) 160. Een uitwerking van het in rekening brengen van externe kosten wordt voorgesteld voor het mededingingsbeleid in de vermelde studie van VAN DEN BERGH; voor het milieubeleid door WILS, W., «Subsidiarity and EC Environmental Policy: Taking People's Concerns Seriously», *J.Env.L.*, 1994, (85) 88.

⁵⁸ In principe kunnen ook niet-kwantificeerbare doelstellingen of gevoeligheden in deze analyse worden betrokken: zie WILS, W. (vorige vn.), 88-91 (over de mogelijke erkenning als «psychic spill-over» die kan worden toegekend aan het zich politiek betrokken voelen van milieugevoelige burgers bij milieutoestanden in andere Lid-Staten). Vgl. CASS, D.Z., «The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community», *C.M.L.Rev.*, 1992, (1107) 1132.

⁵⁹ Zie TOTH, A.G. (vn. 16), 1102; DEHOUSSE, R., *Does Subsidiarity Really Matter*, EUI Working Paper, Law 92/32, Firenze, 1993, 13.

⁶⁰ Zo kan men zich afvragen hoe de zogenaamde psychische spill-overs (zie vn. 58) kunnen worden getaxeerd. Zou men dit bv. doen aan de hand van de meningsuitingen die in bepaalde maatschappelijke of parlementaire fora worden geregistreerd, dan lijkt men de test te kleuren met een bepaalde waardeopvatting over democratie. De vraag of een overheidsoptreden effectief tot (de gewenste) gevolgen leidt, leidt ook reeds tot politiek gekleurde antwoorden, zoals de door de Britse regering bestelde wetenschappelijke studie in de arbeidstijdzaak (zie vn. 25). Voor kritiek op het soort kwantitatieve analyse dat de Commissie in haar milieuvorstellen invoert, zie WINTER, G. (vn. 14), 261-262 en 265-266.

van alle in de zaak betrokken belangen zou de politieke keuze van de wetgever niet langer doen uitkomen en misschien zelfs ondergeschikt maken aan ideologische vooronderstellingen waar het efficiëntiemodel van uitgaat.⁶¹ Zodra de rechter méér doet dan nagaan of op nationaal vlak alternatieven bestaan om de door de communautaire wetgever nagestreefde doelstellingen te realiseren – namelijk door te zoeken naar het «betere» niveau – verliest hij zich in een afweging die weinig juridische houvast biedt.

c) WEINIG AANWIJZINGEN BIJ DE POLITIEKE INSTELLINGEN

Zonder uitdrukkelijk voor de ene of de andere subsidiariteitstest te kiezen hebben eerst de Commissie en daarna de Europese Raad gepoogd om elementen aan te voeren op grond waarvan een optreden op communautair niveau kan worden vergeleken met een mogelijk optreden van de Lid-Staten. Daarbij ziet de Commissie de subsidiariteitstest duidelijk als een globale test van vergelijkende efficiëntie.⁶² Naast enkele gegevens die kunnen helpen om de «omvang» of de «gevolgen» van een optreden in te schatten (schaaleffect, kosten van niet-optreden)⁶³ geeft de Commissie enkele bijkomende criteria om in aanmerking te nemen: de noodzaak van een redelijke samenhang in het beleid en de noodzaak om concurrentievervalsing te vermijden.⁶⁴ Met deze criteria voert de Commissie geen nieuwe politieke keuzes in. Toch stuwt zij de politieke afweging met deze concretisering van de subsidiariteitstest reeds in een bepaalde richting. Om maar een voorbeeld te noemen: nergens in deze beschrijving ruimt de Commissie nog plaats in voor waarden zoals de betrokkenheid van de burger of de voordelen van lage beleidsniveaus die zij zelf met subsidiariteit associeert.⁶⁵ De Europese Raad van december 1992 te Edinburgh heeft de subsidiariteitstest omschreven in drie richtsnoeren

die de wetgever moet hanteren om uit te maken of een gemeenschapsoptreden gerechtvaardigd is: (1) de betrokken kwestie behelst transnationale aspecten die door een optreden van de Lid-Staten niet bevredigend kunnen worden geregeld, en/of (2) het optreden van de Lid-Staten of het niet-optreden van de Gemeenschap zou in strijd zijn met de voorschriften van het verdrag (zoals de noodzaak om concurrentievervalsingen te corrigeren, verkapte handelsbeperkingen te vermijden of de economische en sociale samenhang te versterken) of op een andere manier de belangen van de Lid-Staten aanzienlijk schaden, en/of (3) een optreden op communautair niveau zou op grond van de schaal of de gevolgen duidelijke voordelen opleveren boven een nationaal optreden.⁶⁶ De Europese Raad lijkt hiermee te suggereren dat in sommige gevallen een toereikendheidstest voldoende is om het communautair optreden te rechtvaardigen; in andere gevallen kan die rechtvaardiging worden gevonden in het feit dat het communautair optreden beter is. Het eerste richtsnoer en het begin van het tweede beschrijven immers situaties waarin de Lid-Staten niet voldoende in staat zijn om het gestelde doel te bereiken: er zijn grensoverschrijdende aspecten of een nationaal optreden zou onverenigbaar zijn met het EG-Verdrag. Het ander deel van de richtsnoeren geeft een voorbeeld van een situatie waarin de Gemeenschap beter kan optreden (nationale maatregelen zouden de belangen van andere Lid-Staten aanzienlijk schaden)⁶⁷ of komt neer op een herhaling in andere woorden van de efficiëntietest («duidelijke voordelen»).

d) MEEST BRUIKBAAR: DE TOEREIKENDHEIDSTEST

Met welke interpretatie van artikel 3 B is het gemeenschapsrecht nu het meest gebaat? In deze bijdrage wordt subsidiariteit onderzocht als een juridisch middel om Lid-Staten te beschermen tegen een te verregaand communautair optreden. De bedoeling van het beginsel is uiteindelijk om maatregelen ongedaan te kunnen maken die de communautaire wetgever in strijd met het beginsel heeft aangenomen. De test moet de rechter dus in staat stellen om het resultaat van de communautaire besluitvorming te beoordelen. In de meeste gevallen zal de rechter dit slechts op «marginale» wijze kunnen doen. Niet minder dan bij het evenredigheidsbeginsel omvat de afweging immers een beoordeling van complexe economische of sociale omstandigheden. Om een rechter ervan te overtuigen dat het beginsel is geschonden zal een Lid-Staat dan ook moeten aantonen dat een maatregel de subsidiariteitsvereisten op kennelijke wijze heeft geschonden. In die optiek lijkt de zojuist besproken tweede subsidiariteitstest niet nuttig. Zonder vaste criteria om uit te maken welk niveau «beter» is, staat de rechter voor een onmogelijke taak om de politieke afweging te controleren. Elke opsomming van in aanmerking te nemen elementen is betwistbaar. Als vergelijkende efficiëntietest lijkt de test te complex om ooit tot eenduidige en dus overtuigende resultaten te leiden. Daarentegen staat bij de eerste subsidiari-

⁶¹ Zo ook is de beschikbaarheid zelf van financiële of andere middelen vaak reeds het resultaat van politieke keuzes.

⁶² In haar eerste mededeling van oktober 1992 (zie vn. 12) spreekt de Commissie over een combinatie van een toets van «vergelijkende doeltreffendheid» met een «toets van de toegevoegde waarde»: 118-119 en 124. Verwarrend genoeg wijst de eerste van deze twee toetsen eerder naar een toereikendheidstest («... of de Lid-Staten over andere middelen beschikken... waardoor de doelstellingen op toereikende wijze kunnen worden verwezenlijkt»). Een duidelijker visie wordt uiteengezet in het verslag van de Commissie van 24 november 1993 aan de Europese Raad over de aanpassing van de bestaande wetgeving aan het subsidiariteitsbeginsel (intern document COM(93)545), onder I.1 en II.1. In haar praktijk lijkt de Commissie nu eens de ene dan weer de andere test te benadrukken: zie de bespreking door WINTER, G. (vn. 14), 256-262 (toereikendheidstest in sociaal beleid, toegevoegde waarde in milieubeleid).

⁶³ Zie de mededeling van oktober 1992 (vn. 12), 118-119 en 124 (spreekt over grensoverschrijdende problemen, «kritische massa») en het verslag van november 1993 (vn. 62), I.1 (spreekt over de «communautaire dimensie» van een probleem).

⁶⁴ Zie de mededeling van oktober 1992 (vn. 12), 119: «de noodzaak van handhaving van een redelijke samenhang, de eventuele grenzen aan het optreden op nationaal niveau (met name de potentiële distorsies wanneer sommige Lid-Staten tot optreden in staat zijn en andere niet) en de noodzaak te vermijden dat de werking van de concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt wordt vervalst».

⁶⁵ Mededeling van oktober 1992 (vn. 12), 118 en 120.

⁶⁶ Zie de «algemene aanpak» van de Europese Raad (vn. 12), punt I.18.

⁶⁷ Als dit echter betekent dat nationale maatregelen het gemeenschapsrecht zouden schenden, gaat het ook om een situatie waarin de Lid-Staten juridisch moeten worden geacht niet «in staat» te zijn de doelstellingen voldoende te bereiken.

teitstest (de toereikendheidstest) het kader voor de rechterlijke toetsing min of meer vast. De rechter stelt de door de wetgever geformuleerde doelstellingen niet ter discussie maar onderzoekt enkel of het wetgevend instrument daartoe niet te ver gaat.⁶⁸ Dit soort test lijkt dan ook perspectieven te openen op een effectieve rechtsbescherming voor de Lid-Staten – ook al biedt een andere versie meer ruimte voor alle mogelijke juridische argumentaties.⁶⁹ In de toereikendheidstest kunnen de Lid-Staten niet om het even welk efficiëntie- of beleidsargument aanhalen om de kwaliteiten van het communautair optreden in twijfel te trekken maar moeten zij aantonen zelf capabel te zijn om het gestelde doel even goed te bereiken. Daar staat tegenover dat de Gemeenschap voor haar verdediging in staat moet zijn aan te duiden op welk vlak de Lid-Staten tekortschieten. Allicht leidt dit vereiste tot een overtuigender motivering dan een motivering die zou steunen op een vergelijkende efficiëntietest en dus niet noodzakelijk zou verklaren waarom de Lid-Staten zelf niet tot voldoende resultaten zouden komen. Om al die redenen lijkt de toereikendheidstest het best te gebruiken als volwaardig subsidiariteitscriterium. Deze interpretatie van artikel 3 B tot een toereikendheidstest is trouwens niet onverzoenbaar met de tekst van de tweede alinea van artikel 3 B in zijn geheel. Men kan immers beweren dat bij gebrek aan nationale alternatieven die toereikend zijn in de zin van deze test, het optreden van de Gemeenschap automatisch «beter» is in de zin van het tweede stuk van deze alinea.

Wat betekent het nu praktisch dat de juridische subsidiariteitstest wordt beperkt tot een toereikendheidstest? Dit houdt in dat de communautaire wetgever die meent dat de overwogen doelstellingen voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt, niet gerechtigd is op te treden. Zo hij dit toch doet kan hij immers voor de rechter geen beroep meer doen op andere argumenten om te bewijzen dat de Gemeenschap niettemin beter kon optreden. In de praktijk leidt dit ertoe dat de wetgever duidelijk moet verwoorden welke resultaten hij met de maatregel voor ogen heeft. Zo wenst de communautaire wetgever natuurlijk vaak dat een beleidsdoel zo doeltreffend mogelijk wordt verwezenlijkt; welnu, als de keuze voor het communautair niveau daarop steunt, dan moet deze efficiëntieoverweging ook voorkomen tussen de doelstellingen in het licht waarvan een alternatief optreden op nationaal niveau wordt beoordeeld. Anderzijds verhindert subsidiariteit als toereikendheidstest uiteraard niet dat de communautaire wetgever die vaststelt dat de Lid-Staten tekortschieten in hun mogelijkheden ook nog eens een vergelijkende efficiëntie- of andere test hanteert om te beslissen of de Gemeenschap zal optreden. Deze test kan bijko-

mende redenen geven die de maatregel rechtvaardigen. De concrete afweging zal echter niet door de rechter kunnen worden getoetst op grond van het subsidiariteitsbeginsel.

Juridische klaarheid over de toe te passen test is één. Een andere zaak is het precies vast te stellen of de Lid-Staten in staat zijn om de overwogen doelstellingen zelf voldoende te verwezenlijken. De richtsnoeren van de Europese Raad geven enkele aanwijzingen hoe de toereikendheidstest kan worden ingevuld. De Lid-Staten moeten aantonen dat de materie geen grensoverschrijdende effecten bevat die zij zelf niet zouden kunnen aanpakken en dat een nationaal optreden of een niet-optreden van de Gemeenschap niet in strijd zou zijn met het EG-Verdrag. De Europese Raad geeft niet aan tot op welk niveau een nationaal optreden de vooropgestelde doeleinden zou moeten bereiken tenzij dan dat dit geen niveau mag zijn dat de belangen van andere Lid-Staten aanzienlijk schaadt. De jurist die de rechten van een ontevreden Lid-Staat nagaat, vindt in deze richtsnoeren wel voorbeelden van situaties waarin de Gemeenschap subsidiariteit klaarblijkelijk niet schendt maar niet onmiddellijk criteria om de naleving van subsidiariteit te beoordelen in andere (rand)gevallen.⁷⁰ De richtsnoeren van de Europese Raad schijnen dan ook in de eerste plaats de Gemeenschap motieven te geven om te gebruiken bij de rechtvaardiging van een maatregel op grond van subsidiariteit. Vanuit het oogpunt van de politieke instellingen is het uiteraard evident om de subsidiariteitstest te bekijken als een instrument om het communautair optreden te helpen legitimeren.⁷¹ Een precisering van de subsidiariteitstest is allicht ook niet te verwachten van de intergouvernementele Conferentie die zich momenteel buigt over de herziening van de verdragen waarop de Europese Unie is gebaseerd. De Duitse regering stelde een protocol voor dat de richtsnoeren van de Europese Raad parafraseerde zonder ze te verduidelijken.⁷² Anders dan de richtsnoeren eiste dit ontwerp-protocol dat zowel de toereikendheidstest als de vergelijkende efficiëntietest zou worden toegepast.⁷³ Allicht voegt een verdragswijziging de conclusies van de Europese Raad van Edinburgh

⁶⁸ Zo bekeken verschilt de subsidiariteitstest dan ook minder van de evenredigheidstest dan bv. beweerd door VAN GERVEN, W., «De beginselen 'subsidiariteit, evenredigheid en samenwerking' in het Europese gemeenschapsrecht», *R. W.*, 1991-92, (1241) 1245.

⁶⁹ Zo zou men op het eerste gezicht in de tweede subsidiariteitstest een sterkere subsidiariteitsbescherming kunnen lezen door het communautair optreden slechts «beter» te beoordelen wanneer dit effectief zorgt voor de grootste betrokkenheid van de burger. Deze invulling van de tweede subsidiariteitstest is echter allesbehalve gegarandeerd in de huidige formulering van artikel 3 B, waarvan eerder centraliserende dan decentraliserende signalen uitgaan (met name door het beklemtonen van het «beter» zijn vanwege de omvang en de gevolgen van het communautair optreden).

⁷⁰ Zie ook BERMANN, G.A., «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», *Col.L. Rev.*, 1994, (331) 370 (zegt over het tweede richtsnoer dat het «indicates where subsidiarity should stop, but not where it should start»).

⁷¹ DE AREILZA CARVAJAL, J.M., «El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1995/45, (53) 70 en 79; BERMANN, G.A. (vn. 70), 367.

⁷² Zie de tekst met kritiek van REICH, N., «Zur Problematik eines Protokolls über die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips», *Verbraucher und Recht*, 1996/10, 358-362.

⁷³ Niettemin had de Duitse *Bundesrat* voordien een tekst uitgebracht die in de tweede alinea van artikel 3 B enkel de toereikendheidstest wilde bewaren: «Die Gemeinschaft wird nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Bracht gezogenen Massnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten oder der regionale und lokalen Gebietskörperschaften, die nach dem internen Recht der Mitgliedstaaten über der regionalen und lokalen Gebietskörperschaften, die nach dem internen Recht der Mitgliedstaaten über eine Zuständigkeit verfügen, nicht ausreichend erreicht werden können» (geciteerd bij BORCHMANN, M., «Ein Subsidiaritätsprotokoll – ein richtiger Schritt auf dem Weg zu einem stabilen Einigungsprozess», *EuZ. W.*, 1996, 641).

als protocol aan het EG-Verdrag toe zonder de tekst van artikel 3 B te wijzigen.⁷⁴

e) AANWIJZINGEN BIJ HET HOF VAN JUSTITIE?

Zoals gezegd heeft ook het Hof nog geen verduidelijking aangebracht op de subsidiariteitscriteria die in artikel 3 B vervat liggen. De Britse regering deed een beroep op de richtsnoeren van de Europese Raad en stelde dat de communautaire wetgever «niet volledig (had) onderzocht noch voldoende (had) aangetoond» of de richtlijn aan de drie richtsnoeren voldeed.⁷⁵ Het Hof antwoordde:

«Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat artikel 118 A de Raad opdraagt om minimumvoorschriften vast te stellen, teneinde door middel van harmonisatie bij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van de verhoging van de graad van bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers, waarvoor op grond van lid 1 van die bepaling in de eerste plaats de Lid-Staten verantwoordelijk zijn. Zodra de Raad heeft vastgesteld, dat de huidige graad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers moet worden verbeterd en dat de op dit gebied bestaande omstandigheden op de weg naar vooruitgang moeten worden geharmoniseerd, is de verwezenlijking van een dergelijke doelstelling door middel van minimumvoorschriften slechts mogelijk door een actie op communautair niveau, die overigens, gelijk in casu, de vaststelling van de noodzakelijke uitvoeringsbepalingen grotendeels aan de Lid-Staten overlaat».⁷⁶

De redenering die het Hof volgt is eenvoudig: de richtlijn heeft (zoals artikel 118 A) als doelstellingen zowel de bescherming van de werknemers te verbeteren als geharmoniseerde minimumnormen op te leggen; welnu, harmonisatie met behulp van minimumnormen is enkel mogelijk door een optreden van de Gemeenschap.⁷⁷ Welke subsidiariteitstest past het Hof hiermee toe? Men kan zeggen dat het Hof gewoonweg constateert dat de Lid-Staten niet in staat waren om het gestelde doel te bereiken door het enkele feit dat het bereiken van harmonisatie deel uitmaakte van de doelstellingen van de bewuste maatregel. Om harmonisatie te bereiken, zijn harmonisiemaatregelen nodig en die bestaan niet op het niveau van de Lid-Staten. Dit betekent dat het Hof een toereikendheidstoets doorvoert. Toch kan het Hof evengoed subsidiariteit hebben opgevat als een vergelijken-de efficiëntietest. Dat de Lid-Staten niet capabel waren om dit doel te bereiken, houdt immers in dat de Gemeenschap

beter kon optreden, en kan dus ook een conclusie zijn van de test van vergelijkende efficiëntie.

In de arbeidstijdzaak beperkt het Hof de bespreking van het subsidiariteitsargument tot het onderzoek of een communautair optreden op zich gerechtvaardigd was. De bespreking beperkte zich tot het probleem «of» de Gemeenschap gerechtigd was op te treden en ging niet na «in hoeverre» die rechtvaardiging bestond. Nochtans zegt artikel 3 B dat de Gemeenschap slechts optreedt «indien en voor zover» aan de subsidiariteitscriteria is voldaan. Zoals gezegd suggereert dit dat het subsidiariteitsbeginsel ook een verplichting van evenredigheid inhoudt, die eist dat het communautair optreden niet verder ingrijpt op de nationale bevoegdheden dan nodig is voor de verwezenlijking van de overwogen doelstellingen. Het Hof lijkt de reikwijdte of intensiteit van een communautair optreden niet te beschouwen als een aangelegenheid van subsidiariteit. Niettemin had de Britse regering de schending van het subsidiariteitsbeginsel ook aangevoerd als argument in haar betoog dat de arbeidstijdrichtlijn verder ging dan nodig voor de bescherming van de veiligheid en gezondheid van de werknemers.⁷⁸ Net zoals de advocaat-generaal, die ontkende dat het subsidiariteitsbeginsel van de tweede alinea van artikel 3 B zich met de intensiteit van een communautair optreden inlaat,⁷⁹ reduceerde het Hof dit Britse argument tot een betwisting van «de noodzaak van de communautaire actie», die het net had onderzocht.⁸⁰ Bij de bespreking van het evenredigheidsbeginsel hiervoor bleek inderdaad dat de evenredigheidstest het mogelijk maakt te onderzoeken in hoeverre een maatregel niet nodeloos inbreuk maakt op de nationale beleidsvrijheid als door het gemeenschapsrecht erkend belang. Zonder de rechtsbescherming in te perken kan men dan ook het onderzoek van de intensiteit van een maatregel een aangelegenheid van evenredigheid noemen en subsidiariteit «in strikte zin» beperken tot het onderzoek van de noodzaak of het principe van een communautair optreden ten opzichte van een mogelijk nationaal optreden. Deze bijdrage suggereert om subsidiariteit in strikte zin dan nog beperkend op te vatten als een toereikendheidstest, die niets meer vraagt dan het onderzoek of een nationaal optreden geschikt is als (minder belemmerend) alternatief voor het communautair optreden. Hieruit volgt dat ook de subsidiariteitstest van de tweede alinea van artikel 3 B in feite neerkomt op een bijzondere toepassing van de evenredigheidstest.

2° *Gebruiksaanwijzing voor de toereikendheidstest als juridische bescherming*

Zowel bij de toepassing van de subsidiariteitstest in de strikte zin als bij de evenredigheidsafweging moet worden onderzocht of de Lid-Staten de door de communautaire wetgever geformuleerde doelstellingen voldoende kunnen verwezenlijken. De concrete impact van de subsidiariteitstest hangt af van wat moet worden bewezen om aan te tonen dat

⁷⁴ Dit wordt gesuggereerd in hoofdstuk 9 van de *General Outline for a Draft Revision of the Treaties (The European Union Today and Tomorrow – Adapting the European Union for the Benefit of its Peoples and Preparing it for the Future)*, die door het Iers Voorzitterschap op 5 december 1996 werd voorgesteld.

⁷⁵ R.o. 46 van het arbeidstijdarrest (vn. 3). De Britse regering vat de richtsnoeren blijkbaar cumulatief op terwijl de vervulling van één van deze voorwaarden voor de Europese Raad reeds voldoende lijkt te zijn om het communautair optreden in kwestie te rechtvaardigen.

⁷⁶ *Id.*, r.o. 47.

⁷⁷ Zie ook r.o. 81 van het arrest; een identieke redenering komt naar voor in punten 128-132 van de conclusie van de advocaat-generaal (zie vn. 3).

⁷⁸ Hierbij leek de Britse regering een beroep te doen op de tweede subsidiariteitstest: het betoogde dat de gemeenschapsinstellingen niet hebben aangetoond «dat de doelstellingen van de richtlijn beter op communautair niveau dan door een actie op het niveau van de Lid-Staten kunnen worden bereikt» (*id.*, r.o. 54).

⁷⁹ Zie punten 124-127 en 133 van zijn conclusie (vn. 3).

⁸⁰ R.o. 55 van het arrest (zie vn. 3).

de doelstellingen niet voldoende door de Lid-Staten kunnen worden verwezenlijkt.

a) NAGAAN VAN MIDDELEN OP NATIONAAL VLAK

De vraag rijst of het nodig is concreet na te gaan in hoe verre elk van de Lid-Staten over de mogelijkheden beschikt om die doelstellingen te bereiken. Men zou zich immers evenzeer kunnen beperken tot het onderzoek op het meer abstracte vlak of de materie in kwestie een probleem betreft dat als dusdanig voldoende kan worden geregeld door de Lid-Staten. Zo moet worden nagegaan of het gemeenschapsrecht aan de Lid-Staten de nodige vrijheid laat om zelf maatregelen te nemen. Op juridisch vlak zou met name de noodzaak om een bestaande gemeenschapsregeling aan te passen ertoe kunnen leiden dat de Lid-Staten niet kunnen optreden. Daarnaast kan men verifiëren of het probleem aanzienlijke grensoverschrijdende aspecten, een zekere omvang, bepaalde gevolgen of andere karakteristieken vertoont, waaruit men kan afleiden dat de Lid-Staten niet in staat zijn het gewenste resultaat te bereiken. Allicht wijzen sommige van deze kenmerken er onmiddellijk op dat het probleem van dien aard is dat de individuele Lid-Staten geen afdoende resultaat kunnen bieden.⁸¹ In al die gevallen kan de formulering van de doelstellingen van een maatregel reeds determinerend zijn voor de mogelijkheid van de Lid-Staten om zelf op te treden. Zo valt uit het arrest *Arbeitsstaatsanwaltschaft* af te leiden dat het moeilijk is om aan te tonen hoe een regeling die de harmonisatie van nationale wetgevingen als doel stelt, even goed door de Lid-Staten zelf zou kunnen worden uitgewerkt.

Volstaat de bescherming van een subsidiariteitstest die enkel in het algemeen bekijkt of Lid-Staten een materie voldoende kunnen regelen? Voor de communautaire wetgever kan een abstract onderzoek duidelijk genoeg zijn om te besluiten dat de Lid-Staten niet over de nodige middelen beschikken en de Gemeenschap dus gerechtigd is op te treden. Voor de rechter schiet dit abstract onderzoek echter tekort wanneer een Lid-Staat een communautair optreden aanvecht en effectief aantoonde dat elk van de Lid-Staten wel de middelen heeft om de overwogen doelstellingen te bereiken. De rechter zal dan moeten uitspraak doen op grond van de daadwerkelijk aanwezige middelen in de Lid-Staten. Men kan dan ook zeggen dat de communautaire wetgever ermee kan volstaan een abstract onderzoek uit te voeren indien hij er maar zeker van is dat zijn algemene beoordeling ook overeenkomt met de werkelijke middelen van de Lid-Staten. Aan de Lid-Staat die het algemene subsidiariteitsoordeel aanvecht komt het toe concreet aan te tonen dat de Lid-Staten de doelstellingen zelf voldoende kunnen verwezenlijken.

Dit betekent natuurlijk niet dat de Lid-Staten de door de Gemeenschap vooropgestelde doeleinden reeds effectief moeten verwezenlijken: voldoende is te bewijzen dat de Lid-Staten de nodige administratieve, financiële en andere middelen hebben om het gewenste resultaat in de praktijk om te zetten. Men heeft opgeworpen dat persistente politieke tegenkanting van één of meer Lid-Staten tegen het gestelde

doel kan worden gelijkgeschakeld met het gebrek aan capaciteiten van deze Lid-Staten.⁸² Indien er een Lid-Staat is die zijn mogelijkheden nooit in de praktijk zou omzetten is dit inderdaad het geval. Toch mag het inhoudelijk verzet van een Lid-Staat tegen een voorgestelde communautaire maatregel niet zomaar worden beschouwd als politieke onwil om de daarin vervatten doelstellingen te bereiken. Op die wijze zou elke tegenstem in de Raad kunnen worden beschouwd als een gebrek aan politieke wil dat de betrokken Lid-Staat ongeschikt maakt om het gestelde doel te verwezenlijken. Dat zou het subsidiariteitsbeginsel niet meer kunnen worden opgeworpen tegenover maatregelen die niet met unanimiteit tot stand kwamen. Omgekeerd is het wel zo dat een communautaire maatregel waarover alle Lid-Staten het in de Raad eens zijn ten minste berust op het vermoeden dat alle Lid-Staten meenden dat zij de doelstellingen niet voldoende zelf konden verwezenlijken.⁸³ Om de toereikendheid van een optreden door de Lid-Staten in te schatten zou de communautaire wetgever niet enkel een inventaris kunnen maken van de middelen waarover de Lid-Staten (in abstracto of in concreto) beschikken maar ook de Lid-Staten een termijn kunnen geven waarbinnen zij kunnen aantonen het bedoelde resultaat te bereiken.⁸⁴

Het onderzoek van de evenredigheidstest leert ons dat een Lid-Staat die een communautaire maatregel aanvecht een zware bewijslast draagt. Wanneer het Hof zich – zoals te verwachten – beperkt tot een marginale toetsing zal de verzoevende partij bovendien moeten demonstreren dat het oordeel dat de Lid-Staten niet in staat waren om de gestelde doeleinden te verwezenlijken berust op een kennelijke dwaling of een klaarblijkelijke overschrijding van de grenzen van de beoordelingsvrijheid van de communautaire wetgever.⁸⁵

Het is reeds gezegd dat een Lid-Staat de schending van het subsidiariteitsbeginsel moeilijk kan opwerpen wanneer het bereiken van eenvormige normen het doel is van de overwogen maatregel. Dit is zo als harmonisatie het enige doel is van de communautaire maatregel maar ook wanneer de Gemeenschap het streven naar eenvormige normen koppelt aan het opleggen van een bepaald niveau van bescherming (van werknemers, consumenten etc.). Aangezien de communautaire wetgever bepaalt welke concrete bescherming in de Lid-Staten moet worden geboden is het weinig waarschijnlijk dat een Lid-Staat kan aantonen dat het bedoelde beschermingsniveau ook zonder enige harmonisatie in elk van de Lid-Staten zou worden bereikt (tenzij de Gemeenschap een minimumbeschermingsniveau wenst te verzekeren dat in haast alle Lid-Staten reeds aanwezig is). Niet het principe van de harmonisatiemaatregel maar wel de mate waarin deze in zijn concrete uitwerking de beleidsvrijheid van de Lid-Staten aantast (het evenredigheidsaspect) blijft

⁸² LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 46.

⁸³ Dit is niet meer dan een vermoeden omdat een Lid-Staat het niet steeds opportuun zal vinden om enkel met een voorstel van communautair optreden in te stemmen als hij op elk punt in de discussie gelijk krijgt.

⁸⁴ WINTER, G. (vn. 14), 268-269.

⁸⁵ Op te merken valt dat het Hof in het arrest *Arbeitsstaatsanwaltschaft* de subsidiariteitsafweging van r.o. 47 (zie tekst bij vn. 76) niet past in een marginale toetsing; de marginale toets wordt wel aangewend om de naleving van het evenredigheidsbeginsel te onderzoeken (r.o. 58, zie tekst bij vn. 34).

⁸¹ Dit is in feite wat de Europese Raad heeft gedaan met zijn richtsnoeren (zie hiervóór).

dan nog na te gaan.⁸⁶ Diverse manieren waarop de communautaire wetgever de intensiteit of reikwijdte van zijn optreden kan aanpassen werden reeds door de Commissie en de Europese Raad opgesomd. Zo kan de wetgever kiezen voor raamwetgevingen die door de Lid-Staten kunnen worden opgevuld, voor richtlijnen boven verordeningen, of voor niet-dwingende bepalingen zoals aanbevelingen.⁸⁷ Ten aanzien van deelaspecten van de overwogen maatregel is het allicht eerder denkbaar dat een Lid-Staat overtuigend argumenteert hoe een deel van de regeling evenzeer had kunnen worden gerealiseerd door nationale maatregelen.

Naast harmonisatiemaatregelen vaardigt de Gemeenschap ook normen uit om rechtstreeks een eigen beleid uit te voeren. Het gaat onder meer om dat soort maatregelen waarvan het Hof bij een betwisting van de rechtsgrond zou beoordelen dat een bepaald beleidsdoel (bv. milieubescherming) het hoofddoel vormt en dat harmonisatie slechts een bijkomstig gevolg is van de regeling. Bij deze maatregelen is niet het aannemen van eenvormige normen maar wel het bereiken van een precies resultaat het voornaamste oogmerk. De Lid-Staten kunnen hier niet enkel de intensiteit van het optreden bekritisieren maar ook het principe zelf van een communautair optreden ter discussie stellen. Zoals gezegd gaat het om een zware bewijslast: een verzoekende partij moet laten zien dat de doelstellingen op voldoende wijze kunnen worden verwezenlijkt in elk van de Lid-Staten afzonderlijk.

b) NAGAAN VAN DE MIDDELEN VAN IEDERE LID-STAAT

Is het nodig dat een Lid-Staat die een schending van subsidiariteit aanvoert effectief aantoont hoe de doelstellingen kunnen worden verwezenlijkt in elk van de vijftien Lid-Staten? In de arbeidstijdzaak zou dit concreet hebben betekend dat de Britse regering had moeten aantonen hoe de gewenste sociale bescherming op voldoende wijze in elke Lid-Staat kon worden gewaarborgd. Men moet ermee rekening houden dat de rechter zich bij de toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel niet zomaar in de plaats kan stellen van de politieke overheid. De rechter moet er dus van uitgaan dat het door de wetgever geformuleerde doel belangrijk genoeg is om in elke Lid-Staat te worden verwezenlijkt. Als niet elke Lid-Staat de doelstellingen kan verwezenlijken is het een politieke beslissing uit te maken of dit inderdaad een belemmering vormt voor het «niet voldoende» verwezenlijkt zijn van de doelstellingen. Ook als het gaat om het realiseren van een doelstelling die niet rechtstreeks grensoverschrijdende aspecten vertoont (bv. het verzekeren van gelijke kansen in het beroepsleven voor vrouwen en mannen) zou de Gemeenschap het onvermogen van één Lid-Staat immers reden genoeg kunnen vinden om zelf op te treden. Dit leidt tot de conclusie dat een Lid-Staat een schending van het subsidiariteitsbeginsel in beginsel enkel kan aanvoeren wanneer hij aantoont dat elke Lid-Staat in staat is het gestelde doel vol-

doende te verwezenlijken. De zwakkere Lid-Staten bepalen dus in feite of de Gemeenschap gerechtigd is op te treden.⁸⁸

In die gevallen waarin de rechtvaardiging van een communautair maatregel zou voortvloeien uit het onvermogen van één Lid-Staat of een gering aantal Lid-Staten, moet een verzoekende partij uiteraard goed nagaan of de communautaire wetgever inderdaad als doel stelt dat iedere Lid-Staat exact het door de maatregel gewenste resultaat moet bereiken. Ook in dergelijke gevallen blijft de concrete reikwijdte van het optreden bovendien onderworpen aan de evenredigheidstoets. Zowel uit de evenredigheidsafweging als uit het onderzoek van de motivering van een maatregel moet kunnen blijken dat de wetgever rekening heeft gehouden met het feit dat het beoogde resultaat reeds zonder communautair optreden zou worden bereikt in de meeste Lid-Staten. Zo kan de wetgever in plaats van een algemeen bindende maatregel het communautair optreden steeds beperkt houden tot een bevordering van de samenwerking tussen de Lid-Staten of een coördinatie, aanvulling of ondersteuning van het optreden van de Lid-Staten.⁸⁹ De Europese Raad merkt in dit verband op dat «(w)anneer moeilijkheden plaatselijk zijn en slechts bepaalde Lid-Staten aangaan... eventueel noodzakelijke maatregelen van de Gemeenschap niet tot andere Lid-Staten (mogen) worden uitgebreid, tenzij dit noodzakelijk is om een doelstelling van het Verdrag te verwezenlijken».⁹⁰ Men heeft hierin een toepassing gezien van het gelijkheidsbeginsel.⁹¹ Het gelijkheidsbeginsel laat inderdaad toe dat de wetgever niet dezelfde verplichtingen of rechten regelt voor alle Lid-Staten wanneer deze niet op dezelfde manier met een probleem te maken hebben of kunnen hebben. Men kan echter de lijn niet zomaar doortrekken als zou het gelijkheidsbeginsel de wetgever ook ertoe verplichten om een maatregel aan te passen aan de verschillen die tussen de Lid-Staten bestaan. In de arbeidstijdzaak ging het Hof niet echt in op een dergelijk argument van de Britse regering, als zouden de aanmerkelijke verschillen tussen de Lid-Staten wat de omvang en de aard van de reglementering van de arbeidstijd betreft meebrengen dat de richtlijn niet zo algemeen en dwingend had mogen zijn geformuleerd.⁹² In elk geval moet de naleving van de evenredigheid (en het gelijkheidsbeginsel) worden bekeken in het licht van de door de maatregel gestelde doeleinden. Dat de Gemeen-

⁸⁶ Zie voor de verwezenlijking van de interne markt: SCHMIDHUBER, P.M. en HITZLER, G., «Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip», *Eu.Z.W.*, 1993, (8) 10.

⁸⁷ Zie de mededeling van de Commissie van oktober 1992 (vn. 12), punt 2.2.1 125-126, en de algemene aanpak van de Europese Raad (vn. 12), punt I.19.

⁸⁸ Bij uitbreiding van de Gemeenschap met Centraal- of Oost-Europese landen vergroot de kans dat staten toetreden die beduidend zwakker zijn dan de huidige Lid-Staten. Om de Gemeenschap niet te gemakkelijk toe te staan maatregelen te nemen wordt geopperd het subsidiariteitsbeginsel zo te formuleren dat de Gemeenschap toch niet kan optreden als de Lid-Staten die de doelstellingen niet kunnen verwezenlijken slechts een minderheid van Lid-Staten uitmaken met een klein aandeel in de totale bevolking: zie KONOW, G., «Maastricht II und die «föderativen Grundsätze», *D.Ö.V.*, 1996, (845) 850.

⁸⁹ Zie de algemene aanpak van de Europese Raad (vn. 12), punt I.19, 16, evenals reeds de mededeling van de Commissie van oktober 1992 (vn. 12), 125 (waarin prioriteit wordt gegeven aan de tenuitvoerlegging van programma's ter ondersteuning of ter coördinatie van het nationaal optreden veeleer dan aan de harmonisatie van wetgevingen).

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Zie LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 65-67.

⁹² R.O. 46, tweede zin, van het arbeidstijdarrest (vn. 3).

schap rekening moet houden met verschillen tussen Lid-Staten kan zeker niet inhouden dat communautaire wetgeving systematisch moet worden ondergeschikt aan de bestaande nationale praktijken.⁹³

c) ENKEL HET AFZONDERLIJK OPTREDEN VAN LID-STATEN?

De formulering van artikel 3 B maakt niet echt duidelijk of de Lid-Staten apart in staat moeten zijn om de overwogen doelstellingen te realiseren. Men kan zich afvragen of een Lid-Staat een communautaire maatregel zou kunnen aanvechten op grond van het feit dat de doelstellingen ervan voldoende kunnen worden verwezenlijkt door een samenwerking tussen alle Lid-Staten of tussen de betrokken Lid-Staten. Indien het zou gaan om een samenwerking tussen enkele Lid-Staten, moet in elk geval kunnen worden aangetoond dat de Lid-Staten die niet bij de samenwerking betrokken zijn ofwel in staat zijn om het gestelde doel individueel te verwezenlijken, ofwel helemaal niet of slechts in zeer geringe mate met het probleem te maken hebben. Het zou verrekende gevolgen hebben wanneer men een Lid-Staat zou toestaan een mogelijk intergouvernementeel optreden voor te stellen als een volwaardig alternatief voor een overwogen communautair optreden. Dan zou een gemeenschapsinstelling immers bij elk optreden moeten kunnen verantwoorden waarom de Lid-Staten onderling niet de doelstellingen zouden kunnen realiseren die de instelling heeft vooropgesteld.⁹⁴ Geldt deze conclusie ook voor een optreden dat enkele Lid-Staten onderling zouden afspreken? Een dergelijk optreden zou een volwaardig alternatief kunnen zijn voor een communautair optreden wanneer deze Lid-Staten hiermee de overwogen doelstellingen voldoende verwezenlijken en tevens kunnen aantonen dat dit eveneens het geval is bij de andere Lid-Staten. Het lijkt niet onredelijk dat de Gemeenschap in dergelijke gevallen zou worden gevraagd redenen te geven voor haar optreden. De vraag is of subsidiariteit in wezen enkel de beleidsvrijheid van de individuele Lid-Staat beschermt. Zo men dit aanneemt is het feit dat een Lid-Staat de overwogen doelstellingen niet alleen kan realiseren, reeds voldoende om het principe van een communautair optreden te verantwoorden. Men kan echter de optie om met andere Lid-Staten samen te werken zien als een door subsidiariteit beschermde beleidskeuze, waardoor ook een samenwerking tussen Lid-Staten in principe een al-

ternatief vormt ten opzichte waarvan een communautair optreden zich moet kunnen rechtvaardigen.⁹⁵

d) DE MOTIVERING VAN SUBSIDIARITEIT

Uit het voorgaande blijkt hoe moeilijk het voor een Lid-Staat zal zijn om te bewijzen dat de communautaire wetgever de subsidiariteitsafweging niet correct heeft doorgevoerd. Verschillende auteurs verwachten dan ook dat de rechterlijke toets van het subsidiariteitsbeginsel vooral zal neerkomen op de controle die het Hof van Justitie kan uitvoeren op de wijze waarop de communautaire instellingen de subsidiariteitsafweging in hun besluiten motiveren.⁹⁶ Hierin verschilt het subsidiariteitsbeginsel met het evenredigheidsbeginsel. De controle op de naleving van het evenredigheidsbeginsel leidt immers evenmin gemakkelijk tot de vaststelling van een daadwerkelijke schending omdat het Hof zich limiteert tot een marginale toets. Maar toch houdt het Hof zich niet als dusdanig bezig met het feit of de evenredigheidsafweging ook uit de motivering van de maatregel op te maken is. De rechter gaat enkel na of de communautaire maatregel naar de inhoud strookt met de evenredigheidsvereisten. Zoals gezegd is de subsidiariteitstest een bijzondere toepassing van de evenredigheidsafweging. Toch kan men uit artikel 3 B opmaken dat het subsidiariteitsbeginsel voor de communautaire instellingen tevens leidt tot een bijzondere plicht om te motiveren hoe zij het subsidiariteitsbeginsel hebben nageleefd.

Terwijl het evenredigheidsbeginsel garandeert dat de wetgever een verantwoorde afweging van alle relevante belangen en doelstellingen doorvoert, richt het subsidiariteitsbeginsel zich zeer specifiek op de bescherming van het belang van de Lid-Staten om hun beleidsvrijheid zoveel mogelijk te behouden. Of de wetgever het evenredigheidsbeginsel naleeft kan moeilijk worden nagegaan door een controle van de motivering van een handeling. Men kan immers onmogelijk verwachten dat de wetgever zijn maatregel gaat rechtvaardigen ten opzichte van alle legitieme belangen die bij de afweging mogelijk waren betrokken. Daarom spitst de toetsing zich toe op het resultaat zelf van de afweging. Wat subsidiariteit betreft vraagt artikel 3 B, tweede alinea, echter specifiek om een verantwoording van een welbepaald aspect van het communautair optreden: een verantwoording ten opzichte van de mogelijkheden van de Lid-Staten. Op die wijze vult het subsidiariteitsbeginsel de inspraak van de Lid-Staten in de communautaire besluitvorming aan met een inhoudelijke bescherming tegenover communautaire maatregelen. Anders dan bij de evenredigheidsafweging kan deze bescherming niet meer in de eerste plaats verzekeren dat een belang bij de besluitvorming in aanmerking wordt genomen

⁹³ In die zin beklemtoonde het Hof in het arbeidstijdarrest dat de term «minimumvoorschriften» het communautair optreden niet beperkte tot de kleinste gemene deler of tot de laagste graad van bescherming die door de verschillende Lid-Staten was vastgesteld maar inhield dat de Lid-Staten om het even welke hogere graad van bescherming konden bieden: *id.*, r.o. 56. In de depositogarantiezaak, waarin het beroep uitgaat van een Lid-Staat die – anders dan in de arbeidstijdzaak – een hoger niveau van bescherming garandeerde dan het niveau dat de communautaire maatregel wenst in te voeren, wijst de advocaat-generaal in zijn conclusie erop dat de maatregel in zijn geheel moet worden beschouwd: in casu zou het verlies aan concurrentievoordeel dat Duitsland lijdt niet opwegen tegen de winst die een geleidelijk tot stand gebracht geharmoniseerd garantiesysteem zou betekenen: zie punten 101-105 en in het bijzonder punt 153 van zijn conclusie (vn. 6).

⁹⁴ Zie TOOTH, A.G. (vn. 16), 1098-1099; LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 46-47.

⁹⁵ Dit is de optiek van het protocol dat Duitsland in de Inter-gouvernementele Conferentie voorstelde (zie vn. 72) aangezien het een optreden van de Lid-Staten o.m. ontoereikend achtte als «ein Tätigwerden auf der Ebene der Mitgliedstaaten einschliesslich einer Zusammenarbeit einzelner von ihnen erheblich geringere Wirkung hat, als es für die Verwirklichung der angestrebten Ziele erforderlich ist» (eigen cursivering).

⁹⁶ EMILIOU, N., «Subsidiarity: An Effective Barrier Against 'the Enterprises of Ambition'», *E.L.Rev.*, 1992, (383) 405; BERMAN, G.A. (vn. 70), 391-394; LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 75.

(de Lid-Staten zijn immers zelf bij de besluitvorming betrokken) maar kan ze wel garanderen dat de wetgever zich ook uitdrukkelijk uitspreekt over de concrete afweging van dit belang. Het heeft dus wel degelijk nut de wetgever te verplichten zijn subsidiariteitsafweging expliciet in de motivering weer te geven. Aangezien het gaat om een afweging die de gemeenschapsinstellingen wegens artikel 3 B EG-Verdrag in elk geval moeten uitvoeren, maakt zij deel uit van de «redenen» waarmee deze instellingen overeenkomstig artikel 190 EG-Verdrag hun maatregelen moeten omkleden.

Het motiveringsvereiste van artikel 190 EG-Verdrag is een wezenlijk vormvoorschrift van gemeenschapsrecht. De niet-naleving ervan maakt immers iedere wettigheidstoets van de maatregel onmogelijk. Een schending van het motiveringsvereiste kan door het Hof of het Gerecht dan ook ambsthafte worden opgeworpen, dit in tegenstelling tot schendingen van de beginselen van evenredigheid en subsidiariteit die de rechter enkel in aanmerking neemt als de verzoekende partij ze aanvoert.⁹⁷ De controle op de motivering mag echter niet worden gelijkgesteld met het nagaan van de subsidiariteitstest. Een argument dat de subsidiariteitsafweging tekortkomingen vertoont of een verkeerde toepassing van het beginsel maakt, gaat niet meer over de schending van het vormvoorschrift maar over de schending van de betrokken rechtsregel. Uiteraard betekent dit meteen dat ook de motiveringsplicht weinig garanties biedt aan een Lid-Staat om af te dwingen dat de Gemeenschap correct nagaat of de Lid-Staten zelf in staat zijn om de overwogen doelstellingen te verwezenlijken. De toetsing van de motiveringsplicht gaat enkel na of een handeling voldoende motiveert hoe met de subsidiariteitstest rekening werd gehouden.⁹⁸ Dit mag niet afhangen van de formele kwestie of het subsidiariteitsbeginsel al dan niet uitdrukkelijk in de motivering is vermeld. Naar de subsidiariteitsafweging kan immers even goed impliciet worden verwezen.⁹⁹ Men kan wel verwachten dat de rechter onderzoekt of de subsidiariteitstest wordt gemotiveerd ten aanzien van de door de maatregel geformuleerde doelstellingen.

De arbeidstijdzaak vormde de eerste rechterlijke controle van de wijze waarop de communautaire instellingen de naleving van subsidiariteit motiveren. Volgens de Britse regering was de arbeidstijdrichtlijn ontoereikend gemotiveerd omdat zij de redenering van de gemeenschapsinstelling niet duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking liet komen wat het verband tussen de gezondheid en veiligheid van de werknemers en de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreft

en in haar overwegingen evenmin verklaarde waarom communautaire actie nodig was;¹⁰⁰ Eigenlijk vewees de regering dus eerst naar een argument dat kan worden beschouwd als een element van de evenredigheidsafweging en dan naar het aspect subsidiariteit. In zijn antwoord herhaalde het Hof eerst zijn rechtspraak dat de motivering de redenering van de instelling «weliswaar duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking moet doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen, doch dat het niet noodzakelijk is, dat alle gegevens, feitelijk of rechtens, daarin worden gespecificeerd». Wat het evenredigheidsaspect betreft, wees het Hof erop dat uit de overwegingen van de richtlijn voldoende bleek dat de bepalingen de harmonisatie van de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemers tot doel hadden. Daarbij was het voor het Hof niet nodig dat een instelling elke technische keuze specifiek motiveerde indien de essentie van het nagestreefde doel uit de bestreden handeling bleek. Dan volgde het subsidiariteitsaspect. Volgens het Hof bleek uit de overwegingen van de richtlijn die het zonet aanhaalde «dat, teneinde een hogere gaad van bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers te waarborgen, de Raad het noodzakelijk heeft geoordeeld, de nationale wettelijke regelingen betreffende de organisatie van de arbeidstijd te harmoniseren». Voor het Hof was het bezwaar van de Britse regering ongegrond want: Gelijk blijkt uit rechts-overweging 47, kan een dergelijke doelstelling, die in artikel 118 A zelf is neergelegd, slechts door middel van harmonisatie met behulp van minimumvoorschriften worden nagestreefd door een actie op communautair niveau». ¹⁰¹

Onmiddellijk valt op dat het Hof zijn conclusie niet baseerde op specifieke overwegingen waarmee de Raad in de richtlijn motiveerde waarom het een actie op communautair niveau noodzakelijk acht. Het Hof herhaalde alleen de eigen argumentatie dat de maatregel voldoende was gerechtvaardigd op grond van subsidiariteit omdat harmonisatie de voornaamste doelstelling was. Het Hof eiste dus niet dat de wetgever uitdrukkelijk verklaarde waarom een communautair optreden nodig was maar stelde zich tevreden met de eigen vaststelling dat het communautair optreden effectief nodig bleek. Anders dan te verwachten was ging het Hof de motivering van het subsidiariteitsaspect dus oppervlakkiger na dan die van het evenredigheidsaspect.

Op dit punt valt af te wachten wat het Hof beslist in de depositogarantiezaak waarin Duitsland een schending van de motiveringsplicht aanvoert omdat de considerans van de richtlijn zwijgt over het subsidiariteitsbeginsel hoewel de Lid-Staat in de vergaderingen van de Raad op deze tekortkoming had gewezen.¹⁰² Mogelijk mag met de advocaat-generaal worden aangenomen dat uit de overwegingen van de richtlijn voldoende blijkt dat de Raad de noodzaak van een geharmoniseerde bescherming en het tekortschieten van de Lid-Staten daaromtrent heeft vastgesteld.¹⁰³ Toch valt op hoe de advocaat-generaal aanvoelt dat dit soort summiere

⁹⁷ Zie LENAERTS, K. en ARTS, D., *Europees Procesrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 173-174, nr. 298, en specifiek voor het motiveringsvereiste: 184-187, nrs. 318-321.

⁹⁸ Dit blijkt ook in de arbeidstijdzaak waar het Hof weigert in te gaan op het bezwaar van de Britse regering dat de motivering van de richtlijn beoordelingsfouten maakte: r.o. 82 van het arbeidstijd-arrest (zie vn. 3). In deze zaak zou men kunnen zeggen dat het Hof de zondagsrustbepaling eigenlijk wegens een dergelijk motiverings-verzuim nietig heeft verklaard (zie r.o. 37, aangehaald bij vn. 27: «de Raad heeft verzuimd om uit te leggen...»). Zoals hiervóór besproken had het Hof bezwaren bij de noodzakelijkheid van deze bepaling – een bezwaar dat gerust kan worden geformuleerd als een gebrekkige subsidiariteitsmotivering.

⁹⁹ Zie ook advocaat-generaal LÉGER in zijn conclusie bij de depositogarantiezaak (vn. 6), punt 90.

¹⁰⁰ *Id.*, r.o. 72.

¹⁰¹ *Id.*, r.o. 81.

¹⁰² Zie het beroep zoals gepubliceerd in *Pb.*, 1994, C 275/20.

¹⁰³ Zie de conclusie van advocaat-generaal LÉGER, (vn. 6), punten 72-74.

motivering de subsidiariteitstoets niet echt doet uitkomen. Hij meent immers dat het niet overdreven is om van de instellingen te verwachten dat zij «in de toekomst» hun besluiten op hun systematische manier zullen motiveren ten aanzien van het subsidiariteitsbeginsel.¹⁰⁴ De Commissie engageerde zich ertoe om de conformiteit van haar voorstellen met het subsidiariteitsbeginsel in de overwegingen en zo nodig ook in een toelichting te bevestigen.¹⁰⁵ De afspraken die de Commissie, het Europees Parlement en de Raad in oktober 1993 hebben gemaakt¹⁰⁶ spreken over de plicht van de Commissie om een dergelijke rechtvaardiging in de toelichting op te nemen en over de verplichting voor het Parlement en de Raad om elke wijziging van het voorstel vergezeld te laten gaan van een dergelijke rechtvaardiging. Hoewel de instellingen regelmatig moeten nagaan of het overwogen optreden met de subsidiariteit verenigbaar is «zowel uit het oogpunt van de keuze van het juridische instrumentum als van de inhoud van het voorstel» blijkt hieruit niet echt een verplichting om in de considerans een specifieke subsidiariteitsafweging op te nemen.¹⁰⁷ Het is niet zeker of de Intergouvernementele conferentie op dit punt verduidelijkingen zal aanbrengen.¹⁰⁸ Een striktere rechterlijke toetsing dan die van het arbeidstijdarrest lijkt voor een dergelijke motiveringsplicht al een goede stok achter de deur.

e) DE MEEST BRUIKBARE SUBSIDIARITEITSBESCHERMING: MOTIVERINGSPLICHT EN EVENREDIGHEIDSTOETS

Uit de voorgaande analyse blijkt dat subsidiariteit wel degelijk bestaansrecht heeft als een geldigheidsvereiste voor communautaire maatregelen. Om enige rechtsbescherming te bieden aan een Lid-Staat moet subsidiariteit dan wel zodanig worden opgevat dat het een test vormt die een jurist ten opzichte van wetgevende maatregelen kan uitvoeren zonder de politieke afweging te heropenen. Dit is het geval wanneer de jurist de subsidiariteitstest (zoals de evenredigheidstest) hanteert als een toets of de wetgever de door hem gestelde doeleinden op de minst belastende wijze probeert te verwezenlijken. Toch is het beschermend effect van deze toets vrij bescheiden.

Het subsidiariteitsbeginsel van artikel 3 B, tweede alinea, vraagt de wetgever weliswaar specifiek om het mogelijk optreden van de Lid-Staten te onderzoeken als een minder belemmerend alternatief voor het overwogen communautair optreden. Deze subsidiariteitstest komt neer op een bijzondere toepassing van de evenredigheidstest die bevestigt dat

de beleidsvrijheid van Lid-Staten een legitiem belang op zich vormt dat niet nodeloos mag worden aangetast door een communautaire maatregel, en de wetgever uitdrukkelijk verplicht om de mogelijke aantasting van dit belang na te gaan. Zoals uit de bespreking bleek is het echter te verwachten dat een Lid-Staat niet gemakkelijk zal kunnen aantonen dat het feit dat de Gemeenschap optreedt een aantasting vormt van de nationale beleidsvrijheid. De eerste toepassing van de subsidiariteitstest doet reeds uitkomen dat het principe van een communautair optreden moeilijk kan worden aangevochten wanneer de communautaire wetgever het verkrijgen van eenvormige normen als doel op zich stelt. En wanneer de communautaire wetgever niet de harmonisatie van wetgevingen maar een ander beleidsdoel vooropstelt, kan hij het beoogde doel dermate hoog stellen dat de Lid-Staten dit niveau niet zelf kunnen garanderen. Als de subsidiariteitstest door de rechter moet worden geverifieerd kan deze zich genoodzaakt zien om (zoals bij de evenredigheidstest) alleen marginaal te toetsen. Waar een Lid-Staat wel op kan aandringen is een uitdrukkelijke opname van de redenen op grond waarvan de wetgever meent dat een actie op communautair niveau gerechtvaardigd is. Met een strikter toezicht op de motivering van een wetgevend optreden kan de rechter de wetgever dwingen om op zijn minst een of andere subsidiariteitsafweging in de consideransen van de maatregel te formuleren.

Daarnaast zet het subsidiariteitsbeginsel van artikel 3 B, tweede alinea, eveneens aan tot een evenredigheidstoets die moet onderzoeken of de preciese reikwijdte van het overwogen optreden kan worden gerechtvaardigd. De arbeidstijdzaak geeft voldoende aanwijzingen dat dit soort afweging een goed kader biedt om na te gaan of een maatregel voldoende relevantie bevat ten aanzien van het gestelde doel en of hij niet door minder ingrijpende nationale regelingen kan worden vervangen. Waarschijnlijk ligt de meest verregaande subsidiariteitsbescherming verrat in deze toets, die niet het principe van het communautair optreden bekijkt maar nagaat in hoeverre sommige aspecten van de maatregel nodeloos ingrijpen in de nationale beleidsvrijheid. Dit onderzoek verschilt in niets met de evenredigheidsafweging waaraan overeenkomstig de derde alinea van artikel 3 B alle communautaire maatregelen kunnen worden onderworpen.¹⁰⁹ Voor de eenvoud van de concepten is het dan ook geen slechte zaak om, net zoals de advocaat-generaal en het Hof in de arbeidstijdzaak, het concept «subsidiariteitsbeginsel» voor te behouden voor het onderzoek of een communautair optreden op zich gerechtvaardigd is en alle andere argumenten te behandelen als elementen van de evenredigheidsafweging.

Al bij al blijven het toch beperkte wapens die deze geldigheidsvereisten in handen geven aan een Lid-Staat die langs juridische weg wil ingaan tegen een communautaire maatregel waarmee hij niet akkoord gaat. Uiteindelijk dienen

¹⁰⁴ *Id.*, punt 89.

¹⁰⁵ Zoals vermeld in de algemene aanpak van de Europese Raad van Edinburgh (12), punt I.21, 16.

¹⁰⁶ Zie vn. 13.

¹⁰⁷ Op dit punt sprak artikel 5(1) van het Duits ontwerp-protocol (zie vn. 72) over een duidelijke motiveringsplicht voor voorstellen, wijzigingen van voorstellen voor «die Erwägungsgründe» van een communautair optreden.

¹⁰⁸ De tekst die het Iers Voorzitterschap in december 1996 voorstelde (zie vn. 74) suggereerde om verplichtingen uit het interinstitutioneel akkoord op te nemen in het subsidiariteitsprotocol bij het EG-Verdrag. De enige nieuwigheid lijkt een plicht voor de Raad om het Europees Parlement in kennis te stellen van de motieven wanneer de Raad een Commissievoorstel verwerpt omdat het niet consistent zou zijn met artikel 3 B.

¹⁰⁹ De uitoefening van exclusieve gemeenschapsbevoegdheden (die niet aan de subsidiariteitstest van de tweede alinea van artikel 3 B onderworpen is) kan dus wat het evenredigheidsaspect betreft op dezelfde wijze worden getoetst als de andere communautaire bevoegdheden. Dit relativeert enigszins het belang van de discussie die blijft bestaan over welke communautaire bevoegdheden exclusief zijn. Voor de meest overtuigende visie, zie LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 13-28.

deze beginselen enkel om een maatregel te beoordelen op grond van de daarin reeds neergelegde doelstellingen. Wanneer een Lid-Staat er tijdens de inhoudelijke discussie in de Raad niet in slaagde de doelstellingen naar wens te formuleren, kan hij enkel nog nagaan of de maatregel niet de grenzen overschrijdt van de gebruikte rechtsgrond. Door de rechtsgrond aan te vechten zou de Lid-Staat van de rechter nog kunnen verkrijgen dat een andere rechtsgrond met een strikter meerderheidsvereiste toepasselijk worden geacht die de Lid-Staat meer kansen geeft om het doel en de inhoud van de maatregel anders te omschrijven. Het onderzoek van de naleving van subsidiariteit en evenredigheid biedt echter niet meer dan een inhoudelijke toetsing van een maatregel aan zijn eigen doelstellingen. Vanwege de beperkte bruikbaarheid van die geldigheidsvereisten vertrouwt een Lid-Staat voor de bescherming van zijn beleidsvrijheid beter op het politiek proces waarin hij kan beletten dat een maatregel doelstellingen nastreeft die de beleidsvrijheid te zeer beperken. Voor een waterdichte bescherming van hun beleidsvrijheid moeten de Lid-Staten echter zorgen in de onderhandelingen waarmee de verdragstekst wordt gewijzigd. Zo garandeert het gemeenschapsrecht zulk een bescherming wanneer in het betrokken verdragsartikel een clausule wordt ingelast die van meetaf aan domeinen onttrekt aan de communautaire bevoegdheid,¹¹⁰ of wanneer de rechtsgrond een unanimitatsvereiste voor de stemming in de Raad instelt.¹¹¹ Wat subsidiariteit betreft lijkt de beschermende functie van het rechtsbeginsel dan ook ondergeschikt aan de legitieme functie die het ten aanzien van communautaire maatregelen vervult. De ijver van gemeenschapsinstellingen om subsidiariteit te definiëren en toe te passen moet dan ook veeleer in die context worden gezien.¹¹²

III. SUBSIDIARITEITSBESCHERMING TEGENOVER UITVOERENDE MAATREGELEN

Tot zover richtte deze bijdrage zich op de bescherming die Lid-Staten genieten ten opzichte van communautaire wetgeving uitgevaardigd door de Raad (of door de Raad en het Europees Parlement samen). Niettemin kan een Lid-Staat zich evenzeer in zijn beleidsvrijheid aangetast voelen door wetgevende maatregelen die uitgaan van de Commissie of door andere algemene maatregelen van de Raad of de Commissie die veeleer als uitvoeringsmaatregelen worden aangemerkt. De voorgaande bespreking kan eigenlijk ook op al die maatregelen worden toegepast. Wanneer de Commissie optreedt zal een Lid-Staat wel niet zo vaak de rechtsgrond betwisten om daardoor meer inspraak in de besluitvormings-

procedure te verkrijgen.¹¹³ Toch kan worden nagegaan of de Commissie binnen de haar toegekende (wetgevende of uitvoerende) bevoegdheden is gebleven. De specifieke motiveringsplicht die uit artikel 3 B (samen met artikel 190) EG-Verdrag kan worden afgeleid, geldt uiteraard eveneens ten aanzien van de Commissie.

Wat communautaire uitvoeringsmaatregelen in het algemeen betreft, kunnen het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel beperkingen stellen aan de reikwijdte van de maatregelen in kwestie. Het principe van het communautaire optreden lijkt evenwel moeilijker aan te vechten. Elke communautaire uitvoeringsmaatregel berust immers op een uitdrukkelijke of impliciete delegatie van bevoegdheden in communautaire wetgeving. Op zich sluit deze delegatie niet uit dat de Lid-Staten de doelstellingen van de uitvoeringsmaatregel zelf voldoende zouden kunnen verwezenlijken. Toch zal de betrokken gemeenschapsinstelling uit de wetgevende maatregel steeds argumenten kunnen halen waarom een uitvoerend optreden op Gemeenschap gerechtvaardigd blijkt, zeker als dit optreden berust op een uitdrukkelijke opdracht tot reglementering. De subsidiariteitstoets zal van de Gemeenschap meer verantwoording vragen als de uitvoeringsmaatregel bijkomende doelstellingen aanneemt die niet onmiddellijk voortvloeien uit die van de wetgevende maatregel waarop hij berust. Telkens als de uitvoeringsbevoegdheid gepaard gaat met een ruime discretionaire bevoegdheid blijft de rechterlijke toets ook hier marginaal van aard.

Reeds vóór de inwerkingtreding van artikel 3 B EG-Verdrag ging de Commissie er prat op subsidiariteit toe te passen in de uitvoerende taak die zij vervult in het communautaire mededingingsbeleid. De commissie besloot in 1990 in de *Automec*-zaak om een klacht niet voort te onderzoeken omdat de verzoekende partij zich reeds in een verwant geschil tot een nationale rechter had gewend en de kwestie geen zodanig communautair belang had dat een nader onderzoek van de feiten noodzakelijk was. Eigenlijk werden hiermee subsidiariteitscriteria van artikel 3 B toegepast: de Lid-Staten bleken in staat het gestelde doel te verwezenlijken, namelijk op overtredingen van de mededingingsregels sancties toepassen, terwijl noch de omvang noch de gevolgen van de kwestie een communautair optreden vereisten. Toen een betrokken partij dit standpunt van de Commissie betwistte, bevestigde het Gerecht van eerste aanleg dat de Commissie gerechtigd was om bij het onderzoek van zaken prioriteiten te stellen en als prioriteitscriterium het communautair belang te hanteren.¹¹⁴ Dit kon onder de voorwaarde dat een afdoende rechtsbescherming verzekerd was op nationaal vlak.¹¹⁵ Tevens diende de Commissie duidelijk de juridische en feitelijke overwegingen te geven op grond waarvan zij tot haar beslissing kwam.¹¹⁶ In latere zaken motiveerde de Commissie haar beslissing om een zaak niet meer te onderzoeken uitdrukkelijk «uit hoofde van het subsidiariteits-

¹¹⁰ Zoals de beleidsaspecten in het eerste lid van de artikelen 126 (onderwijs), 127 (beroepsopleiding), 128 (cultuur), en het uitsluiten van harmonisatie in het laatste lid van de artikelen 126, 127, 128 en 129 EG-Verdrag.

¹¹¹ Zoals in artikel 128, lid 4, eerste streepje. De Britse regering speelt een ander politiek spel om een vetorecht te krijgen met betrekking tot de sociale maatregelen waarin artikel 118 A voorziet. Na het arbeidstijdarrest beweerde John Major immers elk akkoord op de Intergouvernementele Conferentie te blokkeren indien de arbeidstijdrichtlijn niet volgens de Britse wensen zou worden herzien: *Europe*, nr. 6851, 12-13 november 1996, 3.

¹¹² DE AREILZA CARVAJAL, J.M. (vn. 71), 79.

¹¹³ Een Lid-Staat heeft wel belang bij het soort 'comité' dat wordt ingesteld om de Lid-Staten controle te geven op door de Commissie voorgestelde uitvoeringsmaatregelen. Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen* (vn. 11), nrs: 534 e.v., 452-455.

¹¹⁴ Gerecht, 18 september 1992, *Automec t. Commissie*, zaak T-24/90, *Jur.*, 1992, (II-2223), II-2277-2278, r.o. 83-86.

¹¹⁵ *Id.*, II-2278-2280, r.o. 89-96.

¹¹⁶ *Id.*, II-2277, r.o. 85.

en het decentralisatiebeginsel, gelet op het ontbreken van communautair belang». ¹¹⁷ Toch blijkt de beslissing van de Commissie niet echt voort te vloeien uit de toepassing van de subsidiariteitstest. Zo verduidelijkt het Gerecht dat een dergelijke beslissing in feite niet steunt op het subsidiariteitsbeginsel maar wel op de enkele grond dat er geen voldoende communautair belang is. ¹¹⁸ Aangezien het communautair belang ook kan worden ingevuld zonder verwijzing naar de rechtsbescherming die nationale overheden bieden, ¹¹⁹ lijkt de Commissie niet verplicht om steeds een afweging ten opzichte van de rechtsbescherming op nationaal vlak te maken. ¹²⁰ Hooguit kan men stellen dat artikel 3 B de Commissie verplicht om uitdrukkelijk of impliciet de afweging te maken of er een communautair belang bestaat of ontbreekt wanneer zij het onderzoek voortzet, stopzet resp. aan de nationale overheden overlaat.

IV. SUBSIDIARITEITSBESCHERMING: NIET ENKEL VOOR DE LID-STATEN

A. Aanvoering door gemeenschapsinstellingen

Het gemeenschapsrecht reserveert het aanvoeren van het subsidiariteits- en evenredigheidsbeginsel en van het rechtsgronden motiveringsvereiste geenszins voor de Lid-Statens. Om te beginnen kunnen ook de gemeenschapsinstellingen een schending van deze beginselen aanvoeren voor het Hof van Justitie. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat de Raad dit doet, ofschoon niet is uitgesloten dat een meerderheid van Lid-Statens erop aandringt dat de Raad een beroep instelt tegenover een maatregel van de Commissie die de beleidsvrijheid van de Lid-Statens te veel zou inperken. De Commissie zou zich op de beginselen kunnen beroepen tegen handelingen van de Raad. Zij kan dit doen als zij meent dat de Raad met de wijziging van haar voorstel niet meer de correcte rechtsgrond of de juiste subsidiariteits- of evenredigheidsafweging toepaste. Het Europees Parlement zou de subsidiariteit kunnen aanvoeren in een beroep tegen maatregelen van Commissie of Raad. De mogelijkheid voor het Parlement om een beroep tot nietigverklaring in te stellen

is echter beperkt tot beroepen gericht op de vrijwaring van de eigen bevoegdheden, ¹²¹ wat niet het geval lijkt met een beroep tot nietigverklaring van een communautaire maatregel wegens vermeende schending van subsidiariteit of evenredigheid of van de motiveringsplicht. ¹²² Niet te vergeten is ook de mogelijkheid voor de Raad, de Commissie of een Lid-Staat om vóór de goedkeuring door de Gemeenschap van een internationaal verdrag advies te vragen aan het Hof over de verenigbaarheid met het EG-Verdrag. ¹²³ Vooralsnog werd een schending van de subsidiariteit telkens aangevoerd door een Lid-Staat tegen de opvatting van deze politieke instellingen in. ¹²⁴

B. Aanvoering door particulieren

Ook particulieren kunnen in die gevallen waarin alles tegen communautaire wetgevende maatregelen voor hen openstaan, schending van het rechtsgrondvereiste, de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en het motiveringsvereiste aanvoeren. ¹²⁵ Hoe bruikbaar zijn deze concepten in handen van ontevreden natuurlijke of rechtspersonen?

Een onjuiste rechtsgrond wordt door particulieren zelden opgeworpen. Zij zijn niet onmiddellijk gebaat met een andere procedure ¹²⁶ maar kunnen misschien wel iets aanvangen met de implicaties die de rechtsgrond heeft voor de materiële reikwijdte van de bevoegdheid en de toegelaten rechtsinstrumenten. Voor het aanvoeren van een schending van het evenredigheidsbeginsel is het voldoende aan te tonen hoe een onevenredig nadeel werd toegebracht aan een of ander legitiem belang of recht, van publieke of van private aard. Subsidiariteit vormt echter een specifieke bescherming voor de beleidsvrijheid van nationale overheden. Toch belet dit niet dat particulieren in principe zich zowel op de schending van het evenredigheids- als op die van het subsidiariteitsbeginsel kunnen beroepen. Het beroep op die beginselen is immers niet beperkt tot de personen voor wie de bescherming zou zijn bestemd. In de praktijk zijn de bezwaren die een overheid uitbrengt tegenover een communautaire maatregel ook nooit te scheiden van de particuliere belangen die op het spel staan. Zo had het beroep tegen de arbeidstijdrichtlijn evenzeer de vorm kunnen aannemen van een geldigheidstoetsing op vraag van benadeelde bedrijven,

¹¹⁷ Gerecht, 24 januari 1995, *BEMIM t. Commissie*, zaak T-114/92, *Jur.*, 1995, (II-147), II-155, en Gerecht, 24 januari 1995, *Tremblay e.a. t. Commissie*, zaak T-5/93, *Jur.*, 1995, (II-185), II-193, telkens r.o. 9.

¹¹⁸ Gerecht, 24 januari 1995, *Tremblay e.a. t. Commissie*, zaak T-5/93, *Jur.*, (II-185), II-209, r.o. 61, bevestigd op hogere voorziening door het H.v.J., 24 oktober 1996, *Tremblay e.a. t. Commissie*, zaak C91/95 P, beschikbaar in gestencilde versie maar nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

¹¹⁹ Zie Gerecht, 15 januari 1997, *SFEI*, zaak T-77/95, beschikbaar in gestencilde versie maar nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, r.o. 57 (waarin het onvoldoende communautair belang werd afgeleid uit het feit dat de beweerde overtreding was stopgezet).

¹²⁰ Een dergelijke verplichting werd aangevoerd in de *SPO*-zaak, waarin het Gerecht enkel stelde dat noch artikel 3 B EG-Verdrag noch een eventueel algemeen rechtsbeginsel een dergelijke verplichting oplegde vóór de inwerkingtreding van het EU-Verdrag: Gerecht, 21 februari 1995, *SPO e.a. t. Commissie*, zaak T-29/92, *Jur.*, 1995, (II-289) II-394, r.o. 330-331. Uiteraard bevestigt noch ontkenst zo'n uitspraak dat een dergelijke verplichting momenteel bestaat.

¹²¹ Artikel 173, derde alinea, EG-Verdrag.

¹²² Zie reeds ten aanzien van de schending van de motiveringsplicht: H.v.J., 13 juli 1995, *Europees Parlement t. Commissie*, zaak C-156/93, *Jur.*, 1995, (I-2019) I-2045, r.o. 11; H.v.J., 18 juni 1996, *Europees Parlement t. Raad*, zaak C-303/94, *Jur.*, 1996, (I-2943) I-2968, r.o. 18.

¹²³ Artikel 228, lid 6, EG-Verdrag.

¹²⁴ Zie vn. 3 en 6.

¹²⁵ Naast de beperkte mogelijkheid van een beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht van eerste aanleg tegen tot hen gerichte handelingen of handelingen die hen rechtstreeks en individueel raken (artikel 173, vierde alinea, EG-Verdrag) kan de geldigheid van een communautaire maatregel langs prejudiciële weg (artikel 177 EG-Verdrag) voor het Hof van Justitie ter discussie worden gesteld. Zie t.a.v. het optreden van de Commissie in mededingingszaken: H.v.J. (beschikking), 9 augustus 1994, *Pyramide*, zaak C-378/93, *Jur.*, 1994, I-3999 (niet-ontvankelijk geacht).

¹²⁶ Tenzij hun standpunt ook wordt verdedigd door een of meer regeringen die in de Raad in de minderheid werden gesteld.

of het beroep tegen de depositogarantierichtlijn een prejudicieel verzoek van de Duitse banken.¹²⁷ De motiveringsplicht vormt in de eerste plaats een bescherming voor de personen tot wie de handeling is gericht maar vrijwaart toch ook in het algemeen de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. Bovendien kan de motivering van communautaire maatregelen ook ten aanzien van particulieren rechtstreeks belang hebben voor de toepassing of uitlegging van die maatregelen door andere overheden of door particulieren.¹²⁸

Hoewel bijna alle genoemde beschermende concepten in principe dus ook door particulieren in te roepen zijn, wordt het concreet aanbrengen van overtuigende argumenten, vooral dan wat subsidiariteit betreft, allicht een harde dobber. Om een maatregel op grond van subsidiariteit aan te vechten moet een particuliere procespartij in staat zijn aan te tonen dat alle Lid-Staten over toereikende middelen beschikken om het gestelde doel te verwezenlijken. Een Lid-Staat kan uiteraard in de zaak interveniëren om de particulier te hulp te komen. Daarbij komt nog dat een particulier die een beroep instelt tegen een maatregel van de Raad zich verzet tegen een politieke afweging die tenminste de goedkeuring van een meerderheid van de Lid-Staten (en soms van alle Lid-Staten) wegdroeg. Het wordt moeilijk argumenteren dat de Lid-Staten geschikt waren het gestelde doel te bereiken als de Lid-Staten zelf dit in de Raad blijkbaar anders hebben ingeschat.¹²⁹

C. Aanvoering door regionale en lokale overheden

In het debat over subsidiariteit spelen de gedecentraliseerde overheden van de Lid-Staten een belangrijke rol. Het waren de regionale en lokale overheden die ervoor hebben gezorgd dat subsidiariteit op de politieke agenda is komen te staan. Het merendeel van de argumenten die Lid-Staten kunnen aanvoeren tegenover onnodig centraliserende ingrepen van de communautaire overheid kan ook worden gebruikt in de verhouding van regionale en lokale overheden met de communautaire overheid. In sommige Lid-Staten beschikken regionale overheden trouwens over bevoegdheden die zij uitoefenen met uitsluiting van het federale niveau. Het gemeenschapsrecht moeit zich niet met de intern-rechtelijke bevoegdheidsverdeling zolang de naleving van het gemeenschapsrecht binnen de Lid-Staten maar is verzekerd. In principe kunnen de regionale en lokale overheden een schending aanvechten van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid en van het rechtsgrond- en motiveringsvereiste. Het EG-Verdrag ruimt bij de procesmogelijkheden voor het Hof van Justitie echter geen bijzonder statuut in voor deze overheden. Anders dan de nationale overheden die de Lid-Staten als dusdanig vertegenwoordigen kunnen de lagere overheden enkel ageren onder de proces-

voorwaarden die gelden voor particulieren rechtspersonen.¹³⁰ Onder die voorwaarden kan een lagere overheid de rechter vragen om de naleving van geldigheidsvereisten te controleren. Zijn de hiervóór besproken geldigheidsvereisten ook in staat om enige rechtsbescherming te bieden voor de regionale of lokale beleidsvrijheid?

1° Het rechtsgrondvereiste

Een dergelijke rechtsbescherming wordt niet geboden door het vereiste van de correcte rechtsgrond. Sommige regionale overheden kunnen wel belang hebben bij de toepasselijke wetgevingsprocedure omdat zij betrokken worden bij de besluitvorming binnen de Raad. In regionale materies maken Lid-Staten zoals België en Duitsland gebruik van de mogelijkheid dat een regionale minister de Lid-Staat in de Raad vertegenwoordigt en hangt het standpunt van de Lid-Staat in de Raad af van voorafgaand overleg tussen de betrokken regio's.¹³¹ Omdat een Lid-Staat in de Raad steeds met één stem spreekt¹³² beperkt de noodzaak van een compromis echter het gewicht van elke individuele regio in de besluitvorming. Wanneer geen eensgezind standpunt kan worden bereikt binnen de Lid-Staat komt de positie in de Raad vaak neer op een onthouding. Deze positie bemoeilijkt het bereiken van de gekwalificeerde meerderheid maar niet de eenparigheid van stemmen.¹³³ Voor een individuele regio verschaft het rechtsgrondvereiste dus geen afdoende procedurele of inhoudelijke bescherming ten opzichte van de maatregel. Enkel als de regio's van één Lid-Staat het eens zijn, zal hun standpunt samenvallen met dat van hun Lid-Staat en wordt de door de rechtsgrond bepaalde procedure belangrijk – maar dan spreken we eigenlijk over het belang van de Lid-Staat als Lid-Staat.

¹³⁰ Zie vn. 125. Rechtspersoonlijkheid is dus vereist. Het Comité van de Regio's stelt voor het Hof bevoegd te verklaren uitspraak te doen «over elk door een regio ingesteld beroep tegen een verordening, richtlijn, besluit of beschikking die van invloed is op de wetgevende bevoegdheden van de regio»: zie het advies van 21 april 1995 over de herziening van het Verdrag betreffende de Europese Unie en van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb.*, 1996, C 100/6.

¹³¹ Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen* (vn. 11), 383, nr. 452. In België stelt het samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie (*B.S.*, 17 november 1994) een coördinatie in tussen federale en regionale regeringen die tot een «overeenstemming» of «standpunt» moet leiden.

¹³² Bij stemming met gekwalificeerde meerderheid van stemmen (artikel 148, lid 2, EG-Verdrag), wordt het stemmenaantal dat aan elke Lid-Staat toekomt, immers in blok uitgebracht.

¹³³ Artikel 148, lid 3, EG-Verdrag. Het samenwerkingsakkoord dat het communautair optreden van de Belgische federale en regionale overheden coördineert (zie vn. 131) wijst er in zijn toelichting op dat het feit dat de onthouding in de Raad «niet neutraal» is ertoe leidt dat de coördinatie «als het ware verplicht» is «om een standpunt te bepalen teneinde zinvol deel te nemen aan de onderhandelingen binnen de Raad» (zie punt 5). Het akkoord bepaalt niet of België zich als Lid-Staat toch nog zou onthouden indien de betrokken overheden niet tot «een standpunt» komen.

¹²⁷ Zie tekst bij vn. 9. Anderzijds roept een particuliere partij vaak ook de bescherming van algemene belangen in: zie bv. H.v.J., 13 november 1990, *Fedesa e.a.*, zaak C-331/88, *Jur.*, 1990, (I-4023) I-4032 (waar de verzoekende partij naast de financiële nadelen voor betrokken handelaars ook het risico voor de consument opwerpt).

¹²⁸ Zie ook SCHWARZE, J., (vn. 35), 1415-1416.

¹²⁹ Deze situatie doet zich ook voor als de Commissie haar door de Raad te drastisch gewijzigd voorstel zou aanvechten: het Commissievoorstel kan immers enkel door de Raad worden gewijzigd met eenparigheid van stemmen (artikel 189 A, lid 1, EG-Verdrag).

2° Het evenredigheidsbeginsel

De evenredigheidstest leent zich wel voor een bescherming van het lokale of regionale beleidsniveau. Een schending van het evenredigheidsbeginsel zou kunnen worden aangevoerd door elke lagere overheid die meent dat de communautaire overheid onnodig inbreuk maakte op legitieme regionale of lokale belangen. Door na te gaan of het communautair optreden niet verder gaat dan nuttig en nodig is om het gestelde doel te bereiken moet het Hof onderzoeken of er inderdaad sprake is van een aantasting van belangen die de wetgever had moeten vermijden. In een materie die de verschillende onderdelen van Lid-Staten niet in dezelfde mate raakt zou de communautaire wetgever zich echter precies op hetzelfde evenredigheidsbeginsel kunnen beroepen om te rechtvaardigen dat een maatregel sommige gebieden meer belast of enkel betrekking heeft op specifieke regio's.¹³⁴

3° Het subsidiariteitsbeginsel

De subsidiariteitstest van artikel 3 B EG-Verdrag verwijst niet uitdrukkelijk naar het regionale of lokale beleidsniveau. De Gemeenschap moet alleen aantonen dat de overwogen doelstellingen niet even goed kunnen worden verwezenlijkt op het vlak van «de Lid-Staten». Hiervóór werd reeds opgemerkt dat de wetgever zich kan houden aan het «abstract» onderzoek of de materie in kwestie doelstellingen betreft die van dien aard zijn dat de Lid-Staten ze zelf niet voldoende kunnen realiseren. Een onderzoek van de middelen waarover elke individuele Lid-Staat concreet beschikt wordt echter noodzakelijk wanneer een procespartij de rechter confronteert met de stelling dat alle Lid-Staten wel de nodige middelen daartoe hadden. Wanneer men de middelen van een concrete Lid-Staat nagaat moet uiteraard rekening worden gehouden met de capaciteiten van alle bevoegde overheden binnen de Lid-Staat. Zo kan het voldoende zijn dat bevoegde regionale of lokale overheden het door de Gemeenschap gestelde doel kunnen bereiken. In een dergelijk geval kan de Gemeenschap dan ook het onvermogen van regionale overheden ten opzichte van het gestelde doel (of zelfs het in gebreke blijven van één specifieke regio) opwerpen om te besluiten dat de middelen van de betrokken Lid-Staat in zijn geheel ontoereikend zijn.¹³⁵ De Gemeenschap kan dus bij het uitwerken van een wetgevend optreden rekening houden met de bevoegdheden en capaciteiten van lagere overheden maar moet anderzijds haar optreden niet al-

tijd uitdrukkelijk rechtvaardigen ten aanzien van alle bevoegde lagere overheden. De regio's dringen erop aan dat de subsidiariteitstest van artikel 3 B uitdrukkelijk vereist dat een communautaire maatregel niet enkel tegenover het optreden van de nationale overheid maar ook tegenover een optreden van territoriaal gedecentraliseerde overheden wordt afgewogen – een voorstel dat door de Duitse regering werd overgenomen in het kader van de Intergouvernementele Conferentie.¹³⁶ Dan moet de wetgever uiteraard naar de regionale overheden verwijzen als de betrokken materie in sommige Lid-Staten tot hun bevoegdheid behoort. Toch verandert dit niet veel aan de subsidiariteitsafweging aangezien de communautaire wetgever zijn overwogen maatregel ook op abstracte wijze kan afwegen tegenover de overheden van de Lid-Staten. Het tekortschieten van de regionale overheden om de overwogen doelstellingen te verwezenlijken zal in meerdere gevallen reeds uit de aard van deze doelstellingen voortvloeien. In elk geval geldt ook in de huidige formulering van artikel 3 B dat de communautaire wetgever op de hoogte moet zijn van de interne bevoegdheidsverdeling en de concrete middelen waarover de lagere overheden beschikken als bij het onvermogen van lagere overheden als grondslag neemt van zijn oordeel dat de middelen van de Lid-Staten tekortschieten.

Men kan echter twijfelen of een regionale of lokale overheid een dergelijk subsidiariteitsafweging ook kan laten controleren door de rechter. Een individuele regionale of lagere overheid krijgt immers af te rekenen met dezelfde moeilijkheid als eventuele particuliere verzoekers, namelijk dat het communautair optreden eigenlijk enkel kan worden betwist als wordt aangetoond hoe het gestelde doel ook zonder het overwogen communautair optreden in alle Lid-Staten kan worden bereikt. Daarnaast steekt een bijzonder probleem de kop op wanneer een lokale of regionale overheid zich keert tegen een maatregel van de Raad die tot stand kwam in vergaderingen waarin een lid van de nationale regering het standpunt van de Lid-Staat vertolkte zonder de lagere overheid er (in voldoende mate) bij te betrekken. In dat geval is het mogelijk dat de Raad zijn besluit heeft genomen met inachtneming van een specifieke opvatting over de capaciteit van de Lid-Staat die niet overeenkomt met de opvatting over de naleving van subsidiariteit die leeft op een lager overheidsniveau.¹³⁷ Het is volkomen denkbaar dat een

¹³⁴ Allicht kan men evenmin als ten aanzien van de Lid-Staten (zie tekst na vn. 91) concluderen dat het gelijkheidsbeginsel de communautaire wetgever ook verplicht om de verschillen tussen regio's steeds in rekening te brengen.

¹³⁵ Zodoende kan een federale staatsstructuur de capaciteiten van een Lid-Staat verminderen om – in het licht van de subsidiariteitstest – de overwogen doelstellingen te realiseren: zie BERMANN, G.A. (vn. 70), 343. Dit is niet noodzakelijk het geval als de federale overheid zich in de plaats kan stellen van een in gebreke blijvende regio. Een regeling zoals die neergelegd in artikel 16, § 3, van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen, die hiervoor eerst een veroordeling door het Hof van Justitie vereist, kan echter moeilijk een volwaardig alternatief voor een communautair optreden worden geacht.

¹³⁶ Het door Duitsland voorgestelde protocol (zie vn. 72) vermeldde meermaals de «Mitgliedstaaten und ihrer Gebietskörperschaften». Zie ook het voorstel van de Duitse *Bundesrat* (vn. 73) en de subsidiariteitsdefinitie die reeds in mei 1990 werd geformuleerd binnen de groep van het Europa van de Regio's: zie HÄBERLE, P., «Das Prinzip der Subsidiarität aus der Sicht der vergleichenden Verfassungslehre», *A.ö.R.*, 1994, (169) 178. In zijn advies over de herziening van het EU-Verdrag (vn. 130) pleit het Comité van de Regio's voor een formulering van artikel 3 B die naar de lokale en regionale overheden verwijst: zie C 100/6 en 10.

¹³⁷ Men kan zich inbeelden dat de nationale vertegenwoordiger de federale overheid bevoegd achtte maar ongeschikt, terwijl een regionale vertegenwoordiger oordeelde dat de federale overheid wel geschikt was (1) of dat niet de federale maar de regionale overheid bevoegd was en tevens geschikt (2). Een derde soort probleem rijst wanneer een Lid-Staat in de Raad beweert over de nodige capaciteiten te beschikken om het gestelde doel te verwezenlijken maar een meerderheid van de Lid-Staten daar anders over oordeelt. Dan zou een regionale vertegenwoordiger immers kunnen aanvoeren dat

lagere overheid zulk een situatie aangrijpt om de communautaire maatregel op grond van een foutieve toepassing van het subsidiariteitsbeginsel aan te vechten. In dit «bijzonder» geval moet het Hof zich niet enkel uitspreken over de capaciteiten van de lagere overheden maar ook uitgaan van een zeker idee over de interne bevoegdheidsverdeling. Aangezien het gemeenschapsrecht steeds een neutrale opstelling tegenover de interne bevoegdheidsverdeling betracht valt het te verwachten dat het Hof zal vermijden uitspraak te doen in een geschil waarin een nationale en een regionale overheid van mening verschillen over wie internrechtelijk bevoegd is.¹³⁸ Het ligt voor de hand dat het Hof de capaciteit van «de Lid-Staat» bij voorkeur zal inschatten overeenkomstig de opvatting die de vertegenwoordiger van de Lid-Staat in de Raad heeft aangevoerd. Door uit te gaan van het standpunt van die vertegenwoordiger zou het Hof immers het minst ingrijpen in het communautaire wetgevingsproces.¹³⁹ Dit «bijzonder» geval duidt goed aan hoe een juridische bescherming van de beleidsvrijheid van regionale of lokale overheden stoot op de voorkeur van het gemeenschapsrecht om zich buiten het debat over de internrechtelijke bevoegdheidsverdeling te houden. Zonder zich te mengen in deze bevoegdheidsverdeling is het moeilijk voor het gemeenschapsrecht om een bescherming te bieden aan standpunten van regionale of lokale overheden die niet overeenkomen met het standpunt dat de nationale overheid op communautair vlak inneemt.

Dit wijst erop dat een effectieve bescherming voor de regionale en lokale beleidsniveaus op communautair vlak enkel kan liggen in de invloed die zij op het besluitvormingsproces kunnen uitoefenen. Als de Lid-Staten niet dezelfde ideeën hebben over de rol die lagere overheden moeten spelen in het communautaire besluitvormingsproces, doet een Lid-Staat die deze overheden wel bij de besluitvorming wil betrekken er beter aan hen inspraak te verlenen bij de voorbereiding van het standpunt dat «de Lid-Staat» inneemt in de communautaire besluitvorming. Zo kunnen regionale en lokale overheden erop aandringen dat de Lid-Staat voorzichtig is bij het redigeren van de doelstellingen die een communautair optreden nastreeft. Zoals gezegd determineert de omschrijving van de doelstellingen immers in grote mate de uitkomst van zowel de subsidiariteits- als evenredigheidstest.

de door de Raad onderzochte stelling uitging van de bevoegdheid van de federale overheid terwijl de bevoegdheid in werkelijkheid berustte bij regionale overheden die wel geschikt waren om het doel te verwezenlijken.

¹³⁸ Toch zou de uitkomst van de subsidiariteitstest – dus de correcte oplossing van een vraag van gemeenschapsrecht – in die gevallen niet meer neutraal blijven ten opzichte van de interne rechtsorde maar integendeel afhangen van het standpunt dat men naar intern recht inneemt: zie het tweede en derde voorbeeld van de vorige vn.

¹³⁹ Dit geldt in elk geval voor het bevoegdheidsaspect. Wat de inschatting van de concrete capaciteit van de bevoegde overheid betreft, dient het Hof niet noodzakelijk de opvatting van de Lid-Staat te volgen wanneer de meerderheid in de Raad er een andere opvatting op nahoudt: zie het derde voorbeeld in vn. 137.

4° De motiveringsplicht

Het huidige artikel 3 B verplicht de communautaire instellingen niet om hun optreden uitdrukkelijk ten aanzien van de capaciteiten van lagere overheden te motiveren. Zoals gezegd kan de opname van «regionale overheden» in de formulering van de subsidiariteitstest een dergelijke motiveringsplicht wel invoeren maar leidt dit er nog niet toe dat de Gemeenschap haar optreden ook ten aanzien van concrete regio's moet rechtvaardigen (tenzij zij het in gebreke blijven van specifieke regionale overheden opwerpt. Een gedetailleerder motiveringsplicht stoot niet enkel op het groot aantal gedecentraliseerde beleidsniveaus maar ook op het grote verschil in de mate waarin Lid-Staten hun overheden hebben gedecentraliseerd. Net zoals is vastgesteld ten aanzien van de naleving van het evenredigheidsbeginsel, moet het voldoende zijn dat de wetgever zich ervan verzekert dat de maatregel wettig tot stand is gekomen met inachtneming van alle betrokken belangen, zonder dat de belangenafweging ten opzichte van elk mogelijk optreden op een gedecentraliseerd niveau nog eens uitdrukkelijk moet worden uitgeschreven.

5° Rechtsbescherming via het Comité van de Regio's

Met de oprichting van het Comité van de Regio's heeft het EG-Verdrag de belangenvertegenwoordiging van regionale en lokale lichamen geïnstitutionaliseerd. Het EG-Verdrag kent dit orgaan adviesbevoegdheden maar geen specifiek vorderingsrecht toe. In die gevallen waarin een verplicht advies niet zou zijn gevraagd, zou men kunnen argumenteren dat het Comité van de Regio's het recht heeft om deze nalatigheid aan te vechten voor het Hof van Justitie.¹⁴⁰ Naar analogie van de positie van het Europees Parlement moet ook hier worden betwijfeld of dit beroep de schending van het subsidiariteits- of evenredigheidsbeginsel of een ontoereikende motivering zou kunnen aanvoeren. In principe zou de tussenkomst van het Comité van de Regio's nochtans gemakkelijker kunnen voeren tot het aantonen van een schending van subsidiariteit dan het individueel beroep van een regionaal of lokaal orgaan. Een dergelijk overkoepelend orgaan zou gemakkelijker informatie kunnen verzamelen die aantoonde dat de capaciteiten van regionale of lokale overheden voldoende waren (eventueel samen met de middelen van de nationale overheden) om de doelstellingen van een betwist communautair optreden te verwezenlijken. Ook zou het regionaal of lokaal belang op een algemener niveau kunnen worden gevrijwaard dan een individuele overheid dit kan doen. Toch mag het succes van de regionale of lokale subsidiariteitsargumenten die het Comité zou aanvoeren zeker niet worden overschat. In de huidige subsidiariteitstest van artikel 3 B dient elke afweging van regionale en lokale capaciteiten enkel om een conclusie te bereiken of de Lid-Staat als Lid-Staat geschikt is. En ook al wijzigt men de verdragsbepaling – het blijft moeilijk voor regionale en lokale

¹⁴⁰ LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 73-74. Het Comité van de Regio's wenst dit bevestigd te zien in artikel 173 EG-Verdrag maar stel daarnaast ook voor het Hof bevoegd te maken «in elk door het Comité van de Regio's ingesteld beroep wegens schending van het subsidiariteitsbeginsel»: zie het advies van 21 april 1995 (vn. 130), C 100/6.

overheden om overtuigende argumenten op te werpen inzake de eigen beleidsvrijheid zolang de Lid-Staten uiteenlopende opvattingen hanteren over de mate waarin beleidsvrijheid op regionaal en lokaal vlak wenselijk is.

V. SUBSIDIARITEIT: MEER DAN EEN GELDIGHEDSVEREISTE?

Het juridisch debat over subsidiariteit is ruimer dan deze discussie over het gebruik van artikel 3 B EG-Verdrag. Zo passen sommige auteurs het subsidiariteitsbeginsel toe op de wijze waarop het Verdrag bevoegdheden aan de Gemeenschap toekent.¹⁴¹ Tevens wordt op het subsidiariteitsbeginsel een beroep gedaan bij de uitlegging van andere verdragsartikelen en maatregelen van gemeenschapsrecht.¹⁴² Artikel 3 B stelt nochtans geen regel voor dergelijke situaties. De tweede alinea spreekt immers enkel over het geval waarin de Gemeenschap een «optreden» overweegt. Aangezien deze bepaling een «overwogen» optreden betreft vormt zij ook geen rechtsgrond om over te gaan tot herziening van bestaande maatregelen van gemeenschapsrecht.¹⁴³ In al deze gevallen zoekt men eigenlijk subsidiariteit te erkennen als een rechtsbeginsel dat de formulering van artikel 3 B overstijgt. Dit rechtsbeginsel houdt allicht niet in dat de toekenning van bevoegdheden aan de Gemeenschap of de uitlegging van gemeenschapsrecht steeds aan het subsidiariteitsbeginsel is onderworpen. Op die wijze zou men immers de onderhandelingsruimte van de Lid-Staten bij een verdragswijziging evenals de interpretatievrijheid van elke toepasser van het gemeenschapsrecht onderwerpen aan het naleven van de subsidiariteitstoets. De bevestiging van subsidiariteit als algemeen rechtsbeginsel lijkt veeleer te wijzen op een erkenning dat dit beginsel in een afweging of argumentatie als juridisch concept kan worden gebruikt.

Niettemin vooronderstelt de opname van subsidiariteit in de juridische discussie dat dit beginsel inhoudelijk iets toevoegt aan het debat. Hiervóór bleek reeds dat de criteria van artikel 3 B niet erg duidelijk zijn. De conceptuele onzekerheid wordt uiteraard nog groter als we de context van artikel 3 B verlaten, waarin de subsidiariteitstest zich nog voordeed ten aanzien van de concrete doelstellingen die in een overwogen communautaire maatregel worden genoemd. Buiten het kader van artikel 3 B biedt de term subsidiariteit echter ruimte voor alle mogelijke (en tegenstrijdige) argumenten van centralisatie en decentralisatie, integratie, federalisme etc.¹⁴⁴ Bovendien kan het beginsel ook nog worden opgevat als een afweging van overheidsinterventie ten opzichte van particulier initiatief.

Wanneer men subsidiariteit in rekening wenst te brengen bij de toekenning van bevoegdheden aan de Gemeenschap (bv. bij een verdragswijziging) is eerst overeenstemming nodig over het doel dat men op communautair vlak wenst te

realiseren. Maar om tot dit politiek resultaat te komen biedt het rechtsbeginsel van subsidiariteit geen enkele hulp.¹⁴⁵ In dergelijke aangelegenheden vormen de Lid-Staten hun standpunt op grond van concrete verlangens over de resultaten die zij op communautair vlak gerealiseerd wensen en de mate waarin zij bereid zijn hun eigen beleidsvrijheid daartoe te beperken.¹⁴⁶ Het beroep op subsidiariteit heeft bij de toekenning van bevoegdheden dan ook eerder een functie achteraf, om de bevoegdheidsoverdracht te verklaren en vooral te legitimeren.

De onduidelijke inhoud van het subsidiariteitsbeginsel beïnvloedt uiteraard de bruikbaarheid van subsidiariteit bij problemen van interpretatie van gemeenschapsrecht. Ook hier vormt subsidiariteit eerder een legitimatie voor interpretaties die de beleidsvrijheid van nationale of lagere overheden of het particulier initiatief zoveel mogelijk vrijwaren.¹⁴⁷ Dit blijkt ook in de manier waarop de Britse regering in de arbeidstijdzaak een beroep deed op het subsidiariteitsbeginsel: zij wierp de schending van het beginsel niet op als een autonoom middel maar voerde dit punt aan in het kader van de beperkte integratie die volgens haar een artikel 118 A EG-Verdrag moest worden gegeven.¹⁴⁸ In het kader van de Intergouvernementele Conferentie wordt het standpunt van de Europese Raad herhaald, dat subsidiariteit enkel de uitoefening van communautaire bevoegdheden betreft, wat mogelijk de toepassing bij de interpretatie van het gemeenschapsrecht uitsluit.¹⁴⁹ Zonder zich duidelijk uit te spreken over de erkenning van subsidiariteit als interpretatiebeginsel heeft het Hof van Justitie reeds enkele mogelijke toepassingen van dit beginsel uitgesloten. Zo vormt het beginsel geen grond voor een Lid-Staat om zich aan gemeenschapsverplichtingen te onttrekken.¹⁵⁰ Tevens kunnen particulieren uit het subsidiariteitsbeginsel niet de vrijheid afleiden om reglementeringen uit te vaardigen die voor andere particulieren beperkingen stellen aan de uitoefening van hun recht op vrij verkeer.¹⁵¹

¹⁴⁵ Vandaar de kritiek van GEELHOED, L.A. (zie vn. 16), 431-432.

¹⁴⁶ Zie ook DEHOUSSE, F. (vn. 16), 52-57.

¹⁴⁷ Zo werd subsidiariteit – zonder succes – aangevoerd als rechtvaardiging voor vergunningen die de Franstalige Gemeenschap oplegde aan uitzending over de kabel van televisieprogramma's (H.v.J., 10 september 1996, *Commissie t. België*, zaak C-11/95, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie maar beschikbaar in gestencilde versie, r.o. 29 en 53) en als een grond die de Commissie zou verplichten om een belangengroep van landbouwers te betrekken bij een milieubeschermingsactie (H.v.J., 12 december 1996, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a.*, zaak C-142/95 P, *Jur.*, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie maar beschikbaar in gestencilde versie, r.o. 21).

¹⁴⁸ Zie r.o. 46 van het arbeidstijdarrest (vn. 3). Zoals hierboven besproken, reduceerde het Hof in zijn antwoord dit punt tot de argumenten dat een optreden op communautair niveau niet te rechtvaardigen (subsidiariteit) en al te ingrijpend was (evenredigheid).

¹⁴⁹ Zo herhaalt het ontwerp-protocol van Ierse Voorzitterschap (vn. 74) dat «het beginsel geen afbreuk doet aan de aan de Europese Gemeenschap verleende bevoegdheden zoals die door het hof van Justitie zijn uitgelegd» (identiek als de richtsnoeren, vn. 12, punt I.15).

¹⁵⁰ Zie zaak C-11/95 (zie vn. 147), r.o. 53.

¹⁵¹ Zo oordeelde het Hof in het *Bosman*-arrest dat het beginsel «niet tot gevolg (kan) hebben, dat de vrijheid waarover particuliere

¹⁴¹ Zie KAPTEYN, P.J.G., «Community Law and the Principle of Subsidiarity», *Rev. aff. eur.*, 1991, (35) 38-39; CONSTANTINESCO, V., *La distribution des pouvoirs entre la Communauté et ses Etats membres: l'équilibre mouvant de la compétence législative et le principe de subsidiarité*, Europa College, Brugge, 28-30 juni 1990, 14.

¹⁴² BERMANN, G.A. (vn. 70), 400-403; BERNARD, N. (vn. 38), 634.

¹⁴³ LENAERTS, K. en VAN YPERSELE, P. (vn. 47), 22.

¹⁴⁴ Zie ook vn. 69.

Het subsidiariteitsbeginsel lijkt op zich een zwakke grond om het bestaande gemeenschapsrecht anders te gaan interpreteren.¹⁵² Toch zien sommige auteurs bepaalde recente tendensen in de uitlegging door het Hof van het gemeenschapsrecht als uitingen van subsidiariteit binnen de rechtspraak. Dit is vooral het geval met de rechtspraak inzake vrij verkeer, waarin het *Keck*-arrest zorgde voor een ommekeer in het leerstuk van het vrije goederenverkeer.¹⁵³ In dit arrest en in enkele andere zaken heeft het Hof een uitlegging van de verdragsbepalingen gekozen die ertoe leidt dat bepaalde nationale regelingen niet meer (onder dezelfde strikte voorwaarden) worden onderworpen aan de toets van verenigbaarheid met de verdragsbepalingen.¹⁵⁴ Deze rechtspraak kan allicht samen met andere zaken waarin het Hof de reikwijdte van het gemeenschapsrecht minder ruim zou opvatten, worden gezien als een uiting van rechterlijke terughoudendheid die men «subsidiariteit» kan noemen. Daarbij zou men de communautaire rechter onderworpen kunnen achten aan een verplichting om de subsidiariteitstoets toe te passen. Op politiek vlak kan men zeker vaststellen dat het debat rond subsidiariteit de gemeenschapsinstellingen, met inbegrip van het Hof van Justitie en het Gerecht van eer-

ste aanleg, gevoeliger heeft gemaakt voor de noodzaak om de reikwijdte van het gemeenschapsrecht voldoende te rechtvaardigen. Op juridisch vlak zou het erkennen van subsidiariteit in de rechtspraak echter de indruk wekken dat een nieuw element in het gemeenschapsrecht is opgedoken dat een grond vormde voor het herzien van bestaande leerstukken. Voor een groot stuk gaat het hier echter om aanpassingen van de bestaande regels waarover juristen reeds voordien in discussies waren verwikkeld en waarvoor het Hof in diverse inhoudelijke argumenten steun kon zoeken. Er is bovendien reeds op gewezen dat de onduidelijke inhoud van subsidiariteit vraagtekens zet bij het nut en de meerwaarde van dit concept bij dergelijke aanpassingen. Het toeschrijven van recente evoluties in het gemeenschapsrecht aan de introductie van het concept subsidiariteit heeft overigens een ideologisch staartje. Op die wijze versluiert de jurist immers dat de toestand van het gemeenschapsrecht zoals het voordien gold niet de enig mogelijke conceptie was van dit recht maar voortkwam uit welbewuste keuzes die de rechtspraak en de rechtsleer maakten met het oog op een verdieping van het integratieproces.

Conclusie

Subsidiariteit is een nuttig beginsel van gemeenschapsrecht, maar de jurist moet beseffen dat de bruikbaarheid beperkt is. Het beginsel heeft bestaansrecht als een specifieke vorm van de evenredigheidstest die de communautaire wetgever dwingt om na te gaan of de concrete doeleinden die hij zich stelt niet kunnen worden verwezenlijkt met een minder ingrijpend optreden (op nationaal of communautair niveau). Zoals hiervoor uitgelegd is de kans klein dat het Hof van Justitie daadwerkelijk een communautaire maatregel nietig of ongeldig verklaart wegens een schending van het beginsel. De plicht van de wetgever om de gemaakte subsidiariteitsafweging enigszins te motiveren is allicht gemakkelijker af te dwingen. Op die wijze geeft het subsidiariteitsbeginsel de rechter de gelegenheid ertoe bij te dragen dat het wetgevend proces open verloopt en wordt de rechter niet gevraagd om zelf de afweging van belangen nog eens over te doen. Het juridisch debat rond subsidiariteit wekt best geen illusies. Subsidiariteit is een concept dat zich toespitst op het beschermen van overheden of groeperingen, niet op individuele rechten of belangen. Ten opzichte van de Gemeenschap kan subsidiariteit aan nationale of andere overheden slechts die mate van handelingsvrijheid garanderen die in de politieke structuur van de Gemeenschap is ingebouwd.

Piet VAN NUFFEL
Aspirant FWO-Vlaanderen
Instituut voor Europees Recht
K.U.Leuven

verenigingen beschikken op sportreglementen vast te stellen, de uitoefening van de door het Verdrag aan de particulieren verleende rechten beperkt»: H.v.J., 15 december 1995, *Koninklijke Belgische Voetbalbond t. Bosman*, zaak C-415/93, *Jur.*, 1995, (I-4921) I-5065, r.o. 81 (zie ook mijn noot in *Columbia Journal of European Law*, 1996, 345-359).

¹⁵² Zie ook de conclusie van advocaat-generaal VAN GERVEN «dat het in artikel 3 B EG-Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel overeenkomstig artikel M van het Verdrag betreffende de Europese Unie geen afbreuk kan doen aan het 'acquis communautaire'» (waaronder hij de door het Hof ontwikkelde uitlegging van de toepassingsvoorwaarden van artikel 86 EG-Verdrag rekende): conclusie bij H.v.J., 17 mei 1994, *Corsica Ferries*, zaak C-18/93, *Jur.*, 1994, (I-1783) I-1808, punt 33. Onduidelijk is het standpunt van advocaat-generaal LENZ in de *Bosman*-zaak waarin hij tot hetzelfde resultaat komt als het Hof maar het bestaan van subsidiariteit als interpretatiebeginsel lijkt te erkennen: «Met de bijzonderheden van deze sector kan bij de uitlegging van de desbetreffende regels rekening worden gehouden. Dit geldt ook voor de verwijzing van de UEFA naar het thans in artikel 3 B van het Verdrag neergelegde subsidiariteitsbeginsel. Uit dit beginsel kan ook niet worden afgeleid, dat het gemeenschapsrecht niet op het beroepsvoetbal van toepassing zou kunnen zijn»: *Jur.*, 1995, (I-4921) I-4975, punt 130.

¹⁵³ H.v.J., 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.*, 1993, I-6097. Zie LENAERTS, K. en VAN NUFFEL, P., *Europees recht in hoofdlijnen* (vn. 11), 114, nr. 164 (met verwijzingen naar literatuur).

¹⁵⁴ Zie de arresten genoemd in VAN DER ESCH, B., «Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (*Meng*), C-245/91 (*Ohra*) et C-185/91 (*Reiff*)», *Cah.d.eur.*, 1994, 523-542; «Safeguarding the Union's legal order?», *Editorial comments*, *C.M.L.Rev.*, 1994/4, 687-691; WEATHERILL, S., «After *Keck*: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification», *C.M.L.Rev.*, 1996, (885) 887-888.

RECHTSPRAAK

ARBITRAGEHOF

5 MAART 1997

Voorzitter: de h. De Grève

Rapporteurs: de hh. Boel en Cerexhe

Advocaten: mrs. Moeykens, De Loose, Troch, D'Hoest, Lemmens en Traest

1. Grondwet – Gelijkheid en niet-discriminatie – 2. Jeugdbescherming – Jeugdgerechten – Rechtsmiddelen

Art. 58, tweede lid, Jeugdbeschermingswet schendt de artt. 10 en 11 G.W. niet in zoverre die bepaling het verzet uitsluit, maar schendt die grondwetsbepalingen wel in zoverre zij de appeltermijn doet lopen vanaf de datum van de uitspraak.

Arrest nr. 10/97

Onderwerp van de prejudiciële vragen

Bij arrest van 26 februari 1996 heeft het Hof van Beroep te Gent de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Houdt artikel 58, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming een schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor zover die bepaling in de daarin bepaalde materies de termijn van hoger beroep doet lopen van na de uitspraak en niet te rekenen vanaf de betekening van het vonnis?»

Bij vonnis van 25 april 1996 heeft de Jeugdrechtbank te Luik de volgende prejudiciële vraag gesteld:

«Schendt artikel 58, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, doordat het een procedureel onderscheid instelt tussen de gehuwde ouders van minderjarige kinderen, enerzijds, en de ongehuwde ouders van minderjarige kinderen, anderzijds, alsook tussen de ouders van minderjarige kinderen naargelang die ouders nog steeds gehuwd dan wel uit de echt gescheiden zijn, aangezien het preciseert dat de vonnissen gewezen door de jeugdrechtbank in de aangelegenheden bedoeld in de titel 'Gerechtelijke bescherming', 'Burgerrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen', niet vatbaar zijn voor verzet?»

...
In rechte

...
B.2. Beide prejudiciële vragen gaan uit van een vergelijking van de in artikel 58, tweede lid, van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming bedoelde procedure met andere procedures.

In de zaak met rolnummer 943, betreffende de aanvang van de beroepstermijn, is een verschil in behandeling ten nadele van personen op wie artikel 58, tweede lid, van toepassing is in het geding.

In de zaak met rolnummer 955, waarin de onmogelijkheid verzet te doen aan de orde is, wordt de procedure van artikel 58, tweede lid, vergeleken met procedures voor de vrederechter en voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zitting houdende in kort geding, in gelijksoortige

betwistingen. De vraag is of het verschil in behandeling een discriminatie is, naargelang het geschil zich voordoet tijdens het huwelijk of naargelang het ouders tegen elkaar plaatst die niet of niet meer gehuwd zijn.

B.3. De wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming heeft voor de in hoofdstuk II van titel II van die wet bedoelde burgerrechtelijke aangelegenheden in een bijzondere regeling voorzien, zowel wat betreft de duur van de beroepstermijn als wat betreft de bepaling van de dag waarop die beroepstermijn aanvangt. Die regeling verschilde op beide punten van het op dat ogenblik in burgerlijke zaken geldende gemene recht (artikel 433 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) en zij verschilt nog, maar uitsluitend wat de aanvang ervan betreft, van de regeling zoals zij bij de wet van 10 oktober 1967 werd neergelegd in artikel 1051 van het Gerechtelijk Wetboek, naar luid waarvan de beroepstermijn van één maand aanvangt op de dag van betekening of kennisgeving van het vonnis.

De uitsluiting van het verzet door de wet van 8 april 1965 wijkt af van het gemene recht van toepassing zowel vóór als na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek.

B.4. Het op die punten, zoals op andere punten, afwijken van de karakter van de rechtspleging voor de jeugdgerechten, wordt volgens de parlementaire voorbereiding van de wet van 8 april 1965 verantwoord door de wil om die rechtspleging zo soepel mogelijk te maken (*Gedr. St.*, Kamer, 1962-1963, nr. 637/1, p. 26). Die afwijkingen hebben onder meer tot doel de rechtbank ertoe in staat te stellen rechtstreeks en persoonlijk contact op te nemen met de betrokken partijen, rekening te houden met de bijzondere psychische gesteldheid van de minderjarige, alle publiciteit te vermijden tijdens het onderzoek van de gegevens betreffende de persoonlijkheid en te voorkomen dat die gegevens in handen vallen van derden (*Gedr. St.*, Kamer, 1962-1963, nr. 637/7, p. 9). De bekommernis de rechtspleging te vereenvoudigen stond ook voorop bij de bepaling van de termijn van het hoger beroep en bij het uitsluiten van het verzet (*Gedr. St.*, Senaat, 1964-1965, nr. 153, p. 41).

B.5. Het Hof stelt vast dat andere rechtscolleges, in analoge geschillen, beslissingen nemen die vatbaar zijn voor verzet of waarvoor de beroepstermijn pas loopt vanaf de betekening of de kennisgeving ervan. Zulks is het geval voor de vrederechter die uitspraak doet op grond van artikel 223 van het Burgerlijk Wetboek en voor de voorzitter van de rechtbank die in kort geding zitting houdt, volgens de regels van artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek.

De juridische context waarbinnen die maatregelen worden genomen, is verschillend: terwijl de vrederechter of de voorzitter die zitting houdt in kort geding, enkel bevoegd zijn in het kader van echtelijke moeilijkheden of tijdens een procedure van echtscheiding of scheiding van tafel en bed, waarbij jegens het kind slechts incidenteel maatregelen worden genomen, doet de jeugdrechter uitspraak over vragen waarvan de wet oordeelt dat zij hoofdzakelijk het belang van het kind raken.

B.6. Het verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen, dat voortvloeit uit de toepassing van ver-

schillende procedures voor verschillende rechtscollages in minstens gedeeltelijk verschillende omstandigheden, houdt op zich geen discriminatie in. Van discriminatie zou slechts sprake kunnen zijn, mocht het verschil in behandeling dat voortvloeit uit de toepassing van die procedures gepaard gaan met een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken partijen.

B.7. Artikel 50 van de wet van 8 april 1965 maakt het mogelijk dat de jeugdrechtsbank alle onderzoeken verricht die dienstig zijn om de persoonlijkheid van het betrokken kind te kennen; bovendien staat artikel 51 van dezelfde wet haar toe, zodra een zaak aanhangig is gemaakt, de minderjarige, de ouders of degenen die hem onder hun bewaring hebben op te roepen. Daaruit volgt dat de rechtbank de middelen heeft om de partijen te identificeren en alle nuttige informatie te krijgen, zelfs in geval een der partijen verstek zou laten gaan.

Het ontzeggen van het gewone rechtsmiddel van verzet wordt dus gecompenseerd door de ruime bevoegdheden van oproeping en onderzoek die bij de wet van 1965 aan de jeugdrechter worden toegekend. De prejudiciële vraag die in de zaak met rolnummer 955 is gesteld, dient dus ontkennend te worden beantwoord.

B.8. Hoewel het niet uitdrukkelijk in de parlementaire voorbereiding is gesteld, beantwoordt het feit dat de wetgever de beroepstermijn heeft laten lopen vanaf de datum van de uitspraak van het vonnis en niet, zoals gebruikelijk is – zo wordt door de vraag in de zaak met rolnummer 943 in herinnering gebracht – vanaf de datum van de betekening ervan, ook aan het streven naar verlichting van de procedure inzake jeugdbescherming, zelfs in burgerlijke zaken, en aan de bekommernis om opschortende maatregelen te vermijden en snel duidelijkheid te krijgen over het lot van het kind.

Die regel, in samenhang met de regel die het verzet uitsluit, kan evenwel tot gevolg hebben – de artikelen 770 en 792 van het Gerechtelijk Wetboek bieden geen informatie-waARBORG die gelijkwaardig is met de betekening die de regel is en evenmin met de kennisgeving waarvan de wet het aanvangspunt van de termijn maakt in bepaalde gevallen – dat een partij die om een reden onafhankelijk van haar wil verstek heeft laten gaan niet in staat is enig beroep in te stellen. Die aantasting van de rechten van de verdediging is onevenredig met de nagestreefde doelstellingen. Zulks geldt des te meer daar aan de bekommernis om opschortende maatregelen tegen te gaan en het kind niet in wijzigende situaties te plaatsen naar gelang van het verloop van de procedure, wordt tegemoetgekomen door de mogelijkheid waarover de jeugdrechter beschikt om de voorlopige tenuitvoerlegging van zijn vonnis te bevelen.

De prejudiciële vraag die in de zaak met rolnummer 943 is gesteld, dient derhalve bevestigend te worden beantwoord.

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 22 JANUARI 1996

Voorzitter: de h. Marchal

Rapporteur: de h. Parmentier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaten: mrs. Bützler en Gérard

Dwangsom – Bevoegdheid beslagrechter – Executieschil – Zwaarigheid omtrent de tenuitvoerlegging – Begrip

De beslissing van de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, dat de dwangsom niet moet worden uitgevoerd omdat wordt vastgesteld dat de veroordeling is voldaan vóór de betekening van de beslissing die de dwangsom heeft uitgesproken, is geen beslissing over een zwaarigheid van een tenuitvoerlegging.

A. t/ N.V. M.

Gelet op het bestreden arrest, op 19 januari 1995 door het Arbeidshof te Luik gewezen;

Over het eerste middel: schending van de artikelen 602, 603, 604, 605, 606, 607, 1385bis tot nonies, 1395, 1396 en 1498 van het Gerechtelijk Wetboek,

...

Overwegende dat het arbeidshof de wijze onderzoekt waarop verweerster het bevel heeft uitgevoerd om, onder dwangsom, bepaalde stukken over te leggen en oordeelt «dat (verweerster) de in het bevel vervatte verplichtingen tot het gerechtelijk overleggen van de stukken genoegzaam is nagekomen, door het dossier op 26 juli 1993 neer te leggen in de staat waarin de bezwaren van de partijen zich op dat tijdstip bevonden»; dat het arrest bijgevolg «vaststelt en voor recht zegt dat de op 23 juni 1993 uitgesproken dwangsom niet ten uitvoer dient te worden gelegd (...)»;

Overwegende dat een beslissing over een zwaarigheid van een tenuitvoerlegging, in de zin van artikel 1498 van het Gerechtelijk Wetboek, een beslissing is over een zwaarigheid betreffende een gedwongen tenuitvoerlegging; dat, zoals te dezen, de beslissing tot weigering van de tenuitvoerlegging van een dwangsom die is uitgesproken door de rechter die deze dwangsom heeft bevolen en die hierop is gegrond dat hij oordeelt dat aan de veroordeling ten principale genoegzaam is voldaan vóór de betekening van de beslissing die de dwangsom heeft uitgesproken, bijgevolg geen beslissing is over een zwaarigheid bij de tenuitvoerlegging van de beslissing die de dwangsom oplegt, in de zin van de voormelde wetsbepaling;

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 5 SEPTEMBER 1996

Voorzitter: de h. Rappe

Rapporteur: mevr. Charlier

Openbaar ministerie: de h. Leclercq

Advocaat: mr. Kirkpatrick

Arbeidsongeval – Burgerlijke aansprakelijkheid – Schade – Materiële schade – Begrip Arbeidsongeschiktheid – Vergoeding – Arbeidsongevallenverzekeraar – Regres – Omvang

De schadevergoeding die de getroffene volgens het gemene recht van de veroorzaker van het ongeval kan vorderen, en de door de verzekeraar op grond van de Arbeidsongevallenwet uitgekeerde vergoedingen zijn twee wijzen om dezelfde materiële schade te vergoeden.

De gesubrogeerde arbeidsongevallenverzekeraar kan, binnen de perken van de schadevergoeding die de voor het ongeval aansprakelijke derde volgens het gemene recht verschuldigd is voor dezelfde schade, zijn regresvordering instellen tot terugbetaling van het geheel van de door hem aan de getroffen(e) voor dezelfde periode van arbeidsongeschiktheid uitgekeerde bedragen.

N.V. A. t/ D. e.a.

Gelet op het bestreden arrest op 15 mei 1995 door het Hof van Beroep te Luik gewezen;

...

Overwegende dat het hof van beroep, na te hebben vastgesteld dat de getroffene tussen 31 januari en 14 juli 1984 een bedrag van 272.877 frank had moeten ontvangen, aan eiseres een bedrag van 245.589 frank heeft toegekend, op grond dat de arbeidsongevallenverzekeraar niet meer dan 90 pct van het aan de getroffene toekomende bedrag kan terugvorderen;

Overwegende dat de schadevergoeding die de getroffene volgens het gemene recht van de veroorzaker van het ongeval kan vorderen, en de door de verzekeraar op grond van de Arbeidsongevallenwet uitgekeerde vergoedingen, twee wijzen zijn om dezelfde materiële schade te vergoeden;

Dat de gesubrogeerde verzekeraar derhalve, binnen de perken van de schadevergoeding die de voor het ongeval aansprakelijke derde volgens het gemene recht is verschuldigd voor dezelfde materiële schade, zijn regresvordering kan instellen tot terugbetaling van het geheel van de door hem aan de getroffene voor dezelfde periode van arbeidsongeschiktheid uitgekeerde bedragen;

Overwegende dat het arrest, door het door eiseres teruggevorderde bedrag te beperken tot 90 pct. van het bedrag dat de getroffene als schadevergoeding had kunnen krijgen, de in het middel aangegeven wetsbepalingen (art. 1382 B.W. en 47 A.O.W.) schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

1e KAMER – 6 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Sace

Rapporteur: de h. Rappe

Openbaar ministerie: mevr. Liekendael, procureur-generaal

Advocaten: mrs. Draps en 't Kint

Handelszaak – Bestanddelen

De lopende contracten waarbij de eigenaar van een handelszaak partij is, maken niet noodzakelijk deel uit van de handelszaak.

Q. t/ N.V. I.

Gelet op het bestreden arrest, op 4 oktober 1995 gewezen door het Hof van Beroep te Brussel, rechtdoende op verwijzing;

Gelet op het arrest van het Hof van 20 februari 1992;

Over het middel: schending van de artikelen 1134 en 1165 van het Burgerlijk Wetboek,

...

Overwegende dat de lopende contracten waarbij de eigenaar van een handelszaak partij is niet noodzakelijk deel uitmaken van de handelszaak;

Overwegende dat het arrest vaststelt dat op de datum van de overdracht van de handelszaak aan eiser en aan de opgevoerde tot bindendverklaring van het arrest, de exploitant van de handelszaak en verweerster waren gebonden door een exclusiviteitscontract voor het plaatsen van speelautomaten; dat het arrest overweegt dat de lopende contracten deel uitmaken van de onlichamelijke bestanddelen van de handelszaak;

Dat het arrest, nu het op grond van die enkele overweging beslist dat genoemd lopend contract een van de bestanddelen van de handelszaak was, dat noodzakelijkerwijs begrepen was in de overdracht van voornoemde zaak en derhalve door de overnemers van die zaak moest worden uitgevoerd, de in het middel aangegeven wetsbepalingen schendt;

...

HOF VAN CASSATIE

2e KAMER – 18 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Holsters (rapporteur)

Openbaar ministerie: de h. Goeminne

Advocaten: mrs. Nijs, Lievens en Fazzi-Declercq

1. Stedenbouw – Herstelmaatregel – Dwangsom – 2. Verbeurdverklaring – Vermogensvoordelen

1. De strafrechter kan een dwangsom opleggen teneinde de tenuitvoerlegging te verzekeren van het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke civielrechtelijke maatregel krachtens de Wet Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw door het strafrecht, op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen, moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling.

De daartoe strekkende vordering van de bestuurlijke overheid is aan geen bijzondere vormen of wijzen onderworpen: het is voldoende dat de overheid haar wil duidelijk te kennen heeft gegeven.

Het feit dat de burgerlijke partijstelling door het college van burgemeester en schepenen niet ontvankelijk is, doet daaraan niet af.

2. De rechter dient bij de begroting met toepassing van art. 42, 3°, Sw. van de vermogensvoordelen die uit het misdrijf zijn verkregen, geen aftrek te doen van de kosten die verbonden zijn aan de realisatie van het misdrijf.

Het bevelen van verbeurdverklaring door de rechtbank vereist geen bijzondere vordering van het openbaar ministerie.

De C. e.a. t/ Stad Gent e.a.

Gelet op het bestreden arrest, op 26 januari 1996 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

...

Over het eerste en het derde middel

Overwegende dat de strafrechter een dwangsom kan opleggen teneinde de tenuitvoerlegging te verzekeren van het bevel tot herstel van de plaats in de vorige staat, welke civielrechtelijke maatregel krachtens de Wet Ruimtelijke Ordening en Stedebouw door het strafgerecht, op vordering van de gemachtigde ambtenaar of van het college van burgemeester en schepenen, moet worden uitgesproken als verplichte aanvulling van de strafrechtelijke veroordeling;

Overwegende dat de hiertoe strekkende vordering van de bestuurlijke overheid aan geen bijzondere vormen of modaliteiten is onderworpen; het is voldoende dat de overheid haar wil duidelijk te kennen heeft gegeven;

Overwegende dat de op 29 november 1994 neergelegde «notaconclusie» werd ingediend voor het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent; dat deze «notaconclusie» aldus blijk geeft van de wil van het college van burgemeester en schepenen tot het zien opleggen van een dwangsom;

Dat het feit dat de burgerlijke partijstelling door het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent niet ontvankelijk zou zijn, hieraan niet afdoet;

Overwegende dat de appelrechters door hun motivering het verweer van de eisers verwerpen, zodoende de conclusie beantwoorden, en hun beslissing regelmatig met redenen omkleden en naar recht verantwoorden;

Dat de middelen niet kunnen worden aangenomen;

...

Over het tweede middel

...

Dat het bevelen van verbeurdverklaring door de rechtbank geen bijzondere vordering van het openbaar ministerie vereist;

Overwegende dat de rechter bij de begroting met toepassing van artikel 42, 3°, Strafwetboek, van de vermogensvoordelen die uit het misdrijf zijn verkregen, geen aftrek dient te doen van de kosten die verbonden zijn aan de realisatie van het misdrijf;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

...

NOOT — *De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen en winsten*

1. In bepaalde stadswijken van Gent zijn volgens de bepalingen van het bijzonder plan van aanleg vier bouwlagen met een kroonlijsthoogte van 12 m toegelaten.

De beklaagden hadden een bouwaanvraag ingediend die voorzag in een vijfde bouwlaag, maar deze werd door het college van burgemeester en schepenen afgewezen omdat ze de harmonie in de onmiddellijke omgeving verstoort. Een regularisatievergunning aangevraagd op basis van aangepaste plannen voor de dakverdieping werd uiteindelijk geweigerd.

2. Wegens de wederrechtelijke aanbouw van die bovenste verdieping werden de beklaagden ten slotte veroordeeld tot een geldboete; het herstel van de plaats in de vorige staat werd bevolen onder dreiging met een dwangsom en bovendien werd ten laste van elk van de beklaagden een bedrag van 175.000 fr. verbeurdverklaard.

Het betreft hier een verbeurdverklaring van vermogensvoordelen vermoedelijk gehaald uit de huuropbrengst van de wederrechtelijk opgerichte verdieping.

3. Eisers in cassatie hadden aangevoerd dat de bijzondere verbeurdverklaring van vermogensvoordelen, als bijkomende straf, niet ambtshalve mag worden bevolen, maar het Hof van Cassatie heeft deze bewering fluks van de hand gewezen.

De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen is geen verplichte bijkomende straf, zoals opgelegd door art. 42, 1° en 2°, Sw., en de wetgever heeft aan de strafrechter een grote beoordelingsvrijheid gegund, maar toch vereist art. 42, 3°, Sw. geen vordering van het openbaar ministerie.

4. De betrokkenen vochten bovendien de verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen aan omdat de strafrechter geen rekening had gehouden met de investeringen die zij hadden gedaan om de huuropbrengsten te verkrijgen. De verbouwing had bijna twee miljoen frank gekost.

Het Hof van Cassatie besliste echter dat bij de begroting van de vermogensvoordelen geen rekening hoeft te worden gehouden met de kosten verbonden aan de realisatie van het misdrijf.

5. Op het eerste gezicht lijkt die beslissing wellicht overstreng, maar ze is nochtans de enig logische. Wie een gebouw wederrechtelijk heeft opgericht, kan zich evenmin beroepen op de uitgaven voor het bouwwerk als de dief de verkoerskosten van de buit in rekening kan brengen, of de vals-munter de aanmaak van de matrijzen, dan wel de inbreker aanspraak kan maken op de dokterskosten als hij bij een ongelukkige val een been breekt of een enkel verzwikt.

6. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 17 juli 1990 is de term «vermogensvoordeel» ingevoerd zonder dat de wetgever dit volkomen nieuw rechtsbegrip nauwkeurig wist te omschrijven. De onderhavige interpretatie kan dan ook worden beschouwd als een eigen creatie van het Hof van Cassatie.

Le législateur est à la Cour de Cassation ce qu'est un dictionnaire de rimes à la poésie baudelairienne...

A. Vandeplass

HOF VAN BEROEP TE GENT

7e KAMER – 17 OKTOBER 1996

Voorzitter: de h. Staessens

Raadsheren: de hh. Delbeke en Debucquoy

Advocaten: mrs. Verdonck, Tanghe en Vanhoorne

Faillissement – Verdachte periode – Zekerheden voor oude schulden – Onherroepelijke volmacht tot vestiging van pand handelszaak – Tegenwerpbaarheid

Een onherroepelijke volmacht tot het vestigen van een pandrecht op de handelszaak verleent geen terugwerkende kracht aan de vestiging van dit pandrecht. Het pandrecht dat krachtens die volmacht tijdens de verdachte periode is gevestigd voor schulden die bestaan ten tijde van het verlenen van de volmacht, valt onder de sanctie van art. 445, vierde lid, Faill. W.

N.V. G. t/ Faill. N.V. S.B.S.

G. stelde op 28 november 1995 hoger beroep in tegen het vonnis van 2 november 1995 van de Rechtbank van Koophandel te Brugge, afdeling Oostende. Dit vonnis beval de opname van haar schuldvordering in het gewoon passief van het *faillissement van de N.V. S.* voor 108.901.708 frank, en beval de doorhaling van haar N.V. inschrijving van 12 januari 1994 op de handelszaak van de N.V. S. in het eerste kantoor der hypotheeken te Brugge binnen een week na datum van het vonnis.

G. blijft volharden in haar vordering die strekt tot de opname in het bevoorrecht passief van 108.901.708 frank, plus de interesten op 106.988.094 frank vanaf 7 april 1994. Haar aanspraken baseert zij op: 1) de in pandgeving van de handelszaak, verleden op 3 januari 1994 ter uitvoering van een notariële volmacht van 18 november 1993 en overgeschreven op 12 januari 1994; 2) de in pandgeving van tweemaal 24.000 aandelen verleden op 18 november 1993.

...
Zij vordert: de vernietiging van het vonnis a quo; de toekenning van haar oorspronkelijke vordering en de afwijzing van de tegeneis; in ondergeschikte orde de opname van 107.985.425 frank in het gewoon passief, en de termijn voor doorhaling van de inschrijving eerst te laten aanvatten vanaf de betekening van het arrest;...

Het vonnis van faillietverklaring van 24 februari 1994 legde de aanvangsdatum van de staking van betaling vast op 27 augustus 1993. Vanaf die datum is iedere bedongen of gerechtelijke hypotheek en zijn alle rechten van genotspand of van pand gevestigd op de goederen van de schuldenaar voor vroeger aangegane schulden nietig en zonder gevolg tegenover de boedel (artikel 445 Faillissementswet).

...
Het vonnis van faillietverklaring, dat de staking van betaling op 27 augustus 1993 vastlegde, regelt hier evenwel de concurrente rechten van de schuldeisers op de goederen van de gefailleerde vanaf 27 augustus 1993. Een verpanding van de handelszaak na deze datum heeft hier dan ook tot gevolg, dat de gezamenlijke schuldeisers in de uitoefening van hun concurrente rechten op de handelszaak van de gefailleerde geschaad worden. Het gegeven dat de handelszaak na de staking van de betaling in waarde steeg door de kredieten die de pandhoudende schuldeiser toekende, verhindert niet dat de handelszaak door de in pandgeving belast wordt en – zo de in pandgeving ook voor voordien afgesloten schulden zou gelden (ze blijft gelden voor de sindsdien opgenomen kredieten) – de concurrente rechten van de schuldeisers op de handelszaak bezwaart. De massa schuldeisers kunnen zich dan ook beroepen op het gebrek aan publicatie.

Het vonnis besliste terecht dat – in de zaak die partijen aanbelangt – eerst op 12 januari 1994 een overeenkomst van in pandgeving van de handelszaak werd overgeschreven. Het betreft de notariële akte van in pandgeving van de handelszaak die op 3 januari 1994 voor notaris B. werd verleden tot waarborg van een overeenkomst van kredietopening, die G. op 18 november 1993 de gefailleerde voor de som van 14.500.000 frank toestond.

Deze notariële akte werd afgesloten ter uitvoering van een onherroepelijke volmacht, die op 18 november 1993 gelijktijdig met de overeenkomst van kredietopening werd afgesloten en de mogelijkheid openliet om – geheel of gedeelte-

lijk, in één of meer opeenvolgende akten – de handelszaak van de N.V. S. in pand te nemen.

Uit die gegevens volgt dat G. eerst op 3 januari 1994 haar intentie tot in pandgeving van de handelszaak heeft willen verwezenlijken. Ze respecteerde toen ook de vijftien dagen tussen de dagtekening van de akte en de dagtekening van de inschrijving, zoals bepaald door artikel 447 Faillissementswet. De in pandgeving van de handelszaak die binnen de termijn bepaald in artikel 447 Faillissementswet werd overgeschreven, waarborgt dan ook de kredieten die G. vanaf 3 januari 1994 nog verstrekke.

Het onderzoek naar de kredieten die op 3 januari 1994 al toegezegd of opgenomen waren en die welke toen nog niet toegezegd of opgenomen waren, is dan ook noodzakelijk. De kredietopening van 149.500.000 frank blijkt enerzijds bestemd geweest te zijn voor toekenning van documentaire kredieten en anderzijds voor toekenning van rechtstreekse voorschotten aan de N.V. S.

Het Hof stelt vast: - dat G. niet weerlegt dat de onherroepelijke documentaire kredieten en bankwaarborgen voor de som van 48.389.091 frank alle op 16 december 1993 werden uitgegeven, op één krediet na. Deze kredieten werden dan ook vóór de in pandgeving aangegaan. Alleen een documentaire krediet aan A. voor de tegenwaarde van 18.195 £ werd op 11 januari 1994 uitgegeven en op 26 januari 1996 voor 991.006 frank gecrediteerd;

- dat de kredietlijn na 3 januari 1994 verder werd opgehouden en G. op 6 januari 1994 een nieuw voorschot aan de N.V. S. overmaakte voor de som van 15.900.000 frank.

G. geniet dan ook het voorrecht op het handelspand van N.V. S. door de in pandgeving van de handelszaak op 3 januari 1994, die op 11 januari 1994 werd overgeschreven, voor de sommen van 15.900.000 frank en 991.006 frank, plus de interesten op deze sommen over drie jaar, op 15.900.000 frank vanaf 6 januari 1994 en op 991.006 frank vanaf 26 januari 1994.

Het Hof onderschrijft het vonnis dat vaststelde dat het pand van de aandelen op naam alleen tot stand komt door de inschrijving in het aandelenregister en hier aan deze vereiste niet voldaan is, die het pand aan derden, waaronder de massa van de schuldeisers, tegenstelbaar maakt.

Hieruit volgt, dat de vordering van G. voor het overige alleen in het gewoon passief kan worden ingeschreven.

NOOT – Zie in gelijke zin Hof Antwerpen, 3 oktober 1995, *R.W.*, 1995-96, 929, met noot.

HOF VAN BEROEP TE ANTWERPEN

6e KAMER – 4 FEBRUARI 1997

Voorzitter: mevr. Bertrand

Raadsheren: de h. Wetsels en mevr. Winant

Advocaten: mrs. Jageneau en Lernout

Inkomstenbelastingen – Personenbelasting – Fictief in een kapitaal omgezette lijfrente – Vergoeding voor blijvende arbeidsongeschiktheid zonder inkomstenderving – Belastbaarheid

Een kapitaal dat de gemeenrechtelijke schadevergoeding beoogt voor de grotere inspanningen die de belastingplichtige moet leveren wegens een blijvende arbeidsongeschiktheid die geen inkomstenderving veroorzaakt, is niet belastbaar.

T. en B. t/ Belgische Staat

Gelet op de beslissing waartegen voorziening, genomen onder de nummers 10019101356 en 10019200086, door de gedelegeerde ambtenaar van de directeur der directe belastingen van de gewestelijke directie te Hasselt op 11.04.1994, dezelfde datum aangetekend verzonden aan de belastingsschuldige, waardoor ontheffing werd verleend ten belope van slechts 6.915 franken bedrijfsvoorheffing voor het aanslagjaar 1990;

Gelet op het verzoekschrift tot voorziening, tijdig ingediend ter griffie van het Hof van Beroep te Antwerpen op 2.05.1994 samen met het origineel van het exploit van kennisgeving d.d. 20.04.1994;

Overwegende dat de betwisting zich beperkt tot de belasting geheven op een kapitaal van 250.000 frank, in der minne betaald als gemeenrechtelijke schadevergoeding voor de grotere inspanningen die eiser moet leveren tengevolge van zijn blijvende arbeidsongeschiktheid van 25%;

Overwegende dat voor de betrokken aanslagjaren dat kapitaal fictief werd omgezet in een lijfrente, die voor de betrokken aanslagjaren gezamenlijk met de andere belastbare inkomsten werd aangeslagen;

Overwegende dat het betrokken kapitaal de gemeenrechtelijke vergoeding beoogde van eisers schade wegens verhoogde inspanningen, geleverd wegens een blijvende arbeidsongeschiktheid die geen inkomstenderving veroorzaakt heeft, en bijgevolg niet belastbaar is;

Dat het bezwaar van eisers bij de bestreden beslissing ten onrechte werd afgewezen;

(...)

BURGERLIJKE RECHTBANK TE KORTRIJK

1e KAMER – 14 FEBRUARI 1997

Voorzitter: de h. Vancraeyveldt

Rechters: de hh. Devriendt en Casier

Advocaten: mrs. De Jaegere en Ketels

Gemeente – Vordering tot schadeloosstelling – Voorafgaande machtiging van de gemeenteraad

Voor het inleiden van een rechtsvordering tot schadeloosstelling waarbij het niet gaat om een van de uitzonderingen bepaald in het eerste lid van art. 270 Gemeentewet, behoeft het college van burgemeester en schepenen krachtens het tweede lid een voorafgaande machtiging van de gemeenteraad. De ontstentenis van zo'n machtiging wordt niet verholpen door een latere machtiging.

Gemeente Kuurne t/ T.

Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie op 10 oktober 1995 heeft eiseres hoger beroep aangetekend tegen een vonnis op

tegenspraak gewezen op 28 juni 1995 door de Vrederechter van het eerste kanton Kortrijk in de zaak aldaar bekend onder AR 39.224.

...

2. Het hoger beroep betreft een vordering tot schadeloosstelling door eiseres ingesteld tegen de exploitant van een handelszaak die, aldus eiseres, voortdurend zijn vrachtwagens op het trottoir plaatst en daarmee schade aan het trottoir veroorzaakt.

Eiseres verwijst daartoe naar drie processen-verbaal van haar politiediensten.

Wegens overtreding van artikel 9.1.1°, K.B. van 1 december 1975 werd verweerder vervolgd voor de Politierechtbank te Kortrijk doch werd bij vonnis van 1 maart 1993 vrijgesproken (feiten niet bewezen).

De vrederechter heeft deze vordering bij dagvaarding van 28 december 1993 ingeleid ten belope van 68.850 frank in hoofdsom afgewezen als ontoelaatbaar.

Verweerder wierp voor de eerste rechter de exceptie van onontvankelijkheid op van de vordering omdat die vordering werd ingeleid zonder *voorafgaande* machtiging van de gemeenteraad (artikel 270 nieuwe Gemeentewet). Pas achteraf werd op 20 mei 1994 de machtiging van de gemeenteraad gegeven aan de vertegenwoordiger van eiseres, nl. het college van burgemeester en schepenen.

De vrederechter heeft de stelling van verweerder gevolgd: met een machtiging nadien wordt de gemeenteraad als het ware voor een voldongen feit geplaatst en er wordt onrechtstreeks afbreuk gedaan aan zijn autonomie.

3. Eiseres in hoger beroep voert als beroepsgrief een «sinds jaar en dag» vaststaande rechtspraak en rechtsleer aan die bepaalt dat de machtiging die de gemeenteraad moet geven aan het college van burgemeester en schepenen om een procedure in te stellen, ook geldig verleend kan worden na het instellen van de procedure.

Het bewijs werd geleverd dat de gemeenteraad de machtiging gaf vóór de sluiting van de debatten in eerste aanleg. De machtiging die op het ogenblik van het instellen der rechtsvordering ontbrak en die door de gemeenteraad werd gegeven, had plaats in de loop van het geding vooraleer dit zijn eindstadium bereikte, en is, aldus eiseres, conform de rechtsleer en rechtspraak voldoende. Artikel 270 van de nieuwe Gemeentewet is identiek aan het vroeger artikel 148 van de oude Gemeentewet op basis waarvan de door eiseres in hoger beroep geciteerde rechtspraak ontstond.

4. De Rechtbank is van oordeel dat de interpretatie van artikel 270 van de nieuwe Gemeentewet die eiseres voorstaat, en die er dus in bestaat dat aan het voorschrift van artikel 270 van de Gemeentewet is voldaan, ook wanneer de machtiging achteraf en dus nadat de vordering werd ingeleid wordt gegeven, zowel strijdig is met de duidelijke tekst van artikel 270 van de Gemeentewet als met de geest ervan.

Titel VIII: Rechtsgedingen – Artikel 270: «Bij elke tegen de Gemeente ingestelde rechtsvordering treedt het College van Burgemeester en Schepenen als verweerder op. Het stelt de vorderingen in kortgeding en de bezitsvordering in; het verricht alle handelingen tot bewaring van recht of tot stuiting van verjaring en van verval. «Alle andere rechtsvorderingen waarbij de Gemeente als eiser optreedt, *mogen* door het College *slechts* worden ingeleid na machtiging van de Gemeenteraad».

Uitdrukkelijk wordt gesteld in niet mis te verstane be-
woordingen: na machtiging.

De interpretatie door eiseres gegeven negeert de autono-
mie van de gemeenteraad nu het principieel mogelijk is dat
de omstandigheden belangrijk voor het nemen van de be-
slissing gewijzigd kunnen zijn.

De ingeleide vordering behoort niet tot de uitzonderin-
gen vermeld in artikel 270 van de nieuwe Gemeentewet. De
wetgever heeft de uitzondering bepaald waarbij het college
van burgemeester en schep en kan optreden zonder vooraf-
gaande machtiging. Deze uitzonderingen kunnen niet uit-
gebreid worden.

Het voorgelegd mandaat van de gemeenteraad is dan ook
laattijdig.

De Rechtbank onderschrijft de motivering dienaangaan-
de uitvoerig weergegeven in het bestreden vonnis.

ARBEIDSRECHTBANK TE ANTWERPEN

2de KAMER – 5 SEPTEMBER 1996

Voorzitter: de h. Straetmans

Rechters in sociale zaken: de hh. Lambert en Van Den Bosch

Advocaten: mrs. Romain loco Scheers en Pas loco Lambrechts

**Werkloosheid – Uitkering – Uitsluiting – 1. Te late
beslissing door R.V.A. – Beginselen van behoorlijk bestuur
– Redelijke termijn opgelegd door art. 6.1. E.V.R.M. –
2. Activiteit voor zichzelf verricht – Interpretatie**

*1. De R.V.A. die een sanctie oplegt meer dan een jaar na het
verhoor van de werkloze, handelt in strijd met de beginselen van
behoorlijk bestuur die o.m. betrekking hebben op de rechts-
zekerheid van de geadmistrateerde, en met artikel 6.1. E.V.R.M.
dat stelt dat eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rech-
ten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van
een tegen hem ingestelde strafvordering, recht heeft op een be-
handeling van zijn zaak «binnen een redelijke termijn». Socia-
le zekerheidsgeschillen handelen over burgerlijke rechten en ver-
plichtingen en het opleggen van een administratieve sanctie op
grond van art. 154 van het K.B. van 25 november 1991 kan wor-
den gekwalificeerd als een strafvervolg ing in de zin van art. 6.1.
E.V.R.M.*

*2. Is geen activiteit verricht voor zichzelf die is ingeschakeld
in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten, het
houden en kweken van acht honden, zelfs als daarmee prijzen
worden behaald en als jaarlijks enkele puppies worden ver-
kocht.*

M. t/ R.V.A.

2. Feiten en voorgaanden:

Eiseres geniet werkloosheidsuitkeringen sinds 1987.

In het formulier C1.1 van 1 oktober 1987 verklaart zij geen
zelfstandige activiteit of bijberoep uit te oefenen.

N.a.v. een klacht stelt de R.V.A.-inspectie een onderzoek
hoofdzakelijk om de gezinstoestand te controleren, doch ook
om na te gaan of eiseres er al dan niet een hondenfokkerij
op na houdt.

Het onderzoek m.b.t. de gezinssituatie gaf geen resultaat;
wat de hondenfokkerij betreft worden volgende feiten door
de controleur vastgesteld:

– Eiseres is aangesloten bij de vereniging Sint-Hubertus
sinds 1987.

Zij deed een aanvraag voor het houden van een kenne-
l en gaf deze de naam «Agami-Karma».

Sedert 1987 heeft zij 23 nesten aangegeven en werden haar
92 stambomen uitgereikt.

– Eiseres neemt deel aan schoonheidswedstrijden voor
honden. De controleurs stelden vast dat in de woning tien-
tallen bekers waren tentoongesteld.

– Eiseres had op het ogenblik van de controle 8 honden,
alle van het Tibet-ras.

De controleurs vatten herhaalde malen post bij de wo-
ning van eiseres, doch konden geen vaststellingen doen m.b.t.
enige handelsactiviteit, nl. verkoop van honden, verzorgen
van honden van derden, prestaties voor andere personen.

Eiseres verklaarde op 25 november 1993 aan de R.V.A.-
inspectie: «Ik heb hier momenteel 8 rashonden zitten. Ik geef
toe sinds 1987 verschillende nesten te hebben gekweekt met
rashonden. Hoeveel nesten en het aantal stambomen ken ik
niet. Ik weet niet of de door de controleur opgesomde hoe-
veelheden van 23 nesten en 92 stambomen afgeleverd door
de Koninklijke Maatschappij Sint-Hubertus juist zijn. Deze
activiteiten zijn steeds als hobby geweest. Van de verkoop
van rashonden heb ik geen voordeel, omdat alle winst op-
gaat aan de verzorging van de dieren. Ik verkoop de honden
samen met mijn vader en krijg daarvoor slechts 10.000 Fr.
per stuk. De klanten betalen tussen de 15.000 en de
20.000 Fr. per hond aan mij. Ik verbeter bovenstaande als
volgt: Ik ontvang tussen de 15.000 en 20.000 Fr. per verkoch-
te hond. Ik heb hiervan nooit aangifte gedaan bij mijn uit-
betalingsinstelling en heb evenmin schrappingen aange-
bracht op mijn stempelkaarten omdat ik dit als hobby be-
schouwde».

Uit de statuten van de Sint-Hubertusvereniging blijkt dat
het handeldrijven in honden door de leden verboden is.

Eiseres legt verschillende verklaringen neer van perso-
nen welke verklaren gratis een hond te hebben gekregen.

Tijdens het verhoor bij verweerder op 26 januari 1994 ver-
klaart eiseres: «Mevr. M. kweekt honden louter als hobby.
De onkosten die ze maakt worden amper of niet gedekt door
de inkomsten uit de verkoop van de honden. Mevr. M. is
reeds vanaf haar jeugd een groot hondenliefhebster. Buiten
haar eigen honden worden er in de kenneel geen andere hon-
den gehouden. Zij levert geen prestaties voor andere per-
sonen. Daar het hier gaat om een liefhebberij, is er nooit aan-
gifte gedaan van haar activiteit. Ze doet alles volledig zelf-
standig...»

Eiseres legt een dossier neer betreffende de kosten van
haar honden.

3. Ten gronde:

In haar conclusies ontvangen ter griffie van de Arbeids-
rechtbank te Antwerpen op 10 januari 1996 werpt eiseres op:

Dat zij door verweerder werd verhoord op 26 januari 1994,
dat verweerder over alle gegevens beschikte in dit dossier en
nallet een beslissing te nemen binnen een redelijke termijn.
Slechts op 6 februari 1995, d.i. meer dan een jaar na de da-
tum waarop verweerder over alle gegevens beschikte, werd
de beslissing getroffen.

Eiseres is van oordeel dat de beslissing strijdig is met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat een behandeling en berechting garandeert binnen een redelijke termijn.

Dat de activiteit niet is ingeschakeld in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten, doch slechts een hobby van eiseres is die dateert van lang voor haar eerste uitkeringsaanvraag. Haar vrijetijdsbesteding levert haar geen loon of materieel voordeel op.

Dat zij ontegensprekelijk te goeder trouw is, dat zij haar hobby jaar en dag uitoefende en één en ander nooit heeft beschouwd als ingeschakeld in het economisch verkeer van goederen en diensten.

Verweerder legt geen conclusies neer.

3. Ten gronde:

3.1. Wat betreft de schending van artikel 6.1 E.V.R.M. en de beginselen van behoorlijk bestuur:

Het onderzoek van de R.V.A.-inspecteurs vond plaats tussen 19 mei 1993 en 16 november 1993.

Eiseres werd door verweerder verhoord op 26 januari 1994.

Bij brieven van 13 april 1994, 8 december 1994 en 27 december 1994 vroeg de raadsman van eiseres welke de gevolgen waren van het onderzoek.

Slechts op 23 januari 1995 werd de bestreden beslissing genomen.

Het dossier bevat geen enkel gegeven waaruit blijkt dat tussen het verhoor en de beslissing enig onderzoek werd uitgevoerd.

De beslissing werd een eerste maal betekend aan eiseres op 6 februari 1995, een vervangende beslissing werd genomen op 13 februari 1995.

Deze feiten worden niet betwist door verweerder.

Artikel 6.1 van de Wet van 13 mei 1955 houdende de bekrachtiging van het Verdrag van Rome van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden stelt dat bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvordering iedereen het recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak *binnen een redelijke termijn* door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld.

Dit artikel heeft directe werking binnen het Belgisch recht en is van openbare orde.

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens oordeelde meermaals dat sociale zekerheidsgeschillen handelen over burgerlijke rechten en verplichtingen.

Daarenboven kan het opleggen van een administratieve sanctie op grond van artikel 154 van het K.B. van 25 november 1991 gekwalificeerd worden als een strafvervolgning in de zin van voormeld artikel 6.1.

Het gaat immers om een algemene norm, gericht tegen alle burgers in hun hoedanigheid van sociaal verzekerden met als doel te bestraffen om het opnieuw voorkomen van een dergelijke handeling te voorkomen en welke straf hoog kan oplopen. (Put, J., «Administratieve sancties in de sociale zekerheid en artikel 6 E.V.R.M.», *Sociaal recht, niets dan uitdagingen*, 1996, nr. 1231).

Het beginpunt van de redelijke termijn kan liggen vóór de inleidende akte, nl. vanaf het moment dat het voor de be-

trokkene duidelijk was dat het bestuur de mogelijkheid overwoog een sanctie te nemen. (Put, J., «o.c.», 721, nr. 1249).

In casu werd eiseres op 26 januari 1994 opgeroepen voor een verhoor en kon zij gelet op artikel 145 van voornoemd K.B. verwachten dat er uiterlijk binnen één maand en 10 dagen een beslissing zou worden genomen.

Om te bepalen of een termijn al dan niet redelijk is dient men *in casu* rekening te houden met:

- Het feit dat artikel 145 van voornoemd K.B. van 25 november 1991 voorschrijft dat een beslissing uiterlijk binnen 1 maand en 10 dagen na het verhoor dient te worden genomen.

- Het totale stilzitten van de administratie en het niet reageren van verweerder op de verschillende brieven van de raadsman van eiseres.

- Door het stilzitten van verweerder was eiseres in de veronderstelling dat haar activiteit uiteindelijk wel toelaatbaar was en bestendigde zij aldus de toestand. Hierdoor riskeert eiseres een omvangrijke terugvordering.

Verweerder brengt geen enkel verweer naar voor m.b.t. deze te late beslissing.

Verweerder dient bovendien, als administratieve overheid, de normen en beginselen van een behoorlijk bestuur in acht te nemen.

Zij moet haar beslissing met de nodige zorgvuldigheid voorbereiden en ervoor zorgen dat de rechtszekerheid niet in het gedrang komt.

Door meer dan één jaar na het verhoor, ondanks herhaalde brieven, niet te reageren, kon eiseres inderdaad denken dat het onderzoek van de inspectie van verweerder zonder gevolg bleef en dat zij haar hobby verder kon blijven uitoefenen. Dit vertrouwen werd achteraf door de bestreden beslissing beschaamd.

Het niet-optreden van verweerder is een inbreuk op de zorgvuldigheidsplicht van een administratieve overheid.

In casu heeft de wetgever trouwens zelf opgelegd voor de administratie binnen dewelke men deze beslissing dient te nemen.

Eiseres van haar kant heeft meermaals het initiatief genomen om de procedure te versnellen.

Wanneer een administratieve overheid de beginselen van behoorlijk bestuur flagrant met de voeten treedt, dient deze beslissing vernietigd te worden.

De rechtbank mag het recht op werkloosheidsuitkeringen evenwel niet erkennen, louter op grond van het feit dat de beslissing nietig is».

De rechtbank dient te onderzoeken of de werkloze voldoet aan de wettelijke voorwaarden. (Cass., 18 mei 1984, *R.W.*, 1984-85, 1022).

De rechter kan immers geen rechten erkennen waarop geen recht bestaat omdat niet voldaan is aan de wettelijke voorwaarden (Put, J., *o.c.*, 687, nr. 1179).

De rechtbank kan zich evenwel niet in de plaats van de administratie stellen wanneer het gaat om een administratieve beslissing genomen krachtens een discretionaire bevoegdheid.

De rechtbank kan derhalve geen sanctie opleggen i.p.v. de administratieve overheid.

De rechtbank kan *in casu* de sancties op grond van artikel 153 en 154 van voornoemd K.B. slechts vernietigen.

3.2. Wat betreft de uitsluiting op grond van artikel 48 van het KB dd. 25.11.1991:

Om uitkeringen te kunnen genieten moet de werkloze wegens omstandigheden onafhankelijk van zijn wil zonder arbeid en zonder loon zijn.

Wordt o.m. voor de toepassing van artikel 44 als arbeid beschouwd «de activiteit verricht voor zichzelf die ingeschakeld kan worden in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten en niet beperkt is tot het gewone beheer van eigen bezit.»

Het houden en het kweken van honden, op de wijze zoals uitgevoerd door eiseres, is geen activiteit die kan ingeschakeld worden in het economisch ruilverkeer van goederen en diensten.

De omvang van de activiteit van eiseres en de manier waarop deze activiteit wordt uitgeoefend, wijzen erop dat het in casu om een hobby gaat en het derhalve kan beschouwd worden als het gewone beheer van eigen bezit.

In het dossier, zoals het thans aan de rechtbank voorligt, wijst er immers alles op dat het de voornaamste bedoeling van eiseres is mee te doen aan hondenwedstrijden met haar 8 honden. (cfr. vaststelling inspecteur: «In de woonkamer staat een wand met tientallen bekens gewonnen met wedstrijden. De honden zitten achteraan, geen verdere vaststellingen». – stuk 5, administratief dossier).

Omdat eiseres al de nakomelingen van deze honden niet kan bijhouden, op enkele mogelijke prijsbeesten na, verkoopt zij de raszuivere puppies en geeft de andere weg.

Dit wordt bevestigd door diverse getuigenverklaringen.

Door af en toe enkele honden te verkopen, twee à drie nesten per jaar, krijgt zij de mogelijkheid om haar dure hobby verder uit te oefenen.

De opbrengst dient zij daarenboven te delen met haar vader, met wie zij samen deze hobby uitoefent.

Verweerder deed geen enkele vaststelling die deze beweringen van eiseres tegenspreken.

Nergens blijkt dat er reclame werd gemaakt.

De controleurs hebben herhaalde malen voor haar woning post gevat, maar hebben geen andere activiteiten kunnen vaststellen, zoals het zorgen voor vreemde honden, het regelmatig kopen en verkopen van honden.

De Sint-Hubertusvereniging verbiedt haar leden handel te drijven.

De inspecteurs van verweerder hebben zelf de kennel niet betreden en hebben hieromtrent geen vaststellingen gedaan.

Er is geen personeel in dienst.

Verweerder toont op geen enkel ogenblik aan dat de kennel van eiseres een winstgevend activiteit is, meer dan een hobby.

De bewering van eiseres dat het doel van haar hobby is het ras te zuiveren om dermate mooie honden te kweken die op tentoonstellingen meedoen, is dan ook geloofwaardig en wordt door haar dossier ondersteund.

De vordering is gegrond,

(...)

VREDEGERECHT TE BRUSSEL

8e KANTON – 15 JUNI 1995

Rechter: de h. Benoît

Advocaten: mrs. Hermans, Kempeneers en Bonne

Consumentenrecht – Consumentenkrediet – 1. Lichtzinnig toekennen van lening – Begrip – 2. Jaarlijks kostenpercentage – Buitengerechterlijke kosten – 3. Schadebeding – Geoorloofdheid

1. Ingeval een kredietverlener op het ogenblik van de toekenning van de lening van de Nationale Bank van België de bevestiging kreeg dat de leners geen enkele andere niet terugbetaalde lening hadden lopen, en de inkomsten die de leners op dat ogenblik hadden, hen in staat stelden de maandelijkse afbetaling aan te kunnen, kan aan die kredietverlener niet worden verweten die lening lichtzinnig te hebben toegekend.

2. De buitengerechterlijke kosten veroorzaakt door wanbetalers zijn niet begrepen in het jaarlijks kostenpercentage van het consumentenkrediet.

3. Een schadebeding van 10 % of zelfs 15 % in een overeenkomst van lening op afbetaling is niet overdreven.

C.V. Spaarbank A. t/ T. en D.

Overwegende dat de verweerders vier argumenten aanhalen om de schadevergoeding van 10% en de moratoire interesten op de gevorderde bedragen te betwisten;

a. artikel 90 van de wet van 12 juni 1991: de lening zou lichtzinnig zijn toegekend daar eiseres kennis gehad moet hebben van het feit dat beide verweerders reeds vroeger andere en zware leningen hadden aangegaan;

b. gelet op de beperkte inkomsten van de verweerders, zou de toegestane lening roekeloos zijn toegekend;

c. de lakse houding van eiseres, die de zaak pas drie jaar na de onregelmatige afbetalingen van verweerders heeft ingeleid;

d. de forfaitaire schadevergoeding krachtens artikel 4 van het contract zou geen buitenrechtelijke kosten ten gevolge van wanbetaling dekken;

Overwegende dat, in verband met het eerste argument, eiseres bewijst dat zij op het ogenblik van de toekenning van de lening van de Nationale Bank van België de bevestiging kreeg dat er geen enkele andere niet terugbetaalde lening gemeld werd en daarenboven verweerders geen enkel document overleggen waaruit zou blijken dat zij wel degelijk een lening op afbetaling hebben aangegaan vóór 4 juli 1991!;

Overwegende dat de inkomsten van verweerders niet beperkt waren op 4 juli 1991, maar volgens hun eigen verklaring een inkomen van 42.000 + 27.140 = 69.140 fr. het wel zeker mogelijk maakt een maandelijkse afbetaling van 7.175 fr. aan te kunnen;

Overwegende dat aanlegster minstens tot zevenmaal toe verweerders in gebreke stelde de vervallen afbetalingen aan te zuiveren en eiseres nog altijd het recht heeft drie jaar na de ondertekening van het contract en niet na de datum der laatste afbetaling te dagvaarden;

Overwegende dat zowel de schadevergoeding van 10 % als de moratoire interesten à 12 % per jaar rekening houden met de contractuele verplichtingen (art. 1134 B.W.), redelijk voorkomen en anderzijds wel degelijk buitengerechterlijke kosten dekken ten gevolge van de wanbetaling die trouwens niet gedekt zijn door het kostenpercentage;

Overwegende dat aanlegster terecht opmerkt dat de kosten veroorzaakt door wanbetalers niet in het jaarlijks kostenpercentage begrepen zijn en zij daarbij steunt op artikel 2 van het K.B. van 4 augustus 1992 (B.S., 8 september 1992

pagina 19.533) betreffende de kosten, de percentages, de duur en de terugbetalingsmodaliteiten van het consumentenkrediet dat bepaalt in § 2 van artikel 2: «De totale kosten van het krediet omvatten *niet* de kosten en vergoedingen bedongen bij niet-uitvoering»;

Overwegende dat aanlegster laat gelden dat de volgende bijkomende kosten door de wanbetalers veroorzaakt worden:

- bijkomende kosten ten gevolge van aangetekende brieven;
- bijkomende kosten ten gevolge van opsporing teneinde de nieuwe verblijfplaats van de kredietnemers te vernemen;
- bijkomende kosten ten gevolge van opsporing van de nieuwe werkgevers;
- bijkomende kosten ten gevolge van de uitvoering van de loonoverdracht;
- bijkomende kosten ten gevolge van de onregelmatige betalingen en daarmee gepaard gaande aanpassingen van de computerprogramma's;
- telefonisch contact/persoonlijk onderhoud met de wanbetaler;

- bijkomende personeelskosten ten gevolge van de noodzakelijke oprichting van een «dienst betwiste zaken» alsook de verplichte melding aan de centrale gegevensbank conform het K.B. van 20 november 1992 (*B.S.*, 11 december 1992 pagina 25.620 en volgende) die om de vijftien dagen dient te worden herhaald en dus belangrijke kosten meebrengt;

Overwegende dat aanlegster ten slotte terecht rechtspraak aanhaalt waaruit blijkt dat een forfaitaire schadebeding van 10% en zelfs 15% niet als overdreven voorkomt en contractuele moratoire interesten die een compensatie voor het verlies ten gevolge van de immobilisatie van het kapitaal uitmaken niet als rechtsmisbruik kunnen beschouwd worden (cf. Hof Gent, 19 september 1990, *R.W.*, 1990-91, 1273 (15%); Hof Antwerpen, 17 september 1991, *R.W.*, 1991-92, 957 (10%); Kh. Brussel, 18 februari 1991, *R.W.*, 1991-92, 722; Kh. Kortrijk, 17 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 619; Cass., 28 november 1980, *R.W.*, 1981-82, 1845; Rb. Mechelen, 23 november 1982, *R.W.*, 1985-86, 752; Hof Luik, 22 oktober 1991, *J.T.*, 1992, 440; Rb. Charleroi, 27 november 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 449; Hof Brussel, 12 december 1985, *T. Vred.*, 1987, 81; Hof Brussel, 6 maart 1970, *J.T.*, 1970, 397; Hof Brussel, 28 juni 1983, *J.T.*, 1983, 544; Hof Brussel, 17 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 2446; Hof Brussel, 18 oktober 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 103);

Overwegende dat de vordering, actualisatie van moratoire interesten inbegrepen, als volledig gegrond voorkomt;

...

VREDEGERECHT TE WOLVERTEM

6 JUNI 1996

Rechter: de h. Verbeke

Advocaten: mrs. Boogmans en De Mey

1. Verbintenis – Niet-nakoming – Ingebrekestelling – Dagvaarding als ingebrekestelling – 2. Huur – Woninghuur – Onbepaalde duur – Opzegging zonder motief – Ontijdigheid van de opzegging – Geldigheid

1. Aan het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling wordt niet voldaan door een dagvaarding waarin de ontbinding van een overeenkomst wordt gevorderd op grond van een contractuele tekortkoming die de schuldenaar reeds voorafgaand aan de rechtsingang herstelde. Hetzelfde geldt wanneer de schuldenaar, die voorafgaand aan de dagvaarding niet werd aangemaand, onmiddellijk een gevolg geeft aan de in de dagvaarding vervatte ingebrekestelling.

2. In een woninghuurovereenkomst van onbepaalde duur is een opzegging zonder motieven die ontijdig (d.w.z. met een te korte opzeggingstermijn en te vroeg) werd gegeven, niet nietig. De ontijdigheid van een opzeg in strijd met dwingende wetsbepalingen wordt hersteld door de wettelijke termijnen toe te passen.

De B. en Van A. t/ Van H. en De C.

Gelet op de inleidende dagvaarding betekend op 28 maart 1995 waarbij aanleggers de ontbinding vorderen van een huurovereenkomst met betrekking tot een woonhuis gelegen te Londerzeel (...) wegens de wanuitvoering door de verweerders van hun contractuele verbintenissen;

Dat de aanleggers in het raam van de ontbinding een schadevergoeding vorderen van 54.000 fr als wederverhuringvergoeding en een som van 50.000 fr voor huurschade, onder voorbehoud van vermeerdering of vermindering in de loop van het geding;

Overwegende dat de verweerders een tegeneis instellen waarbij zij, op grond van artikel 3, §4, Woninghuurwet, een forfaitaire schadevergoeding vorderen gelijk aan 9 maanden huur, zijnde omgerekend, de som van 162.000 fr, ingevolge «onrechtmatige beëindiging» van de huurovereenkomst;

Overwegende dat zij tevens vorderen dat deze schadevergoeding zou worden verrekend met de huur voor de maanden april en mei 1995 (in totaal 36.000 fr) en dat de huurwaarborg in hun voordeel zou worden vrijgegeven;

I. De feiten

De partijen sloten een huurovereenkomst voor onbepaalde duur met ingang op 1 januari 1995.

Op 21 februari 1995 stuurden de aanleggers aan de verweerders een opzegging zonder motivering, met een opzeggingstermijn van 3 maanden.

Bij brief van 23 maart 1995 van de advocaat van de verweerders werden aanleggers in gebreke gesteld om de schadevergoeding te betalen krachtens artikel 3, §4, Woninghuurwet wegens niet-gemotiveerde opzeg tijdens de eerste driejaarlijkse periode. Deze brief laat ook verstaan dat de huurders het gehuurde goed zullen verlaten in overeenstemming met de opzeg.

Onmiddellijk daarna dagvaardden de aanleggers in ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanuitvoering.

Op 23 mei 1995 gaven de huurders de sleutels terug en sloten zij een overeenkomst met de verhuurder tot teruggave van een aantal goederen die zij ten onrechte uit het gehuurde goed hadden meegenomen. Er werd een huurschade vastgesteld ten bedrage van 500 fr om reden dat de vloer van de veranda vuil was.

II. De rechten

1. Ontbinding van de huurovereenkomst ten nadele van de huurder?

Overwegende dat na een huuropzeg en voor de uiteindelijke beëindiging van de overeenkomst de partijen hun rechten en plichten behouden, waaruit voortvloeit dat zij het recht behouden om ongeacht de opzeg nog de ontbinding van de huurovereenkomst te vorderen, zoals in casu de aanleggers doen; (Van Ransbeeck, R., «De opzegging», *R.W.*, 1995-96, 357, nr. 90).

1.1 De draagwijdte van de vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling

Overwegende dat de verweerders opwerpen dat de feiten op grond waarvan de aanleggers de ontbinding van de huurovereenkomst vorderen niet kunnen in aanmerking worden genomen, gelet op de afwezigheid van een ingebrekestelling;

Overwegende dat een schuldenaar inderdaad slechts voor een wanprestatie kan gesanctioneerd worden wanneer hij voorafgaandelijk door de schuldeiser in gebreke werd gesteld; Dat een verhuurder m.a.w. de huurder formeel moet aanmanen, door op een ondubbelzinnige en duidelijke wijze de nakoming van zijn verbintenissen te eisen voordat hij de ontbinding van de huurovereenkomst kan bekomen; Het is een verwittigingsplicht die op de schuldeiser van een verbintenis rust (Wilms, W., «De betekenis van de ingebrekestelling in de Code Napoléon», *T.Vred.*, 1983, blz. 36-38, vnl. nrs. 1, 6 en 7) en dit ongeacht de vorm van het rechtsherstel dat hij nastreeft (Bocken, H. en De Temmerman, B., «Overzicht van rechtspraak, Verbintenissen», *T.P.R.*, 1995, 627, met verwijzing bij wijze van voorbeeld naar Brussel, 10 november 1998, *J.F.*, 1980, 92; Kh. Brussel, 20 juli 1988, *Rev. Liège*, 1990, 368);

Overwegende dat voormelde principes in de praktijk weliswaar vaak weinig effect sorteren ingevolge de regel dat «de dagvaarding geldt als ingebrekestelling», in het geval de schuldeiser na de dagvaarding volhardt in zijn wanprestatie; Dat de rechter dan immers zal kunnen vaststellen dat de schuldeiser geen gevolg heeft gegeven aan de ingebrekestelling die de dagvaarding is; (over de regel zie Bocken, H. en De Temmerman, B., «Overzicht», blz. 633, waaruit blijkt dat de regel niet altijd consequent wordt toegepast in de rechtspraak en dat er ook geen eensgezindheid daarover bestaat in de rechtsleer: zie bijvoorbeeld de kritiek van Wilms, W., o.c., blz. 81-82, nrs. 50-51);

Overwegende dat echter het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling niet wordt ingelost door een dagvaarding wanneer daarin de ontbinding van een overeenkomst wordt gevorderd op grond van een contractuele tekortkoming die de schuldenaar reeds voorafgaand aan de rechtsingang herstelde;

Overwegende dat eenzelfde conclusie zich opdringt wanneer de schuldenaar, die voorafgaand aan de dagvaarding niet werd aangemaand, onmiddellijk een gevolg geeft aan de ingebrekestelling vervat in de dagvaarding;

(...)

2. Rechtsgevolgen van het ontijdig opzeggen van de huurovereenkomst

Overwegende dat de aanleggers laten gelden dat de verweerders niet in aanmerking kunnen komen voor een schadevergoeding op grond van de opzegging, omdat de opzeg nietig is, omdat de verweerders derhalve er geen rekening moesten mee houden en omdat zij het pand verlieten ingevolge hun eigen wens; Dat volgens de aanleggers de forfaitaire schadevergoeding in de Woninghuurwet enkel kan worden toegepast in geval van geldige opzeg en dat zij afstand deden van hun opzeg door te dagvaarden in ontbinding van de huurovereenkomst;

Overwegende dat de verweerders in hun tweede aanvullende conclusies de ontbinding van de huurovereenkomst vorderen ten nadele van de aanleggers op grond van de motivering dat zij niet betwisten dat de door hen gegeven opzeg nietig is en zij «derhalve (...) de overeenkomst eenzijdig verbroken hebben en het past hen te veroordelen tot een schadevergoeding wegens onrechtmatige beëindiging van de huurovereenkomst»;

Overwegende dat de partijen de juridische draagwijdte van een opzegging verkeerd inschatten en aan het dwingend karakter van de Woninghuurwet gevolgen hechten, die het niet heeft;

Overwegende dat de opzegging een eenzijdige wilsuiking is waardoor een overeenkomst tenietgaat (Dekkers, R., *Handboek van burgerlijk recht*, IV, 1971, 94; De Page, H., *Traité*, III, 1967, 726); Zij is bovendien bindend in haar geheel en dit op onherroepelijke wijze (Van Ransbeeck, R., «De opzegging», *R.W.*, 1995-96, 347, met verwijzing naar Van Omme-slaghe, P., «Examen, Les Obligations», *R.C.J.B.*, 1988, blz. 37, nr. 147; zie over de onherroepelijkheid ook: Vlies, M., «Aperçu de la jurisprudence récente relative aux baux de résidence principale», *T.Vred.*, 1996, 18);

Overwegende dat bij toepassing van deze principes de verhuurder geen afstand kan doen van de opzegging die hij deed;

Overwegende dat de opzeg ten onrechte door de partijen als nietig wordt beschouwd om reden van zijn ontijdigheid: d.w.z. door de te korte opzeggingstermijn en door het feit dat hij te vroeg werd gegeven;

Overwegende dat de ontijdigheid van een opzeg in strijd met dwingende wetsbepalingen wordt hersteld door de wettelijke termijnen toe te passen (vgl. met de toepassing van de dwingende bepalingen inzake opzeg in de Pachtwet en in de Handelshuurwet: zie o.a. Cass., 23 september 1943, *Pas.*, 1943, I, 353; Cass., 8 januari 1960, *Pas.*, 1960, I, 510; Pauwels, A., *Handelshuur*, *A.P.R.*, 1971, 120, nr. 255).

Overwegende dat aldus de opzeg geldig was doch verlengbaar tot het einde van de eerste driejaarlijkse periode; Dat door in navolging van de opzeg het gehuurde goed na drie maanden te verlaten, de huurder afstand heeft gedaan van het voordeel dat hij in dat verband uit de dwingende bepalingen van de Woninghuurwet kon putten;

Overwegende dat de huurder echter geen afstand heeft gedaan van de forfaitaire schadevergoeding waarop hij krachtens de Woninghuurwet aanspraak kan maken op het einde van de huurrelatie bij het verstrijken van de eerste driejaarlijkse periode; Dat wat de huurder kon eisen bij het einde van de eerste driejaarlijkse huurperiode, hij *a fortiori* kon eisen bij een vervroegde ontijdige beëindiging;

(...)

NOOT – Een vroegtijdige opzegging is niet ongeldig

1. De feiten uit het bovenstaande vonnis kunnen als volgt worden samengevat. Op 1 januari 1995 hebben de partijen een (woning)huurovereenkomst voor onbepaalde duur gesloten. Op 21 februari 1995 (i.e. minder dan twee maanden later) stuurt de verhuurder een opzegging zonder motivering met een opzeggingstermijn van drie maanden aan de huurder. De raadsman van deze laatste antwoordt hierop dat de huurders het gehuurde goed zullen verlaten in overeenstemming met de opzeg, maar stelt tevens de verhuurder in gebreke om schadevergoeding ex art. 3, §4, Woninghuurwet te betalen. Onmiddellijk nadien vorderen de huurders de ontbinding van de huurovereenkomst wegens wanprestatie (nl. het in strijd met de overeenkomst houden van twee honden en het te laat (slechts rond het midden van de maand) betalen van de huur van januari en februari). Op 23 mei 1995 hebben de huurders het gehuurde goed definitief verlaten en de sleutels aan de verhuurder terugbezorgd.

2. Centraal staat dus de vraag welke rechtsgevolgen een ontijdige, *in casu* vroegtijdige opzegging heeft. Immers, art. 3, §4, Woninghuurwet, dat van dwingend recht is, maakt vroegtijdige beëindiging van de huurovereenkomst zonder motivering slechts mogelijk tegen het verstrijken van de eerste en de tweede driejarige periode en met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden (zie over deze wijze van beëindiging van de huurovereenkomst: Lanckswaert, E., «Woninghuurwet: art. 3» in *Bijzondere overeenkomsten: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 24-25; Herbots, J. en Merchiers, Y. (ed.), *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 87-93; Dambre, M., «De duur en de beëindiging van de huurovereenkomst», in Hubeau, B. (ed.), *De woninghuurwet*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 55-56). De wet van 13 april 1997 (B.S., 21 mei 1997) heeft niets gewijzigd aan art. 3, §4, Woninghuurwet.

3. De opzegging impliceert een eenzijdige wilsuiking (*in casu* van de verhuurder) waardoor een verbintenis ontstaat (*in casu* de verbintenis om de huurovereenkomst vroegtijdig te beëindigen) (zie o.m. De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil*, IV, Brussel, Bruylant, 1972, 587, nr. 569; Van Ransbeeck, R., «De opzegging», *R.W.*, 1995-1996, 347). De kennisgeving aan de huurder van deze eenzijdige wilsuiking maakt de opzegging bindend in haar geheel en dit op onherroepelijke wijze (zie Van Ommeslaghe, P., «Examen de jurisprudence (1974-1982) Les obligations», *R.C.J.B.*, 1988, 37, nr. 147). Een gegeven opzegging kan dus niet eenzijdig weer worden ingetrokken. Tijdens de opzeggingstermijn wordt aangenomen dat de rechten en de plichten van de partijen gewoon voort blijven bestaan (zie De Page, H., *Traité élémentaire de droit civil*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 731). Hieruit volgt dat de verhuurder, niettegenstaande de opzegging, nog steeds de ontbinding kan vorderen in geval van, zoals *in casu*, contractuele wanprestatie van de huurder (Van Ransbeeck, R., *l.c.*, *R.W.*, 1995-1996, 347). Anderzijds kan, in tegenstelling tot wat de verhuurder in bovenstaand vonnis argumenteert, de vordering tot ontbinding niet als afstand van de opzegging worden gezien (cfr. *supra*, het bindend en onherroepelijk karakter van de gedane opzegging). Dit is des te meer van belang wanneer de vordering tot ontbinding, zoals *in casu*, ongegrond blijkt.

4. *In casu* werd de opzegging zonder motieven aan de huurder gedaan minder dan twee maanden na de aanvang van de huurovereenkomst en slechts met een opzeggingstermijn van drie maanden, terwijl art. 3, §4, Woninghuurwet de opzegging zonder motieven ten vroegste toelaat bij het verstrijken van de eerste driejarige periode en met inachtneming van een opzeggingstermijn van zes maanden. Wat is nu het juridisch gevolg van een dergelijke vroegtijdige opzegging? M.i. is een dergelijke opzegging niet nietig (zie ook: Hubeau, B., Lanckswaert, E., Vande Lanotte, J., «Huur van goederen: art. 1736-1737 B.W.», in X., *Bijzondere overeenkomsten: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1993, 18). Centraal staat bij de opzegging immers de bindende en onherroepelijke wil om de overeenkomst te beëindigen (Zie: Cass., 23 september 1943, *Pas.*, 1943, I, 353; Demogue, R., «Obligations et contrats spéciaux», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1928, 160, nr. 47; Lahaye, M. en Van Kerckhove, J., «Chronique de jurisprudence: louage des choses», *J.T.*, 1959, 308). Bovendien dient de nietigheid als sanctie zoveel mogelijk vermeden te worden. Anderzijds dient men rekening te houden met art. 3, §4, Woninghuurwet, dat van dwingend recht is. Daarom dient m.i. te worden besloten dat de opzeggingstermijn in dergelijk geval wordt verlengd tot aan de wettelijk voorziene datum (zie ook: Cass., 23 september 1943, *Pas.*, I, 1943, 353; Cass., 8 januari 1960, *Arr. Cass.*, 1960, 401; Cass., 27 maart 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 948, noot E.L.; Rb. Dendermonde, 5 september 1931, *R.W.*, 1931-32, 592; Rb. Gent, 21 juni 1946, *J.T.*, 1947, 9, noot E.D.; Rb. Brussel, 9 januari 1959, *J.T.*, 1959, 308; Vred. Elsenne, 25 februari 1946, *J.T.*, 1946, 539; Vred. Peer, 13 maart 1956, *T. Vred.*, 1955-56, 252; Vred. Andenne, 18 maart 1966, *J.L.M.B.*, 1966-67, 111; Vred. Gembloux, 19 mei 1987, *T.Agr.R.*, 1992, 116; *contra*: Rb. Ieper, 22 oktober 1930, *R.W.*, 1931-32, 44; Rb. Brussel, 4 april 1946, *J.T.*, 1946, 539). Deze oplossing houdt rekening zowel met de rechtsfiguur van de opzegging als verbintenis door eenzijdige wilsuiking, als met de «woongarantie» voor de verhuurder, die de Woninghuurwet beschermt. Het bovenstaande is uiteraard niet zonder meer toepasselijk op te laat gedane opzeggingen (Hubeau, B., (ed.), *o.c.*, 55; Herbots, J. en Merchiers, Y., (ed.), *Woninghuur en Nieuw Algemeen huurrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, 83 en 89). Deze vorm van ontijdigheid leidt, in combinatie met dwingende wetgeving, tot de ongeldigheid van de opzegging. De in zo'n geval opgezegde persoon heeft dan ook de keuze tussen de verdere uitvoering van de overeenkomst of de ontbinding lastens de wederpartij met schadevergoeding (art. 1184 B.W.) (zie hiervoor, m.b.t. de Woninghuurwet: Rb. Luik, 31 januari 1994, *T. Vred.*, 1994, 202, noot Hubeau, B.; Hubeau, B., «De rechtsgevolgen van een met de Woninghuurwet strijdige opzegging», *T. Vred.*, 1994, 203; terecht kritisch, Van Oevelen, A., «Kroniek van het huurrecht (1990-1995): gemeenrechtelijke huur, woninghuur en handelshuur», *R.W.*, 1996-1997, 1118, randnr. 33).

5. *In casu* kan de huurder dus alleszins de vroegtijdige opzegging zonder meer naast zich neer leggen en in het gehuurde goed blijven, tot het verstrijken van de eerste driejarige periode. Op grond van art. 3, §4, Woninghuurwet zou de verhuurder dan bovendien een vergoeding ten belope van negen maanden huur aan de huurder verschuldigd zijn. In het besproken geval verkoos de huurder echter het gehuurde goed te verlaten in overeenstemming met de opzegging. Hiermee deed hij afstand van zijn verblijfsrecht. Impliceert

deze afstand van het verblijfsrecht tot het verstrijken van de eerste driejarige periode dat ook de in art. 3, §4, Woninghuurwet de voorziene vergoeding ten belope van negen maanden huur niet meer kan worden gevraagd? M.i. moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. Immers, afstand van recht wordt niet vermoed. Ze dient te volgen uit feiten en handelingen die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn (zie o.m.: Cass., 20 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989, 961; Cass., 4 september 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 1119; Cass., 19 december 1991, *T.B.B.R.*, 1993, 153, noot De Page, P.; Cass., 13 januari 1994, *R.W.*, 1994-95, 157; voor een toepassing in huuraangelegenheden: Vred. Torhout, 19 maart 1996, *A.J.T.*, 1996-97, 123, noot De Page, P.). Welnu, afstand van het recht te verblijven, impliceert geenszins afstand van het recht om de forfaitaire vergoeding van art. 3, §4, Woninghuurwet te vorderen. Bovendien speelt een louter rechtvaardigheidselement: de huurder mag toch geen financieel nadeel lijden door zijn bereidwilligheid om op vraag van de verhuurder het gehuurde goed vroegtijdig te verlaten. Ten slotte heeft de wet een forfaitaire vergoeding van negen maanden opgelegd wanneer een huurder tegen het verstrijken van de eerste drie jaar wordt opgezegd; *a fortiori* geldt deze vergoeding dan na vijf maanden. De vergoeding ten belope van negen maanden huur wordt m.i. eisbaar vanaf het ogenblik van de teruggave van het goed, nu deze vergoeding o.m. werd ingevoerd om de kosten van verhuis te dekken (zie Hubeau, B., (ed.), o.c., 56).

6. Het geannoteerde vonnis kan dan ook zonder meer worden goedgekeurd. Terecht wordt allereerst beklemtoond dat een opzegging bindend is in haar geheel en dit op onherroepelijke wijze; afstand van opzegging is dus niet mogelijk. Vervolgens wijst de rechter erop dat de ontijdigheid (preciezer: vroegtijdigheid) in strijd met dwingende wetbepalingen wordt hersteld door de wettelijke termijnen toe te passen. Ten slotte wordt besloten dat de huurder door het verlaten van het gehuurde goed geen afstand heeft gedaan van de forfaitaire schadevergoeding waarop hij krachtens de Woninghuurwet aanspraak kan maken.

7. Besluitend kan dus worden gesteld dat een vroegtijdige opzegging in strijd met de dwingende Woninghuurwet niet nietig is, doch dat de opzeggingstermijn wordt verlengd tot aan het verstrijken van de eerste, nuttige wettelijke termijn. Deze opvatting doet geenszins afbreuk aan het beschermend karakter van de Woninghuurwet.

Koen Van Raemdonck
Assistent Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

KANTTEKENING

Bedenkingen bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken

Op haar verzoek werd de Vlaamse Juristenvereniging door de minister van Justitie ontvangen, omdat zij haar ongerustheid wou kenbaar maken met betrekking tot het regeringsontwerp tot wijziging van de wet op het taalgebruik in gerechtszaken, met name in de rechtbanken die hun zetel te Brussel hebben.

Deze wet, die een geesteskind is van de Bond van Vlaamse Rechtsgeleerden, voorgangers van de Vlaamse Juristenvereniging, gaat

door als de beste taalwet in de Belgische geschiedenis omdat zij de meest radicale sanctie kent: de nietigheid. Zij blijft een waarborg, ook in de toekomst van dit drietalig land.

Ook voor Brussel en het hele Brusselse ressort houdt de wet redelijke regelingen in die gedurende meer dan zestig jaar algemeen aanvaard bleken.

Een van die regelingen is dat in het Brusselse ressort één derde van de magistraten een Nederlands diploma moet hebben, één derde een Frans en dat twee derde van alle magistraten het bewijs moet geleverd hebben beide talen te kennen.

Die laatste eis, die twee derde-eis, is voor de Franstalige juridische wereld te Brussel een doorn in het oog gebleken. Onder druk van deze juridische wereld wordt thans op een schandelijke wijze misbruik gemaakt van de huidige tijdelijke en voorbijgaande problemen van het gerecht om onder dit alibi ingrijpend en definitief deze taalregeling te wijzigen. Overbelasting en achterstand, die zich trouwens in het hele land voordoen, lost men immers op die wijze niet op.

Nadat de voorgaande Justitieministers, van wie de meeste door hun onkunde verantwoordelijk zijn voor de huidige chaos, dezelfde taalwet bij de benoeming van Brusselse magistraten hebben gesaboteerd, is de regering thans van plan tot wijziging ervan over te gaan. De sabotage zou dus worden beloond.

De Vlaamse Juristenvereniging heeft de minister van Justitie geprezen om zijn inzet met betrekking tot de goede algemene werking van het gerecht, maar heeft meteen duidelijk gemaakt dat enkel tijdelijke en uitdovende maatregelen aangewezen zijn in plaats van een onomkeerbare verzwakking van de thans voor de Brusselse rechtbanken geldende taaleisen.

Zij heeft aan de minister een nota overhandigd om haar standpunt te verduidelijken. Zij zal bij de federale wetgever met aandrang verzoeken niet aan de taalwet te raken, tenzij de voorgestelde maatregelen beperkt zouden worden in de tijd.

Het bestuur van de Vlaamse Juristenvereniging

BOEKEN

D. SIMOENS en J. PUT (red.), **Ontwikkelingen van de sociale zekerheid 1990-1996**, Die Keure, 1996, 962 pp.

Dit referatenboek van de gelijknamige vervolmakingscyclus is het zesde in de reeks sinds 1971. De cyclus levert telkens het bekende referatenboek op dat een bijzonder interessant werkstuk is omdat specialisten de recente ontwikkelingen van de sociale zekerheid van de laatste vijf jaren erin bespreken.

Thans zijn er zeventien referaten in opgenomen en het boek haalt wellicht in een volgende editie meer dan duizend bladzijden.

De bedoeling was, zoals de titelpagina aankondigt, zowel wetgeving als rechtspraak te behandelen. Dit blijkt evenwel niet steeds gevolgd te zijn. Het komt voor dat in eenzelfde bijdrage zowel wetgeving als rechtspraak worden besproken. Soms zijn er twee bijdragen waarin beide aspecten afzonderlijk worden behandeld. Maar het komt ook voor dat rechtspraak gewoon niet aan bod komt. Dit is het geval wat betreft de pensioenen van de zelfstandigen, en de gehandicapten.

Het toepassingsgebied en de bijdrageregeling van de sociale zekerheid beslaat bijna een derde van het boek en wordt respectievelijk behandeld door F. Janssens, directeur-generaal RSZ (wetgeving werknemers), L. Paeme, administrateur-generaal RSVZ (wetgeving zelfstandigen), C. Persyn, advocaat (rechtspraak werknemers en zelfstandigen) en R. Janvier, hoofddocent UIA (wetgeving en rechtspraak overheidsperoneel).

Over ziekteverzekering handelen F. Praet, directeur-generaal RIZIV en L. Maroy, adjunct-adviseur RIZIV (wetgeving tak geneeskundige verzorging) en D. Simoens, hoogleraar KUL (wetgeving en rechtspraak tak uitkeringen).

Wetgeving en rechtspraak inzake arbeidsongevallen bespreekt J. Huys, adjunct-adviseur FAO.

Inzake beroepsziekten wordt wetgeving en rechtspraak uiteengezet door P. Delva, adjunct-adviseur FBZ, en de bijdrage van

M. Vandeweerd, hoofdgeneesheer FAO en medewerker FBZ, behandelt de begripsvorming en de rechtspraak.

Over de pensioenen bevat het boek drie referaten. Dat van H. Goossens, adjunct-administrateur-generaal RVP, handelt over het pensioen der werknemers; G. Van Gool, adjunct-adviseur RS-VZ, bespreekt de pensioenen der zelfstandigen en P. Baret, directeur-generaal administratie der pensioenen, het pensioen in de overheidsector.

Aan de werkloosheid zijn meer dan honderdvijftig bladzijden gewijd. L. Holvoet, adjunct-adviseur RVA, gaat in op de wetgeving en J. Put, assistent KUL, op de rechtspraak.

J. Verstraeten, administrateur-generaal RKW, onderzoekt de gezinsbijslagen, B. Van Buggenhout, gewoon hoogleraar KUL, de wetgeving in verband met de gehandicapten.

Het laatste referaat is van H. Funck, rechter in de Arbeidsrechtbank te Brussel, die de wetgeving en de rechtspraak met betrekking tot het bestaansminimum en de maatschappelijke dienstverlening voor zijn rekening neemt.

Dit referatenboek is, zoals de voorgaande, een nuttig en uitgebreid naslagwerk. Het bevat zelfs statistieken en ander cijfermateriaal.

G.D.

Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 628 pp.

Dit boek is tot stand gekomen n.a.v. het colloquium dat op vrijdag 29 november 1996 plaatsvond te Antwerpen, Ufsia. Terwijl het colloquium zich beperkte tot vragen omtrent de zelfbeschikking bij het naderende levenseinde, trekt het boek de problematiek verder open. De rode draad in dit geheel is de idee «zelfbeschikking», die niet alleen filosofische en sociologische vragen oproept maar ook vanuit positiefrechtelijke hoek tot kritische bedenkingen leidt. Het resultaat is een geheel van boeiende perspectieven.

De eerste vijf bijdragen schetsen de filosofische en sociologische opvattingen over het individu en zijn autonomie. J. Taels buigt zich over de aard en de draagwijdte van de morele inzet van het debat over het zelfbeschikkingsrecht. Hierbij gaat hij uit van de smalle opvatting van ethiek: een formele minimumethiek. Hoe waardevol deze ethiek ook is, toch is het illusoir te denken dat ze neutraal is. De mens is immers geen «in zichzelf besloten, geïsoleerd ego, dat zich onafhankelijk van de wereld ontwikkelt». G. Vanheeswijck bezint zich over de problematiek van het naderend levenseinde, waarbij hij bijzondere aandacht schenkt aan de invulling van de menselijke autonomie. P. Reynaert schaaft zich achter een personalistische visie op de persoonlijkheid die de menselijke persoon onderscheidt van het menselijk organisme. Het is een morele plicht om het menselijk lichaam overeenkomstig zijn eigen waarde te respecteren. Interessant is zijn gedachtengang dat een objectivering van het menselijk lichaam niet per definitie tekortdoet aan de morele waarde van de persoon. L. Braeckmans komt, na een historisch-filosofisch overzicht van de pre-moderne opvattingen over het «zelf», tot de conclusie dat sedert de Moderne Tijd het «zelf» geformaliseerd is. W. Weyns gaat zelfs nog verder: de «polyfone individualiteit» van de mens herleidt zijn zelfbeschikking tot een onzeker gebeuren. Hierdoor is een juridische formalisering van een dergelijk ambivalent recht op zelfbeschikking onmogelijk.

X. Dijon en J. Velaers situeren op algemene wijze het menselijk lichaam in het positieve recht. De conclusie van X. Dijon luidt dat geen enkele juridische categorie toepasbaar is op het menselijk lichaam. Het lichaam bevindt zich immers op het scharnierpunt tussen persoon en zaak. Dit verklaart onder meer de verglijding, zowel van bescherming naar beschikking, als van het publieke naar het private domein. J. Velaers meent, in een lijvige maar bevattelijke bijdrage, dat de erkenning van een individueel afdwingbaar «zelfbeschikkingsrecht» niet wenselijk is. De grondrechten bieden het menselijk lichaam reeds een verregaande en gevarieerde bescherming. Bovendien kan zelfbeschikking niet absoluut zijn zodra andere waarden en belangen in het geding zijn.

De daaropvolgende teksten behandelen specifieke aspecten van zelfbeschikking. H. Nys wijdt een aantal beschouwingen aan de wet op de zwangerschapsafbreking. De zwangere vrouw beschikt, naar zijn oordeel, niet over een autonoom recht in dezen. Niet alleen is het de arts die haar noodsituatie dient te beoordelen, deze kan zich tevens beroepen op de wettelijk bepaalde gewetensbezwaaclausule

om abortus te weigeren. M. Kempen onderzoekt de band tussen zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk. In principe moet iedere echtgenoot de procreatiewens van de partner eerbiedigen voorzover geen beroep nodig is op medische technieken om die te vervullen. L. Van Slycken tracht de positie van de minderjarige in samenhang met de zelfbeschikking vorm te geven binnen het positieve recht. Uit haar conclusie blijkt dat het beschikkingsrecht van de minderjarige beperkt is, zij het dat dit zich geleidelijk aan uitbreidt. Drie – één algemeen (A. Van Oevelen en A. De Boeck, «De begrenzing van de contractuele vrijheid t.a.v. het menselijk lichaam») en twee meer specifieke (D. Cuypers, «Lichaam en zelfbeschikking in het sociaal recht», en D. Cuypers en A. De Doncker, «Sportovereenkomsten en beschikking over het lichaam») – referaten zijn gewijd aan de contractuele aspecten van de zelfbeschikking. D. Vanheule bepleit een recht op roes, zij het met de noodzakelijke matigheid. De bijdrage van M. Adams handelt over de grenzen van de zelfbeschikking t.o.v. de verplichte hiv-test. Ten slotte behandelen J. Velaers, F. Van Neste en F. Tanghe de problematiek van het naderend levenseinde.

Het boek heeft ontegensprekelijk de verdienste de verschillende opvattingen op een heldere wijze naar voren te brengen, wat meteen een schat aan interessante en opmerkelijke inzichten oplevert. De multidisciplinaire aanpak en de van hoogstaande kwaliteit getuigende teksten maken van dit werk een absolute aanrader voor eenieder die interesse betoont voor de problematiek van de zelfbeschikking.

Joycè ter Heerdt

A. BEIJER, *Bedreigde getuigen in het strafproces*, Pompe reeks deel 22, Deventer, Gouda Quint, 1997, XVII + 396 pp.

Bedreigde getuigen zijn een oud zeer dat de maatschappij van oudsher, met wisselende intensiteit, teistert. Het reveleren van de waarheid is namelijk niet zelden een gevaarlijke zaak, die meer dan eens zelfs met de dood wordt bekocht. Bij het «probleem» van de bedreigde getuige dient zich dan ook bijna automatisch de evidente «oplossing» van de anonimiteit van de getuige aan. Deze oplossing houdt dan weer een nieuw probleem in, nu de anonimiteit afbreuk kan doen aan het fundamentele recht van de verdachte of beklaagde op een eerlijk proces; niemand verdedigt zich graag tegen een onzichtbare, wiens getuigenis niet kan worden gecontroleerd.

In het bovengenoemde proefschrift analyseert de auteur de positie van de bedreigde getuige in Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten. In voorafgaande, afzonderlijke hoofdstukken worden de strafrechtssystemen van die landen in vogelvucht overlopen, met een bijzondere nadruk op de problematiek van het bewijsrecht in het algemeen en de positie van de getuige in het bijzonder. Na een globale vergelijking van die drie rechtssystemen, gaat de auteur over tot een analyse van het eigenlijke onderwerp: de aanpak van het probleem van de bedreigde getuige in resp. Nederland, Duitsland en de Verenigde Staten. Vervolgens wordt de problematiek belicht tegen de achtergrond van het E.V.R.M. en de Europese rechtspraak. Ook het Joegoslavië-tribunaal blijft niet onbesproken.

Uiteraard doet de anonimiteit van de getuige – althans juridisch – de delicateste vragen rijzen. De auteur gaat dan ook uitgebreid in op het *Kostovski*-arrest, dat in Nederland behoorlijk wat stof deed opwaaien en waarin de problematiek haar weg vond van de Hoge Raad naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie hierover ook Traest, P., *Het bewijs in strafzaken*, 1992, pp. 387-389, nrs. 757-760). Voorts wordt ingegaan op de zgn. «beperkte anonimiteit», waarbij slechts bepaalde identiteitsgegevens van de getuige worden verhuuld.

Het vinden van een juiste balans tussen enerzijds het recht op een eerlijk proces en anderzijds het recht op bescherming van de getuige en de onlosmakelijk daarmee verbonden efficiëntie van de waarheidsvinding, blijft eens te meer een moeilijke evenwichtsoefening bij de analyse van het probleem van de anonieme getuige. Het wordt dan ook uitvoerig door de auteur belicht.

Toch valt het probleem van de bedreigde getuige niet te herleiden tot het thema van de anonimiteit. De auteur gaat ook in op andere mechanismen die de bescherming van de bedreigde of de zich bedreigd voelende (kroon)getuige moeten garanderen, zoals het verlenen van een onderduikadres of zelfs van een nieuwe identiteit, of het opleggen van een «straatverbod» aan potentiële bedreigers. Het boek besluit overigens met de bedenking dat de ontwik-

keling van het denken over alternatieve beschermingsmethoden in Nederland achterop blijft met de andere landen (*Slotbeschouwing*, p. 357).

Het boek is ongetwijfeld interessant, maar de Belgische lezer dient te weten dat hij geen bespiegelingen over de Belgische, of over de Franse aanpak van de problematiek in het voorliggende - rechtsvergelijkende - werk moet zoeken (vgl. met de opmerking van A. Vandeplass bij de eveneens in de «Pompe-reeks» verschenen monografie over de buitenlandse getuigen, *T.R.D.*, 1997-01, p. 45, nr. 3).

Blijkbaar is de wederzijdse interesse voor strafrechtssystemen vaak tamelijk evenredig met elkaar.

Steven Van Overbeke

K. DEKETELAERE (red.), **Vlaamse fiscaliteit. Status quaestionis 1997**, Brugge, Die Keure, 1997, 294 pp.

Art. 170 G.W. verleent aan de gemeenschappen en de gewesten een autonome fiscale bevoegdheid op grond waarvan zij eigen gemeenschaps- en gewestbelastingen kunnen uitvaardigen. De bijzondere wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en Gewesten kent daarenboven een afgeleide fiscale bevoegdheid toe aan de Gemeenschappen en Gewesten in verband met een aantal federale belastingen en wijst ten slotte de opbrengst van een aantal federale belastingen en heffingen toe aan de Gemeenschappen en Gewesten. De voorbije jaren hebben de Gewesten, en in mindere mate de Gemeenschappen, gebruik gemaakt van de hiervoren vermelde fiscale bevoegdheden. Aangezien uit een intergemeestelijke vergelijking blijkt dat het Vlaamse Gewest in dezen toonaangevend is, heeft de Leuvense Vereniging voor Milieujuristen het opportuun geacht om tijdens een studiedag op 25 april 1997 te Leuven een balans op te maken van de Vlaamse fiscaliteit anno 1997. Het hiervoren geciteerde boek is daarvan de weergave.

In het eerste deel van dit boek gaat P. Van Orshoven uitvoerig in op de fiscale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest. Hij maakt hierbij een onderscheid tussen de eigenlijke en de oneigenlijke gemeenschaps- en gewestbelastingen. Tevens gaat de auteur in op de invloed van het evenredigheidsbeginsel, de economische unie en de territorialiteit in fiscalibus op de gemeenschaps- en gewestbelastingen. K. Deketelaere en B. Martens beschrijven, summier weliswaar, bepaalde milieubelastingen die tot de autonome fiscale autonomie van het Vlaamse Gewest behoren (o.m. de heffingen inzake afvalstoffen, verontreiniging van de oppervlaktewateren, milieu- en watervangvergunningen, mestoverschotten, visverloven, grondwinning, bodemattesten, grondwaterwinning, jachtverloven en jachtvergunningen). In een uitstekende bijdrage analyseert W. Robben de zgn. leegstandbelastingen in het Vlaamse Gewest, meer bepaald het decreet van 19 april 1995 houdende maatregelen ter bestrijding en voorkoming van bedrijfsruimten en het decreet van 22 december 1995, waarbij de leegstand en de verkrotting van gebouwen en woningen worden bestreden. P. Lauwers spreekt, eveneens op voortreffelijke wijze, de wijzigingen die de successierechten eind 1996 en begin 1997 hebben ondergaan in het Vlaamse Gewest. In de laatste twee delen wordt nader ingegaan op de milieutaksen (K. Deketelaere) en op het kijk- en luistergeld (D. De Keuster). Het boek wordt afgerond door W. Demeester, die zich uitspreekt over enkele toekomstperspectieven inzake Vlaamse fiscaliteit.

Dit boek geeft een zeer goed overzicht van de recente ontwikkelingen in de Vlaamse fiscaliteit. Het is dan ook een aanrader voor diegenen die in hun beroepsleven regelmatig met deze problematiek worden geconfronteerd. Bovendien is het boek vlot en naar de praktijk toe geschreven, zodat het m.i. ook interessante informatie kan bieden voor niet-fiscalisten.

Patrick Cauwenbergh

MEDEDELINGEN

Afgeven van gerechtsbrieven - Keuze van woonplaats (parlementaire vraag van senator Boutmans van 23 mei 1997)

«Gerechtsbrieven, of de meeste andere brieven die van een griffier uitgaan in een lopende gerechtelijke procedure, worden aangetekend verzonden (art. 46 Gerechtelijk Wetboek).

Heeft de betrokkene woonplaats gekozen (wat vaak gebeurt) op het kantooradres van zijn advocaat, dan blijkt dit tot moeilijkheden aanleiding te geven. Immers, De Post blijkt - soms, vaak, altijd? - die keuze van woonplaats zo te interpreteren, dat de geadresseerde de brief persoonlijk moet ontvangen, maar dan op het kantoor van zijn advocaat... waar hij natuurlijk niet is. De postbode weigert dan de brief af te geven, en laat een bericht achter voor de geadresseerde... die dan zelf naar de post moet om hem af te halen. Dat is natuurlijk volledig in strijd met de logica van de keuze van woonplaats. De geadresseerde zal trouwens vaak in het buitenland verblijven. Van een postbode vernam ik, dat de verzending zou moeten gebeuren «ter attentie van...» of «Care of...».

Is dit probleem de Minister bekend? Is het algemeen of beperkt het zich tot bepaalde postkantoren? Hebben de griffiers de nodige instructies over de wijze waarop zij brieven naar gekozen woonplaatsen moeten versturen? Heeft De Post de nodige richtlijnen gekregen om te zorgen dat dergelijke brieven bezorgd worden, zoals de bedoeling is, namelijk aan de advocaat (of een andere mandataris)?»

Antwoord van de minister van Economie en Telecommunicatie

«Het autonome overheidsbedrijf De Post deelt mij mee dat alle gerechtsbrieven moeten aangeboden worden op het adres vermeld door de afzender (laatste woon- of verblijfplaats gekend door de griffie).

De Post stipt aan dat één van de zeldzame uitzonderingen op deze regel resulteert uit het indienen door de bestemming van een order tot nazending van briefwisseling. In dat geval wordt de zending onmiddellijk doorgezonden naar zijn nieuw adres in België.

Daarentegen, wanneer de bestemming de nazending van zijn briefwisseling naar het buitenland heeft gevraagd, wordt de gerechtsbrief teruggezonden naar de afzender met vermelding van zijn nieuw adres.

De gerechtsbrief mag aangenomen worden door de bestemming, door zijn regelmatig aangestelde gevolmachtigde of door een bloedverwant, aanverwant, dienstbode of dienaar van de geadresseerde op het moment dat de postbode langskomt. (art. 35 en 46 Gerechtelijk Wetboek).

De Post voegt daaraan toe dat, wat de bestemming betreft die woonplaats gekozen heeft bij een gevolmachtigde, artikel 39 Gerechtelijk Wetboek duidelijk is: «...mogen de betekening en de kennisgeving aan die woonplaats geschieden.

Wordt het afschrift aan de gekozen woonplaats ter hand gesteld aan de lasthebber persoonlijk, dan wordt de betekening geacht aan de persoon te zijn gedaan.

De betekening en de kennisgeving mogen niet meer aan de gekozen woonplaats geschieden indien de lasthebber overleden is, indien hij er zijn woonplaats niet meer heeft of indien hij er zijn bedrijf niet meer heeft».

Artikel 75 van het M.B. van 12 januari 1970 houdende reglementering op de postdiensten (*B.S.*, 23 april 1970), bepaalt: «Ingeschreven zendingen waarvan het adres een persoon aanduidt bij wie de geadresseerde woonplaats gekozen heeft, mogen aan die persoon afgegeven worden». Teneinde erover te waken dat dit soort briefwisseling wel degelijk afgeleverd wordt aan de persoon bij wie de keuze van woonplaats werd gedaan, heeft De Post aan haar personeel richtlijnen gegeven. Deze worden overgenomen in art. 4.373 van haar Algemene Onderrichtingen. Aldus oordeelt De Post dat er sprake is van keuze van woonplaats indien de afzender het adres in één van de volgende vormen (of gelijkgestelden) heeft opgesteld:

- Y op zijn gekozen woonplaats bij X;
- X ter attentie van Y;
- X voor Y;
- X aan de zorgen van Y;
- X af te geven aan Y;
- X c/o Y.

De Post is van oordeel dat er echter GEEN keuze van woonplaats is indien de afzender enkel DE VERBLIJFPLAATS van de werkelijk geadresseerde heeft willen PRECISEREN, bijvoorbeeld als volgt:

- Y per adres X;
- Y wonende bij X;
- Y p/a X;
- Y bediende bij X.
- Y bij X;

Het heeft mij nuttig geleken, deze reglementering mee te delen aan mijn Collega van Justitie, eventueel ter informatie van de griffies.»