

Plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Brussel van 2 september 2011

Rede uitgesproken door advocaat-generaal Jean-Jacques ANDRE

Het vereiste van evenredigheid : de rechtszekerheid nog verder weg of een onmisbaar geworden rechtsbeginsel ?

1. Inleiding

Uit de Belgische, Europese en internationale rechterlijke toepassingspraktijk is wel bekend dat langzaam meer, een of andere variant van een evenredigheidsoverweging op de voorgrond treedt.

Ik hoef u dan ook niet meer te overtuigen van het belang van het vereiste van evenredigheid in de rechtspraak, waarvan bovendien talrijke rechtsgeleerde bijdragen¹ nu sedert jaren eveneens onafgebroken komen getuigen.

¹ Zie o.m. : F. DELPEREE, "Le principe de proportionnalité en droit public (Éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État)", rapports belges au Xème Congrès international de droit comparé, Budapest, 1978, blz. 503 e.v. ; F. DELPEREE et V. BOUCQUEY-REMION, "Liberté, égalité et proportionnalité, Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international", travaux de Xèmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Brussel, Bruylant, 1982, blz 493 e.v.; W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", J.T. 1992, blz. 305; P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, Présence du droit public et des droits de l'homme. » In *Mélanges offerts à J. VELU*, Brussel, Bruylant, T. 1, 1992, blz. 49 e.v. ; W. VAN GERVEN, *Het proportionaliteitsbeginsel, De norm achter de regel. Wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Deurne, Kluwer, 1995; P. LEWALLE, "Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge", rapport du colloque organisé par les barreaux de Lyon et de Liège le 24 novembre 1994, A.P.T., 1995, blz. 53 e.v.; J.O. VIOU, "La Cour européenne des droits de l'homme et le principe de proportionnalité, Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français", Actes du colloque organisé par les Barreaux de Liège et de Lyon le 24 novembre 1994, Liège, Ed. Du Jeune Barreau de Liège, 1995, blz. 187 e.v.; S. VAN DROOGHENBROECK, S., "Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'homme" in P. GERARD, F. OST en M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, Brussel, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000, blz. 335 e.v.; F. KEFER, "Le rôle prépondérant de la sanction financière et sa proportionnalité en droit pénal social", in X, *Une criminologie de la tradition à l'innovation. En hommage à Georges Kellens*, blz. 323 e.v.; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001; G. KATROUGALOS, D. AKOUMIANAKI, *L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux*, www.juridicias.unam.wx/wccl/ponencias/9/155.

Dat het belang van deze essentiële maatschappelijke waarde steeds verder uitvloeit in de nationale rechtspraak en aangetroffen wordt in vooralsnog weinig ontgonnen terrein, blijkt uit een in menig opzicht markant arrest dat gewezen werd op 6 januari 2010 door de 8e kamer van uw Hof². De voortschrijdende opgang van het rechtsbeginsel van evenredigheid wordt er treffend door geïllustreerd.

Het geschil dat in deze zaak ter beoordeling stond had betrekking op het banenplan voor werkzoekenden zoals het omschreven was in de artikelen 60 tot 64 van de wet van 21 december 1994 houdende sociale en diverse bepalingen³, die een vermindering van de werkgeversbijdragen toekende aan werkgevers indien zij overgaan tot de indienstneming van werkzoekenden die aan de daartoe gestelde voorwaarden voldoen.

In artikel 2 van het Koninklijk Besluit tot uitvoering van deze artikelen⁴ was als toekenningsvoorwaarde voorzien dat om de voordelen, bedoeld in de wet te kunnen genieten, de werkgever verplicht is een “banenkaart”, behoorlijk ingevuld, terug te sturen naar het bevoegde werkloosheidsbureau en dit, ten laatste de zestigste dag die volgt op het begin van de tewerkstelling.

In 2001 weigerde de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid de vermindering van bijdragen die een werkgever had toegepast tijdens de periode gaande van 1996 tot 1998, omdat hij niet kon aantonen dat hij de banenkaart aan het werkloosheidsbureau ingevuld had terugbezorgd.

De werkgever werd bijgevolg bij dagvaarding aangemaand een niet onaanzienlijk bedrag aan niet betaalde bijdragen aan de Rijksdienst te betalen.

Uw Hof zou deze vordering nochtans niet inwilligen, na vastgesteld te hebben dat de gevolgen van het niet toesturen van de banenkaart naar het werkloosheidsbureau uiterst zwaarwegend zijn, daar waar zulks voor de werkgever resulteert in het verlies van elke vermindering van bijdragen, hetzij ongeveer twee derden van de bijdragen gedurende het eerste jaar en van één derde tot één vijfde van de bijdragen gedurende het tweede jaar.

Deze gevolgen kwamen in ogen van uw Hof *disproportioneel* over, indien de grondvoorwaarden om te kunnen genieten van de vermindering van bijdragen in het raam van het banenplan vervuld zijn en de werkgever enkel in gebreke is gebleven de nodige administratieve formaliteiten te vervullen om zulks aan te tonen.

Naar oordeel van uw Hof had het Koninklijk Besluit de werkgever die nalaat de voorgeschreven administratieve formaliteiten na te leven, op een andere manier kunnen sanctioneren, door een minder belangrijke vermindering toe te staan, door de ingangsdatum van het voordeel van de bijdragevermindering te verschuiven of nog, door eventueel een administratieve sanctie op te leggen.

Het oogmerk van de wetgever was immers dat het bewijs zou geleverd worden dat aan de wettelijke voorwaarden voldaan is en dat de Rijksdienst dit zo vlug mogelijk zou kunnen controleren, en dit met

² A.R. nr. 2004/45.381, na tussenarrest van 14 januari 2009.

³ Deze bepalingen werden inmiddels opgeheven.

⁴ Koninklijk besluit van 23 december 1994 tot uitvoering van hoofdstuk II van titel IV van de wet van 21 december 1994 houdende sociale bepalingen.

als achtergrond de meer algemene doelstelling die erin bestond de tewerkstelling aan te moedigen en het aantal werklozen te doen dalen.

De voor het standpunt van uw Hof opgegeven reden was dat het ter bereiking van dit doel niet vereist was, de werkgever de voordelen aangeboden in de wet volledig te ontzeggen, wanneer hij de behoorlijk ingevulde banenkaart niet tijdig terugstuurt naar het werkloosheidsbureau, zonder enige mogelijkheid te voorzien die had toegelaten aan deze tekortkoming te verhelpen.

Uw Hof gaf in overweging dat deze disproportionele maatregel een verschil in behandeling voor gevolg heeft tussen de werkgevers die voldoen aan de grondvoorwaarden van het banenplan, naargelang zij al of niet de banenkaart binnen de daartoe gestelde termijn terugsturen naar de bevoegde overheidsinstelling.

Naar opvatting van uw Hof staat hieraan niet in de weg, de omstandigheid dat deze werkgevers zich in objectief verschillende situaties bevinden waarbij de enen aan hun verplichtingen hebben voldaan en de anderen niet, aangezien dit verschil niet in verhouding staat tot de zwaarwichtigheid van de sanctie.

In dat opzicht werd de gewraakte reglementaire bepaling strijdig bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en buiten toepassing gelaten op voet van artikel 159 van deze Grondwet⁵.

Het was echter evident dat hier een zeer verstrekkende toepassing werd gemaakt van het evenredigheidsbeginsel en zijn correlaat, het gelijkheidsbeginsel

De Rijksdienst voor sociale zekerheid stelde dan ook een voorziening in Cassatie in.

In een aangelegenheid waarin de opgeworpen vraag zakelijk grotendeels gelijk was aan deze die voorgelegd werd aan het Hof van Cassatie, had het Grondwettelijk Hof toen echter reeds geoordeeld dat pertinent is en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt⁶, een wetsvoorschrift dat tot gevolg heeft dat werkgevers die in beginsel aan alle voorwaarden voldoen om een bijdragevermindering te kunnen genieten, geen recht hebben op die bijdragevermindering wanneer zij het in de wet bedoelde document niet binnen de door de Koning bepaalde termijn hebben aangevraagd.

⁵ Vgl. voor een vergelijkbare benadering, doch in relatie tot artikel 14 van het E.V.R.M. en artikel 1 van het aanvullend protocol bij het E.V.R.M., waarna echter geen onevenredige behandeling werd vastgesteld, Arbh. Brussel (8^e k), 6 april 2011, A.R. nr. 2009/AB/52019. Deze zaak had betrekking op een door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid niet toegestane vermindering van werkgeversbijdragen voor lage lonen. Ook de Arbeidsrechtbank te Huy zou toepassing maken van het gelijkheidsbeginsel en de proportionaliteitstoets om de situatie te vergelijken van de volledig werkloze en tijdelijk werkloze t.a.v. van de verplichtingen voortvloeiend uit artikel 71 van het werkloosheidsbesluit en vervolgens een schending vaststellen van het gelijkheidsbeginsel waarna deze bepaling buiten toepassing werd gelaten met verwijzing naar artikel 159 van de Grondwet (Arb. Huy 18 maart 2011, A.R. 10/950/A). Het Arbeidshof van Mons dat, dezelfde redenering volgt met betrekking tot de toepassing van artikel 59 quinquies van het werkloosheidsbesluit (vaststelling van een schending van het gelijkheidsbeginsel), acht zich daarentegen niet bevoegd te verhelpen aan de extrinsieke leemte vervat in die bepaling (geen mogelijkheid tot modulering van de sanctie) en zal de sanctie handhaven (Arbh. Mons 29 juni 2010, J.T.T. 2010, 305).

⁶ Grondwettelijk Hof 14 mei 2009, nr. 80/2009, R.W. 2009-2010, 1254.

Het was dan ook opmerkelijk dat het Hof van Cassatie het cassatieberoep desniettenstaande verwierp om in zijn arrest van 13 december 2010⁷ aan te nemen, dat uw Hof aan de hand van voormelde beschouwingen wettig kon oordelen dat de gewraakte reglementaire bepaling een onverantwoord verschil in behandeling voor gevolg heeft tussen de werkgevers die de banenkaart binnen de zestig dagen na het begin van de tewerkstelling bezorgen aan de Rijksdienst en zij die zulks niet doen.

Een aandachtige lezing van het arrest van uw Hof wijst meteen uit dat het weliswaar het gelijkheidsbeginsel als sluitstuk heeft, maar dat het evenredigheidsbeginsel de sleutel vormt van het argumentatieproces en het geheel schraagt, aangezien het enkel de toetsing aan dit beginsel is die uiteindelijk zal aangeven of de ongelijke behandeling aanvaardbaar wordt geacht.

In de varianten van het gelijkheidsbeginsel die doorgaans worden gehanteerd, bestaat er dan ook een nauwe verbondenheid tussen dit laatste en het proportionaliteitsbeginsel, dat overwegend de uitdrukking is van een gevoel van rechtvaardigheid en billijke verhouding.

Op het evenredigheidsbeginsel werd hier beroep gedaan om aan te tonen dat het algemeen belang niet vereist dat de materiële belangen van de in gebreke gebleven werkgever, die nochtans enkel financieel van aard waren, volledig zouden opgeofferd worden.

Uw Hof beoordeelde in de eerste plaats de redelijkheid van de belangenaantasting die de werkgever ondergaat en het gewicht van het aangetaste belang.

Het uitgangspunt is hier kennelijk het gevoel van de rechter dat de onderzochte norm, aan de werkgever die beroep doet op een werkloze die voldoet aan de wettelijke voorwaarden om het recht op bijdragevermindering te openen, buiten verhouding veel schade toebrengt, wanneer hij hiernaast niet kan aantonen dat de voorgeschreven bijkomende administratieve formaliteit werd volbracht.

De proportionaliteitstoets ontvouwt zich derhalve tweeledig :

-vooreerst vindt een afweging plaats van het doel dat de regelgever nastreeft en het middel dat hij daartoe aanwendt.

-vervolgens wordt onderzocht of er een redelijke verhouding bestaat tussen enerzijds de inwerking van de ongelijkheid in behandeling en anderzijds de bestaande feitelijke ongelijkheid tussen de twee categorieën van werkgevers⁸.

Uw Hof stelde in dat verband vast dat er geen redelijke verhouding bestaat tussen enerzijds de feitelijk bestaande verschillen tussen de twee categorieën van werkgevers en anderzijds de mate waarin zij verschillend worden behandeld of m.a.w. het onevenredig ongelijk behandelen van ongelijke situaties wordt niet gerechtvaardigd geacht.

⁷ S.10.0053.F/1.

⁸ Bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid die uitmondt in de vaststelling dat het gaat om ongelijke gevallen, wordt die proportionaliteitstoets in de rechtspraak vaak niet meer gemaakt. In vele gevallen beperkt de rechter er zich immers toe bij de beoordeling van een aangeklaagde ongelijke behandeling, vast te stellen dat de categorieën, gevallen, situaties, groepen of personen niet vergelijkbaar zijn. Vgl. Arbh. Mons 29 september 2009, A.R. 21.109 : "*Le test de comparabilité des catégories étant négatif, il ne s'impose pas d'examiner les autres critères à rattacher au contrôle de constitutionnalité*".

Verder ligt aan dit arrest de vaststelling ten gronde dat het goed functioneren van de samenleving en de betrokken overheidsinstelling niet bedreigd wordt, indien een minder zwaarwegende maatregel werd genomen.

Een uitspraak zoals deze laat ook toe vast te stellen dat het verschijnsel van de overheveling van de beoordeling van de belangenafweging van de overheid naar de rechter, afbreuk doet aan de beleidsvrijheid van de overheid en de beslissingsmacht van de rechter daarentegen in aanzienlijke mate doet toenemen.

Deze rechtspraak bewijst eens te meer hoezeer het vereiste van evenredigheid in handen van de rechter een efficiënt juridisch instrument geworden is dat hem toelaat een rechtsregel buiten toepassing te laten die op eenieder toepasselijk is en op zich zelf aanziet als het resultaat van een redelijke en zorgzame afweging van belangen, maar die onvoldoende rekening houdt met de gevolgen ervan in concrete situaties en daardoor uiteindelijk uitmondt in een materiële ongelijkheid.

Daarbij dient echter meteen aangetekend dat de vraag naar de toegelaten beoordelingsmarge van de rechter zou kunnen gesteld worden.

Een ander onlangs gewezen arrest⁹, ditmaal door de Nederlandstalige derde kamer van uw Hof, is eveneens te vermelden in het raam van deze inleiding, omdat het daar enkel ging om conflicterende individuele belangen.

In de aan uw Hof voorgelegde zaak had de betwisting inderdaad betrekking op een door een werknemer vastgestelde onregelmatige beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, toegeschreven aan een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden door deze laatste.

Hier ook gaf uw Hof te kennen dat om uit te maken of een bestanddeel van de arbeidsovereenkomst als essentieel kan aanzien worden, moet gestreefd worden naar een evenwicht tussen het persoonlijk belang van de werknemer en het economisch belang van de werkgever¹⁰. Deze laatste moet immers de mogelijkheid hebben om in het belang van de onderneming en het personeel dat er tewerkgesteld is, zijn organisatie aan te passen door rationaliseringsmaatregelen te nemen die wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden met zich mee kunnen brengen.

Hierbij mag hij de rechten en belangen van de werknemer nochtans niet uit het oog verliezen en dient hij blijk te geven van voorzichtigheid en gematigdheid, wordt in dit arrest verder gezegd.

Aldus is zonder meer duidelijk dat belangenafweging steeds meer verworden is tot een vast onderdeel van de rechtsoverwegingen van de rechter in een groot aantal situaties, ook in die gevallen waar het openbaar belang niet mee wordt in overweging genomen.

De rechter zal in deze context optreden als een "*belangenbeslechter*"¹¹.

⁹ Arbh. Brussel (3ek) 8 november 2010, J.T.T. 2011, blz. 117.

¹⁰ Vgl. In dezelfde zin de volgende reeds oudere rechtspraak : Arbh. Antwerpen, afd. Hasselt 25 november 1975, J.T.T. 1976, 278 ; Arbh. Luik 23 mei 1984, T.S.R. 1985, blz. 326.

¹¹ Vgl. B. VAN DEN BERGH, "Recht zkt. zekerheid" voor vaste relatie", R.W. 2010-2011, blz. 353.

Maar hoe is deze *waardenrechtspraak* tot stand gekomen ?

2. De wordingsgeschiedenis

Wanneer maatschappelijk gedrag beoordeeld wordt aan de hand van waarden, geeft dit aanleiding tot een weloverwogen denken over welke handelingen gesteld mogen worden om een gewenst doel te bereiken.

In onze samenleving werden in dat verband van oudsher situaties afgekeurd die veroorzaakt worden door een vorm van misbruik van de ondergeschikte of kwetsbare toestand van personen of groepen, waarbij een manifeste *wanverhouding* kan vastgesteld worden tussen datgene wat beoogd wordt door het nemen van zekere maatregelen of het stellen van zekere handelingen, de ingezette middelen en de nadelige situatie waarin de betrokken personen of groepen worden geplaatst.

Het gevoel dat moet gestreefd worden naar een *juiste verhouding* tussen verschillende waarden, belangen of normen wanneer zij met elkaar in aanvaring komen, kortom naar *harmonie* in het menselijk handelen, heeft de maatschappij van sinds lang ervaren als behartenswaardig.

De nauwe correlatie tussen gerechtigheid en evenredigheid is hierbij steeds merkbaar op de voorgrond getreden.

De filosofische gedachte van de *evenredigheid* gaat terug tot de Griekse oudheid, toen reeds gewezen werd op het belang voor het sociaal evenwicht, van een beredeneerde afweging van middelen in relatie tot de doeleinden in de menselijke gedragingen¹².

Maar het is in de moderne tijd vooral de verdienste van het Duits Grondwettelijk recht geweest, het proportionaliteitsprincipe¹³ uitdrukkelijk te erkennen als een grondwettelijk fundament. Uitgangspunt was hierbij de duidelijk materiële limiet die de Duitse Grondwetgever in 1949 heeft willen stellen aan de bevoegdheid van de wetgever om grondwettelijk afgekondigde rechten en vrijheden te beperken.

Het evenredigheidsbeginsel wordt in een juridische context in de eerste plaats dan ook veelal aanzien als een beschermingsmechanisme van grondrechten, waar de overheid er toe gebracht kan worden ze in hun bestaan te bedreigen wanneer het algemeen belang op het spel staat.

Vaak dient er dan een afweging plaats te vinden tussen de belangen van het individu wiens rechten worden beperkt enerzijds en algemene en openbare belangen anderzijds.

Het toenemend belang van het overheidsoptreden in de maatschappij heeft geleid tot het bewustzijn dat de burger een grotere rechtsbescherming verdient wanneer de bestaande wetgeving of regelgeving ontoereikend blijken om aan deze behoefte tegemoet te komen.

In de *algemene rechtsbeginselen*¹⁴ hebben jurisprudentie¹⁵ en doctrine dan ook steeds een belangrijke voedingsbodem gevonden om dit doel te bereiken¹⁶.

¹² Aristoteles, *Ethica Nichomachea*, boek V.

¹³ "Verhältnismäßigkeitsprinzip".

¹⁴ Zie voor een opsomming van een aantal van deze algemene rechtsbeginselen en van de regels waaraan dergelijke waarde niet werd erkend : J. VANDELANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, blz. 160;

Zij zijn immers de weerspiegeling van een aantal, aanvankelijk ongeschreven, fundamentele waarden van het rechtsdenken¹⁷.

De opvattingen over de waarde en dwingende kracht van deze buiten het positieve recht staande metajuridische principes zijn echter niet steeds eenduidig gebleken¹⁸. Hiernaast kunnen zij bovendien mettertijd gevoelig evolueren.

Gepositieerde algemene rechtsbeginselen, zoals bijvoorbeeld het verbod van discriminatie, worden verder onderscheiden van de ongeschreven rechtsbeginselen

Aan sommige ervan wordt bovendien wettelijke waarde erkend en aan andere, grondwettelijke waarde.

Algemene rechtsbeginselen met wettelijke waarde nemen vaak de vorm aan van algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

In sommige van haar toepassingsgevallen kan het evenredigheidsbeginsel hier onder gerangschikt worden.

Traditioneel huldigt het Hof van Cassatie in dat verband steeds de opvatting dat dergelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet kunnen ingeroepen worden indien zij leiden tot een beleid dat tegen de wet ingaat¹⁹, waaruit men dan weer zou kunnen afleiden dat algemene rechtsbeginselen met wettelijke waarde in hun verhouding tot de wetgeving in beginsel slecht suppletoir zijn²⁰.

A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", T.P.R. 2004, blz. 1589 e.v.; J. SACE, "Quelques réflexions sur les principes généraux du droit", in *Mélanges Philippe Gérard*, Brussel, Bruylant, 2002, blz. 79; I. VEROUGSTRAETE, "L'application des principes généraux du droit communautaire par le juge belge", bijdrage aan een colloquium georganiseerd door het Hof van Cassatie van Frankrijk in december 2000, te raadplegen op http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit", J.T. 1979, 557.

¹⁵ In een arrest van 12 maart 2003 wees uw Hof er op dat in aanwezigheid van een leemte in de wet, de algemene rechtsbeginselen een rechtsbron zijn die de rechter er toe moet brengen recht te spreken, waarna uw Hof de beginselen van gelijkheid, evenredigheid, redelijkheid of de eerbiediging van de redelijke verwachtingen aanhaalt.

¹⁶ I. VEROUGSTRAETE schrijft algemene rechtsbeginselen verschillende functies toe t.w. een "*fonction d'inspiration du législateur et d'orientation du droit positif, correction du droit positif lorsque son application purement mécanique heurterait le sens de la justice, comblement des lacunes et résolution des antinomies ou limitation des pouvoirs de l'administration... C'est, selon certains, en réalité le juge qui transforme en droit ce qui n'est qu'un impératif rationnel de cohérence de l'ordre juridique et de ses fins, lorsqu'il est appelé à rechercher dans l'esprit du système, une norme que la loi n'exprime pas. Le principe général de droit aide à interpréter le droit puisqu'il est censé avoir inspiré le législateur ; il a surtout une fonction supplétive pour rendre au droit sa cohérence ; il a une fonction correctrice surtout à l'égard de l'administration.* », l.c.

¹⁷ Procureur-generaal W. Ganshof van der Meersch omschreef ze treffend in de volgende bewoordingen : "*ils permettent de pénétrer par delà le droit positif jusqu'aux inspirations profondes de notre droit positif* », l.c., 557.

¹⁸ J. GIJSSELS, « Algemene rechtsbeginselen zijn nog geen recht », R.W. 1988-89, 1105 ; P. POPELIER, "Rechtsbescherming tegen onzekere regelgeving", T.V.W., 99/1, I-2.

¹⁹ Vgl. Cass. 30 oktober 2000, A.C. 2000, nr. 587; Cass. 20 februari 1991, A.C. 1990-91, nr. 335; Cass. 16 mei 2003, concl. D. Thijs.

²⁰ Vgl. Arbh. Brussel, 8^e k., 12 maart 2003, A.R. 43.110.

In de doctrine wordt echter voorgestaan dat in dit standpunt van het Hof van Cassatie sedert kort een nieuwe oriëntatie is uitgetekend. Een aandachtige lezing van een arrest van het Hof van Cassatie van 1 maart 2010 zou immers de conclusie kunnen wettigen dat hier ook een afweging van belangen aan de orde is²¹.

Spijts de menigvuldigheid van de verwijzingen er naar in ons recht, werd het evenredigheidsbeginsel door het Hof van Cassatie tot op heden nochtans niet op algemene en onbetwistbare wijze erkend als algemeen rechtsbeginsel.

Zulks heeft het Hof er nochtans niet van weerhouden te beslissen dat de administratie gehouden is het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen bij het opleggen van administratieve sancties met repressief karakter²².

Het Hof zou nog preciseren dat de rechter de wettelijkheid van dergelijke sancties mag onderzoeken en in het bijzonder nagaan of de sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van de internationale verdragen en van het interne recht met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen, *welk toetsingsrecht de rechter in het bijzonder moet toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk*²³.

Hiernaast zou het Hof van Cassatie ook toepassing verlenen aan het proportionaliteitsvereiste in het raam van betwistingen die betrekking hadden op de uitwerking van het gelijkheidsbeginsel, de theorie van het rechtsmisbruik²⁴, de leer van de goede trouw²⁵, het Unie-recht, het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten in het raam van een strafrechtelijk onderzoek²⁶, disciplinaire sancties²⁷ en tenslotte inzake stedenbouw²⁸.

Het belang van een erkenning als algemeen rechtsbeginsel is onmiskenbaar in dier voege dat zij de gewone rechtscolleges in beginsel zal toelaten verordenende of individuele bestuurshandelingen rechtstreeks te toetsen aan het vereiste van evenredigheid²⁹ zoals ook het Grondwettelijk Hof wetskrachtige normen toetst aan de algemene rechtsbeginselen met grondwettelijke waarde³⁰, ongeacht of zij al dan niet zijn gericht op het optreden van de wetgever zelf³¹.

²¹ W. VANDENBRUWAENE, "Beginselen van behoorlijk bestuur : eindelijk grondwettelijke waarde ?", noot onder Cass. 1 maart 2010, R.W. 2010-2011, blz. 1092. De draagwijdte van dit arrest schijnt te zijn dat wanneer een beginsel van behoorlijk bestuur in conflict komt met het legaliteitsbeginsel, de rechter aan een afweging van belangen moet doen.

²² Cass. 12 december 2008, F.06.0111.N, "*De rechter aan wie gevraagd wordt een opgelegde administratieve sanctie met repressief karakter te toetsen, heeft volle rechtsmacht om na te gaan of die beslissing in feite en rechte verantwoord is en of zij alle beginselen naleeft die de administratie moet in acht nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel*". Zie ook Cass. 8 april 2011, F.10.0033.N; Cass. 11 maart 2011, F.10.0069.N; Cass. 11 maart 2011, F.10.0020.N; Cass. 12 november 2011, F.09.0146.N; Cass. 15 oktober 2010, F.09.0081.N

²³ Cass. 16 februari 2007, F060032N.

²⁴ Cass. 30 januari 1992, 15 maart 2002, 17 mei 2002 en 25 november 2005.

²⁵ Cass. 19 september 1983, R.C.J.B. 1986, blz. 282.

²⁶ Cass. 24 juni 2010, R.W. 2010-2011, 1217 met noot S. Lierman.

²⁷ Cass. 17 september 1992, 9411.

²⁸ Cass. 10 mei 2001, C990355F

²⁹ Tenzij men de functie van het algemeen rechtsbeginsel slechts als aanvullende of interpretatieve rechtsbron zou zien.

³⁰ Sommige rechtsleer wijst er wel op dat het voor onwaarschijnlijk wordt gehouden dat een algemeen rechtsbeginsel Grondwettelijke (of wettelijke) waarde zou kunnen krijgen indien men het aan geen enkele Grondwettelijke of wettelijke bepaling

Dat het Hof van Cassatie zich afzijdig houdt ten aanzien van zulke erkenning, dient wellicht toegeschreven te worden aan de vrees dat de determinerende rol die het beginsel vervult t.a.v. de reikwijdte van de beslissingsmacht van de rechter, een factor van rechtsonzekerheid dreigt te worden. Het is immers onbetwistbaar dat een belangenafweging vaak een subjectieve en arbitraire aangelegenheid is en dat het bovendien een open vraag blijft of dergelijke afweging wel in alle omstandigheden doenbaar is .

Een ander punt van aandacht is dat het vereiste van evenwichtige afweging in de rechtsleer gezien werd als een concretisering van andere, meer algemene beginselen, zoals het *zorgvuldigheidsbeginsel*³² en dat het eveneens in verband kan worden gebracht met het vereiste van *goede trouw* en met het *verbod van rechtsmisbruik*³³.

Tot het bestaan van rechtsmisbruik kan immers besloten worden wanneer een recht wordt uitgeoefend zonder redelijk of voldoende belang, ondermeer wanneer de schade die erdoor wordt veroorzaakt *buiten alle verhouding* staat tot het voordeel dat nagestreefd of bekomen werd³⁴.

Het is deze zelfde evenwichtstoets die een onderdeel gaat vormen van de leer van de goede trouw in het contractenrecht, waar die inhoudt dat rechten dienen uitgeoefend te worden met maat en rede.

* *
*

Talrijke verwijzingen naar het evenredigheidsbeginsel treft men vanzelfsprekend aan in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in het kader van het contentieux van de gelijke behandeling.

In het raam van zijn bevoegdheid om wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan de bevoegdheidsverdelende regels, heeft Grondwettelijk Hof eveneens reeds in haar eerste arresten het beginsel van evenredigheid als juridisch controlemechanisme aangewend.

kan verbinden. Vgl. A. BOSSUYT, "Algemene rechtsbeginselen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie", T.P.R., 2004, 1643. Zie verder P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen in alle rechtstakken. Over de grondwettelijke waarde van de publiek- en privaatrechtelijke beginselen", in *Publiek recht : de doorwerking van het publiek recht in het privaat recht*, XIIIe postuniversitaire cyclus Willy Delva, 1996-1997, Gent, Mys & Breesch, 1997, blz. 1-36.

³¹ J. VANDELANOTTE, G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2010, blz. 161, nr. 268.

³² J. PUT, *Administratieve sancties in het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, blz 245, nr. 297). Volgens deze auteur zou het gaan om verzelfstandigde onderdelen van dergelijke algemene beginselen. Zie verder V. VANNES, « Le licenciement pour motif grave et l'abus du droit de licencier. Un arrêt de la Cour de Cassation du 12 décembre 2005 ou Une nouvelle envolée de la théorie de l'abus de droit appliquée à la rupture du contrat de travail » in *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, réd. C.-E. CLESSE & S. GILSON, Anthémis, 2009, blz. 150.

³³ Aldus oordeelde het Arbeidshof te Luik in een arrest van 25 mei 2004 (A.R. 31.639/03) dat een werkgever zich schuldig maakte aan rechtsmisbruik door een van zijn werknemers, van Ruandese nationaliteit, te verzoeken zijn uitbatingsetel in Congo te vervoegen dan wanneer het leven van deze werknemer en diens gezin er in gevaar was omwille van zijn etnische afkomst en het gevaar waaraan de werknemer daar blootgesteld zou zijn, disproportioneel was t.o. tot het voordeel dat de vennootschap nastreefde met deze overplaatsing.

³⁴ Vgl. A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de Cassation », J.T.T. 2005, blz. 725, nr. 28 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, blz. 302 e.v. Deze auteur twijfelt nochtans aan de legitimiteit van dit algemeen rechtsbeginsel.

In een van deze arresten³⁵ leest men : “Evenwel, uit het feit dat verschillende wetgevers bevoegd zijn om voorrechten in te stellen, die moeten kunnen worden ingepast in eenzelfde rangorde, volgt dat elke wetgever bij het vaststellen van de rang van het voorrecht dat hij instelt, het belang dat hij door het instellen van dit voorrecht beoogt te beschermen, dient af te wegen ten aanzien van de andere belangen die door voorrechten ingesteld door andere wetgevers worden beschermd. Die evenredigheid is in dit bijzonder geval een element van de bevoegdheid van de handelende wetgever. Het Hof dient derhalve uit te maken of de rang die een wetgever heeft toegekend aan een voorrecht, voldoet aan die eis van evenredigheid...³⁶.”

Het verdient aandacht er tenslotte op te wijzen dat het Grondwettelijk Hof het evenredigheidsbeginsel nu eens voorzichtig omschrijft als een *algemeen beginsel* dat de administratie moet in acht nemen³⁷ maar het elders, anders dan het Hof van Cassatie, ook zal hebben over het *algemeen rechtsbeginsel* van de evenredigheid van de straf en de tuchtstraf³⁸.

* *
*

Vervolgens dient hier nog in herinnering gebracht te worden dat het evenredigheidsbeginsel naar Duits model drie bestanddelen kent m.n. de geschiktheid (effectiviteit, pertinentie, nuttigheid), de noodzakelijkheid (subsidiariteit, onmisbaarheid) en tenslotte de evenredigheid in strikte zin.

De *geschiktheid* houdt in dat de middelen die in werking worden gesteld passend moeten zijn om het gestelde doel te bereiken.

De *noodzakelijkheid* veronderstelt dat er geen ander, minder schade doend, middel voorhanden is om dit doel te bereiken.

De *evenredigheid in strikte zin* tenslotte veronderstelt een evenwichtige afweging van de conflicterende belangen. Het zwaartepunt ligt hier op de verhouding tussen het nagestreefde doel en de in werking gestelde middelen. De voorwaarde vereist dat geen wanverhouding bestaat tussen wat verwacht wordt van een maatregel of handeling en de schade die hij of zij toebrengt.

Toetsing in abstracto of in concreto ?

Een niet onbelangrijk aspect van de toepassing van het beginsel van evenwichtige afweging betreft verder de vraag of de toetsing van de evenredigheid in abstracto of in concreto dient plaats te vinden of m.a.w. dient men het evenwichtig karakter van een gemaakt onderscheid dat een

³⁵ Arrest nr. 27 van 22 oktober 1986.

³⁶ Vgl. In dezelfde zin de arresten van 13 januari 1994, nr. 2/94, r.o. B.14.4 en B.14.5 en 12 juli 1995, nr. 58/95, r.o. B.8.5. : “Hoewel de federale wetgever bevoegd is om een werkloosheidsreglementering op te stellen, mag hij, bij de uitoefening van die bevoegdheid, niet op onevenredige wijze afbreuk doen aan de bevoegdheid van de gewesten inzake wedertewerking van werklozen. Die evenredigheid is een onderdeel van de bevoegdheid van de federale wetgever.”

³⁷ Grondwettelijk Hof nr. 157/2002, 6 november 2002, r.o. B 13.

³⁸ Grondwettelijk Hof nr. 169/2008, 27 november 2008, r.o. B.7 en B.9.

belangenaantasting voor gevolg heeft op zichzelf te beoordelen of dient rekening gehouden te worden met de gevolgen die dit onderscheid in een concrete situatie meebrengt ?

Uit de concrete toepassing van een voorschrift of maatregel kan immers een ongelijke behandeling voortvloeien, bijvoorbeeld voor een bepaalde groep of in een individuele situatie, die bij toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel niet redelijk voorkomt³⁹, dan wanneer het voorschrift op zichzelf nochtans niet blijkt geeft van een onredelijke afweging van belangen.

Een voorbeeld van een toetsing in concreto zal men aantreffen in een vonnis van de correctionele rechtbank van Brussel die oordeelde dat het onontvankelijk verklaren van het verzet dat de veroordeelde per vergissing ten opzichte van de Procureur des Konings in plaats van de arbeidsauditeur instelde, voor gevolg zou hebben dat de betrokkene zijn recht, om door een rechtbank te worden gehoord, zou worden ontzegd.

Zulks staat volgens de rechtbank totaal niet in verhouding tot de doelstelling die de wetgever met artikel 187 van het wetboek van strafvordering nastreeft⁴⁰.

Indien de rechter, bij het nazicht of een behandeling beantwoordt aan het vereiste van proportionaliteit, afmeet aan concrete situaties dan kan dit echter opnieuw tot rechtsonzekerheid aanleiding geven. Daarentegen zou bij een beoordeling in abstracto de factuele dimensie van het beginsel niet meer gehonoreerd worden.

Zowel in de nationale rechtspraak als in de Europese rechtspraak vindt men dienaangaande aanwijzingen dat de optie voor een toetsing in concreto vaak de voorkeur kreeg.

Zo zou het E.H.R.M. in de zaak *Stone Court Shipping t/ Spanje*, beslissen dat de evenwichtige verhouding tussen enerzijds beperkingen die eigen zijn aan een proceduretermijn en anderzijds de gevolgen van de toepassing van die procedureregels in de interpretatie van de nationale rechter, verbroken was in de aan dit Hof voorgelegde zaak, om te besluiten dat die interpretatie het recht op een eerlijk proces van de betrokken rechtzoekende schendt⁴¹.

* *
*

³⁹ Vgl. Grondwettelijk Hof nr. 176/2004, 3 november 2004. Deze zaak had betrekking op de toepassing van het door artikel 3 § 1 van het koninklijk besluit nr. 38 van 27 juli 1967 houdend inrichting van het sociaal statuut der zelfstandigen ingestelde onweerlegbaar vermeden dat door het Grondwettelijk Hof enkel noodzakelijk werd geacht ten aanzien van de mandatarissen die vanuit het buitenland vennootschappen met zetel in België beheren.

⁴⁰ Corr. Brussel, 23 november 2009, S.K. 2010, 543. Opm. : in de door de rechtbank onderzochte zaak werd de vergissing begaan door de aangestelde van de strafinrichting.

⁴¹ E.H.R.M. 28 oktober 2003; vgl. eveneens E.H.R.M. 25 januari 2000, *MIRAGALL ESCOLANO t/ Spanje*; E.H.R.M. 26 oktober 2000, *LEONI/Italië*, r.o. 23; E.H.R.M. 11 januari 2001, *PLATAKOU/Griekenland*, r.o. 39; E.H.R.M. 6 december 2001, *YAGTZILAR t/ Griekenland* en E.H.R.M. 20 juli 2004, *BULENA/Republiek Tsjechië*. Zie verder over deze problematiek S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant 2001, blz. 256.

Zoals men weet heeft het Duits model van het vereiste van evenredigheid ruime weerklank gevonden in verschillende Europese landen.

In de Common Law landen treft men verschillende varianten aan van het beginsel die hier eveneens kort aandacht verdienen.

De rechtspraak van de Verenigde Staten kent de aanverwante begrippen “*balancing*” en “*strict scrutiny*”. Deze rechtsbeginselen werden evenwel in een ander perspectief in het rechtsverkeer gebracht. De *strict scrutiny* standaard werd aldus aanvankelijk eerder gezien als een beschermingsmechanisme van het algemeen belang waar dit in conflict komt met grondwettelijk gewaarborgde rechten en vrijheden.

In Groot-Brittannië hanteert de rechtspraak het redelijkheidsbeginsel⁴² of “*principle of reasonableness*”, dat hier aangewend wordt om de bevoegdheid van de overheid te beperken.

Dit aan het evenredigheidsbeginsel aanverwante redelijkheidsbeginsel treft men vanzelfsprekend ook aan in ons nationaal recht waar het aanzien wordt als een beginsel van behoorlijk bestuur, zoals o.m. blijkt uit de rechtspraak van de Raad van State⁴³.

De grondgedachte is hier eveneens dat een maatregel geen onredelijke gevolgen⁴⁴ mag hebben die buiten verhouding staan tot wat van de maatregel kon verwacht worden⁴⁵. Een bestuurshandeling kan weliswaar onredelijk zijn, zonder nochtans disproportioneel bezwaard te zijn voor een ander belang.

Het redelijkheidsbeginsel laat de rechter o.m. toe, via een marginale toetsing, te controleren of de beslissing die het bestuur nam in het raam van haar discretionaire bevoegdheid, naar redelijkheid verantwoord is, in overweging genomen de feiten die ter beoordeling stonden⁴⁶.

Het vereiste van redelijkheid maakt het verder ook mogelijk vast te stellen of de maatregel die een belangen aantasting inhoudt een redelijk middel is om het beoogde doel te bereiken.

⁴² Zie O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Brussel, Bruylant, 1997.

⁴³ Zie P.-Y. MONETTE, "Le principe du raisonnable dans l'action administrative", C.D.P.K. 2001, 252 ; M. BOES, « Het redelijkheidsbeginsel, » in L. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (ed.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, blz. 175.

⁴⁴ In de jurisprudentie en doctrine is vaak sprake van “*kennelijke*” onredelijkheid.

⁴⁵ Vgl. Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N.

⁴⁶ Vgl. Cass. 13 februari 2009, F.06.0107.N, waaruit de volgende overweging "...zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur in redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een sanctie van zodanige omvang, ook in gevallen waar het bestuur terzake over geen enkele matigingsbevoegdheid beschikt"; Cass. 12 november 2010, F.09.0146.N. In een arrest van 12 november 2011 (F.007.0076.N) oordeelde het Hof van Cassatie aldus nog dat "bij de beoordeling van de redelijke termijn bij een rechtspleging strekkende tot het opleggen of beoordelen van belastingsverhoging wordt in regel rekening gehouden met het gedrag van de administratie en ook met het gedrag van de belastingsplichtige die zelf op onredelijke wijze de behandeling van het geschil heeft vertraagd". Het Arbeidshof van Gent betreft het redelijkheidsbeginsel als volgt in zijn overwegingen : "Gelet op de discretionaire bevoegdheid van de Bijzondere Bijstandsc commissie, kan de bestreden beslissing enkel worden vernietigd indien ze kennelijk onredelijk is of onwettig is tot stand gekomen". (Arbh. Gent (afdeling Brugge) 11 februari 2008, S.K. 2010, blz. 435).

In de administratieve rechtspraak⁴⁷, maar ook in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof⁴⁸ en de Hoven en Rechtbanken wordt herhaaldelijk naar het redelijkheidsbeginsel verwezen⁴⁹.

Zulks was o.m. het geval toen de arbeidsrechtbank van Charleroi de verplichting tot werkbereidheid die opgelegd wordt aan de leefloonaanvrager door artikel 3, 5° van de leefloonwet van 26 mei 2002 diende te beoordelen⁵⁰ of toen het Arbeidshof van Mons de mogelijkheid beoordeelde die voorzien is in artikel 4 van deze zelfde leefloonwet, een aanvrager te verwijzen naar zijn onderhoudsplichtigen⁵¹.

Het evenredigheidsbeginsel speelt eveneens een rol bij de toepassing van de leer van de *redelijke termijn* en van de *redelijke privacyverwachting*⁵².

Het Hof van Cassatie zou het redelijkheidsbeginsel zelfs met betrekking tot de voor het standpunt van de rechter vermelde redenen in overweging nemen⁵³.

In vele gevallen zal nochtans blijken dat het redelijkheidsbeginsel evengoed met het evenredigheidsbeginsel kon worden aangeduid.

* *
*

⁴⁷ Vgl. P. LEWALLE, L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, blz 1078 e.v. die talrijke beslissingen aanhalen waarin werd geoordeeld dat een overheidsbeslissing « manifest onredelijk » was. In een arrest van 12 juli 2007 (nr. 101/2007) geeft het Grondwettelijk Hof eveneens aan dat het de administratieve en justitiële rechter toekomt te beoordelen of de minister, door de afstand van de terugvordering van onterecht betaalde uitkeringen te beperken tot het geval van overmacht, een maatregel genomen heeft die *redelijk verantwoord* is door de specifieke aard van de sociale uitkeringen.

⁴⁸ In een arrest van 15 juni 2002 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het *niet kennelijk onredelijk* is dat in afwachting dat de regularisatieprocedure van illegaal op het grondgebied verblijvende vreemdelingen wordt afgesloten of in afwachting dat over hun aanvraag op grond van artikel 9, derde lid, gunstig is beschikt, de aan de aanvragers gewaarborgde maatschappelijke dienstverlening wordt beperkt overeenkomstig artikel 57, § 2 van de organieke wet van 8 juli 1976 (arrest nr. 89/2002, r.o. 18 en 19). Ook het verschil in behandeling tussen arbeider en bediende noemde het Grondwettelijk Hof "bezwaarlijk objectief en redelijk verantwoord" (Arbitragehof 8 juli 1993, nr. 56/93 en 21 juni 2001, nr. 84/2001; Grondwettelijk Hof 7 juli 2011, nr. 125/2011).

⁴⁹ In de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot boetes met repressief karakter treft men verwijzingen aan naar het redelijkheidsbeginsel in de volgende formulering : "*Het toetsingsrecht van de rechter aan wie gevraagd wordt een...boete te toetsen met repressief karakter, moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de administratieve geldboete onevenredig is met de inbreuk zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete met zodanige omvang*" (vgl. Cass. 8 april 2011, F.10.0033.N).

⁵⁰ Vgl. Arb. Charleroi 17 februari 2004, S.K. 2010, 419.

⁵¹ Arb. Mons 31 augustus 2006, S.K. 2010, 416.

⁵² Zie hierover Cass. 9 september 2008, P.08.0276.N en F. RAEPSAET, "Les attentes raisonnables en matière de vie privée", J.T.T. 2011, blz 145 e.v.

⁵³ Vgl. Cass. 31 januari 1997, C94015N : "*De rechter in kortgeding, mits hij niet onredelijk rechtsnormen betreft of weigert te betrekken in zijn redenering, stelt op onaantastbare wijze vast of op grond van zijn aanvankelijke beoordeling een ogenschijnlijk onrechtmatige stoornis bestaat die een maatregel kan wettigen. De voorlopige beoordeling van de appelrechter dat de werknemers een volgens maatschappelijk recht hebben te staken, is niet onredelijk*".

3. Toepassingen in de nationale en internationale rechtspraak

Enkele voorbeelden uit de nationale en internationale rechtspraak zullen een duidelijker beeld geven van de quasi tentaculaire verspreiding die het concept van de evenredigheid heeft gekend en van de waarborgfunctie die het alsmear meer gaat vervullen in onze rechtsstaat en meer in het bijzonder in het domein van het sociaal recht.

a. Administratieve sancties en uitsluiting van het recht op uitkeringen in de sociale zekerheid⁵⁴

Een eerste reeks gevallen waarin aan het proportionaliteitsvereiste in de rechtspraak aandacht wordt besteed, treft men aan wanneer betwistingen rijzen met betrekking tot de toepassing van sanctionerende bepalingen.

Een voorbeeld hiervan is een vonnis van de arbeidsrechtbank van Luik dat, naar aanleiding van de toepassing van artikel 780 bis van het Ger. W., waar bepaald is dat de partij die de rechtspleging aanwendt voor kennelijk verdragende en onrechtmatige doeleinden kan veroordeeld worden tot een geldboete, partijen uitnodigt standpunt te nemen nopens het bedrag en de *proportionaliteit* van die boete in functie van de zwaarwichtigheid van de feiten⁵⁵.

Sanctie- en uitsluitingsbeslissingen die genomen worden door het bestuur in het domein van het socialezekerheidsrecht bieden de betrokkenen de mogelijkheid zich te wenden tot een rechterlijke instantie.

Deze laatste dient te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zij moet m.a.w. beschikken over volle rechtsmacht, wat dan weer inhoudt dat zij de mogelijkheid moet hebben de evenredigheid tussen enerzijds de sanctie en anderzijds het gewicht van de sanctie en de doelstelling van de sanctie te beoordelen, zoals het bestuur dit kan doen⁵⁶.

Anderzijds wordt sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 2 februari 1998⁵⁷ met betrekking tot de controle op administratieve sancties in de sociale zekerheid, in de rechtspraak steevast voorgestaan

⁵⁴ Zie hierover o.m. J. PUT, *Administratieve sancties in het sociale zekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1998; id., "Scheiding der machten en de macht van de rechter ten aanzien van sanctiebeslissingen van de R.V.A., Soc. Kron., 1998, blz. 157 e.v.; P. GOSSERIES, "La saisine du juge en matière de chômage et la distinction entre une sanction administrative et une mesure administrative, J.T.T. 1999, blz 483 e.v.; A. SIMON, "Les sanctions dans la réglementation du chômage", J.T. 1999, blz. 105 e.v.; M. DELANGE, "Les mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des sanctions administratives", S.K. 2002, blz. 474 e.v.; J. PUT, "De afbakening van het sanctieconcept. Uitsluiting wegens vrijwillige werkloosheid: maatregel, sanctie of straf?", N.J.W., 2002, blz. 80 e.v.; G. LADRIERE en D. HAUTIER, "Quelques réflexions au sujet de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la réglementation du chômage", J.T.T. 2005, blz. 441 e.v.; R. ANDERSEN, D. DEOM, D. RENDERS (ed.), *Les sanctions administratives*, Brussel, Bruylant, 2007.

⁵⁵ Arb. Luik 19 mei 2011, A.R. 391.470.

⁵⁶ E.H.R.M. 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere (uitspraak in het domein van het tuchtrecht) en E.H.R.M. 1 februari 1983, Albert en Le Compte (id); Cass. 24 januari 2002, C000307N en C000599N (uitspraak m.b.t. sancties met repressief karakter).

⁵⁷ S970099N; Zie ook Cass. 15 maart 1999, S980012F en Cass. 10 mei 2004, S0200767. Zie wat betreft het fiscaal recht, de arresten van 22 januari 1998 en 24 januari 2004 en wat betreft de toepassing van de geldboeten in het raam van de wet op de toegang tot het grondgebied van vreemdelingen, Cass. 16 februari 2006, C04009N

dat de rechter een toetsing met volle rechtsmacht uitoefent, daar waar zekere rechtspraak voordien de arbeidsrechter slechts een mogelijkheid tot marginale toetsing van de sanctiemaat erkende of m.a.w. een toetsing op haar kennelijke onredelijkheid.

Zeer talrijk zijn dan ook de uitspraken geworden waar in de verschillende deelgebieden van de sociale zekerheid⁵⁸, in geval van onevenredigheid tussen de inbreuk en de sanctionerende beslissing, de rechter de sanctiemaat zal reduceren tot redelijke proporties.

Het komt de overheid overigens toe in zijn beslissing aan te geven waarin de sanctie doet blijken van een evenredige afweging.

Een van de elementen, zo niet het belangrijkste element, waarmee de rechtspraak rekening zal houden bij de beoordeling van het gewicht van administratieve sancties of beslissingen van tijdelijke uitsluiting van het recht op sociale uitkeringen, is vanzelfsprekend de zwaarte van de inbreuk⁵⁹.

Er bestaat eensgezindheid over, of het nu gaat om een straf⁶⁰, een tuchtstraf⁶¹, een administratieve sanctie met repressief karakter of een maatregel met sanctionerend effect die dit repressief karakter niet heeft, dat er geen onevenwichtige verhouding hoort te zijn tussen de sanctie en de zwaarwichtigheid van de tekortkoming.

Met betrekking tot de beslissingen van uitsluiting die de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening neemt op grond van artikel 52 bis van het werkloosheidsbesluit van 25 november 1991, werd dienaangaande geoordeeld dat de Rijksdienst bij de toepassing van het vereiste van evenredigheid geen rekening dient te houden met de gezinssituatie van de werkloze maar enkel met de zwaarwichtigheid van de inbreuk die vastgesteld werd⁶².

De verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel als verantwoording voor de verlichting van een sanctie of uitsluiting is, zoals uit vele uitspraken blijkt, niettemin vaak ontgaan van uitvoerige toelichting.

De rechter kan een administratieve sanctie of uitsluiting nochtans niet herleiden op grond van een loutere subjectieve beoordeling van wat hem redelijk voorkomt en zonder aan te geven waarin de onevenredigheid gelegen is⁶³.

⁵⁸ Vgl. bevb. wat de Z.I.V. regeling betreft, P. KALLAI en M. PALUMBO, "Les sanctions administratives applicables aux bénéficiaires du régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnité", J.L.M.B., 2009, blz. 1914.

⁵⁹ Zie hierover P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2002, blz. 907.

⁶⁰ Opm. : het Hof van Cassatie is van oordeel dat het beginsel van evenredigheid geen algemeen rechtsbeginsel is in het Belgisch strafrecht (Cass. 16 november 1994, A.C., 1994, 964) alhoewel het in andere arresten impliciet het tegenovergestelde laat verstaan (vgl. Cass. 27 september 2005, P.05.0371.N). Er weze eveneens de aandacht op gevestigd dat artikel 49 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie inmiddels bevestigde dat de zwaarte van de straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

⁶¹ Ook in tuchtzaken is het beginsel van evenredigheid geen algemeen rechtsbeginsel, naar oordeel van het Hof van Cassatie (Cass. 19 november 1993, A.C. 1993, 968). Zulks belette de Raad van State nochtans niet het beginsel herhaaldelijk toe te passen in tuchtzaken (vgl. o.m. R. v. St. nr. 39.230, 27 april 1992, Fiore en Philippe). Ook het Grondwettelijk Hof was van oordeel dat de tuchtverheid bij het opleggen een tuchtstraf het *algemeen rechtsbeginsel* van evenredigheid van de tuchtstraf dient toe te passen, wat inhoudt dat de straf in redelijke verhouding moet staan tot het tuchtvergriep (vgl. Grondwettelijk Hof nr. 169/2008, 27 november 2008, ro. B.7).

⁶² Arbh. Brussel, 8e k., 5 december 2007, A.R., 5 december 2007.

⁶³ Vgl. Cass. 13 februari 2009, C.07.0507.N

In een arrest van uw Hof van 26 oktober 2006, leest men : *“Inzake, rekening houdend met het feit dat het gaat om een eerste sanctie, oordeelt het Hof, mede rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel, dat het redelijk is de sanctie te herleiden van 6 tot 3 weken”*⁶⁴.

Dat het gaat om een eerste inbreuk zegt nochtans niets over de zwaarwichtigheid van de inbreuk⁶⁵.

Dergelijke uitspraken leiden dan ook meteen tot de vaststelling, die overigens eigen is aan de toepassing van algemene rechtsbeginselen⁶⁶, dat het vereiste van evenredigheid in haar uitwerking en concrete juridische toepassing onvoorspelbaar kan zijn en bijgevolg hierdoor een factor van onzekerheid dreigt te worden.

De ruime interpretatieruimte waarover de rechter beschikt, heeft nochtans als tegenhanger het recht op zekerheid van de rechtszoekenden.

Hun legitieme verwachting is dan ook in de eerste plaats dat de rechter zijn beslissing met de grootste zorg zal motiveren.

Er weze in dat verband aan herinnerd dat het Hof van Cassatie kan nagaan of de rechter uit de feiten en omstandigheden die hij vaststelt geen gevolgen trekt die daarmee geen verband houden⁶⁷. Het Hof heeft trouwens reeds in verschillende arresten beslist dat de rechter uit de gegevens die hij aanhaalt niet wettig heeft kunnen oordelen dat de opgelegde geldboete onevenredig is met de gepleegde inbreuken⁶⁸.

Uit de rechtspraak treedt verder naar voren dat het onderscheid dat gemaakt wordt tussen administratieve sancties met strafkarakter en (burgerlijke) administratieve sancties⁶⁹, beslissend kan zijn voor de reikwijdte van de proportionaliteitstoets, waar in het laatste geval doorgaans voorgestaan wordt dat geen integrale evenredigheidsafweging⁷⁰ kan plaats vinden.

⁶⁴ Arbh. Brussel, 8e k., 26 oktober 2006, A.R. nr. 45.501. Vgl. eveneens Arbh. Brussel (8^e k.) 5 december 2007 waarin losjes gesteld wordt dat de evenredigheid in de aan het Hof voorgelegde zaak wel voorhanden is.

⁶⁵ In die zin R.v.St. Schellens nr. 146.474, 23 juni 2005; M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (ed.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, blz. 189.

⁶⁶ Zie hierover, B. VAN DEN BERGH, "Recht zkt zekerheid" voor vaste relatie", R.W. 2010-2011, blz. 351.

⁶⁷ Vgl. Cass. 11 maart 2011, F.10.0020.N.

⁶⁸ Vgl. Cass. 11 maart 2011, F.10.0020.N; Cass. 11 maart 2011, F.10.0069.N; Cass. 8 april 2011, F.10.0033.N;

⁶⁹ Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens houdt ter beoordeling van de vraag of een administratieve sanctie als straf kan worden gekwalificeerd, rekening met de internrechtelijke kwalificatie en hiernaast met de aard van het strafbare feit en met de aard en de zwaarwichtigheid van de sanctie. Zie hierover verder S. VAN DROOGHNBROECK, « De vraies sanctions administratives ou des sanctions pénales camouflées. Réflexions à propos de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », Rev. Dr. Ulg., 2005, blz. 467 e.v.

⁷⁰ In de rechtsleer werd er terecht op gewezen dat de rechter ook een proportionaliteitstoets kan toepassen, zonder de moeilijke vraag naar het strafkarakter van de sanctie te moeten oplossen, door m.n. beroep te doen op artikel 1 van het eerste protocol bij het E.V.R.M. (dat toepasselijk is op sociale zekerheidsprestaties), welke bepaling veronderstelt dat er een redelijke band van proportionaliteit bestaat tussen het nagestreefde doel en de in werking gestelde middelen indien een Staat gebruik maakt van de mogelijkheid die artikel 1, 2e alinea haar biedt die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang. Vgl. G.-F. RANERI, l.c., blz. 204 die verwijst naar het arrest Mamidakis t/ Griekenland van 11 januari 2007 van het E.H.R.M. Het middel werd o.m. voorgesteld in

Van stabiliteit in de rechtspraak schijnt hier evenwel nog geen sprake te zijn.

Men is het er nochtans kennelijk over eens dat sancties waaraan geen repressief karakter kan toegeschreven worden in de zin van het E.V.R.M., maar die de bestemming ervan niettemin treffen in zijn vermogen, slechts het voorwerp kunnen uitmaken van een juiste afweging door de rechter wanneer de overheid die mogelijkheid eveneens bezit⁷¹.

De rechtspraak ziet er daarentegen tegen op een evenredigheidsbeoordeling toe te passen in situaties waar het bestuur die bevoegdheid niet toekomt⁷².

Administratieve sancties kunnen verschillende kwalificaties krijgen. In een arrest van 18 februari 2002⁷³ noemt het Hof van Cassatie de uitsluiting van de werknemer die werkloos wordt tengevolge van een ontslag dat het redelijk gevolg is van zijn foutieve houding, bedoeld in artikel 52 § 1, 2° van het werkloosheidsbesluit, *een maatregel* die genomen wordt ten aanzien van een werknemer die aan de voorwaarden van toekenning van werkloosheidsuitkeringen niet voldoet⁷⁴.

Met betrekking tot andere sancties heeft de rechtspraak het over *herstelmaatregelen met burgerrechtelijk karakter*⁷⁵ of over administratieve sancties met repressief karakter. Bij sommige van deze laatste gaat het om bepalingen die ook aanleiding kunnen geven tot strafvervolging naast de administratiefrechtelijke beteugeling⁷⁶, bij anderen dan weer niet.

Het is echter duidelijk gebleken dat hier opnieuw nogal wat meningsverschillen bestaan aangaande de kwalificatie die deze of gene administratieve sanctie dient te krijgen⁷⁷.

een bij uw Hof aanhangig gemaakte zaak die betrekking had op de sancties die volgens de toen geldende rechtsregels opgelegd werden aan kinesitherapeuten wanneer zij hun verstrekkingenregister niet bijhouden zoals voorgeschreven door de Koning. Uw Hof zou toen evenwel oordeelkundig beslissen dat geen afbreuk wordt gedaan aan het vereiste van juiste verhouding daar waar de reglementering de mogelijkheid voorzag een straf met uitstel op te leggen of zelfs een verwittiging te geven (Arbh. Brussel, 8^e k., 4 mei 2006, A.R. 35.370; Arbh. Brussel, 8^e k., 1 juni 2006, A.R. 35.371).

⁷¹ Vgl. bevb. art. 51 tot 53 bis van het werkloosheidsbesluit.

⁷² Vgl. Arbh. Antwerpen 9 maart 2006, S. Kron. 2008, 529; Arbh. Mons 31 augustus 2006, J.L.M.B. 2007, 1048; Arbh. Luik (afdeling Namen) 22 juni 2010, A.R. 8825/09.

⁷³ S010138N.

⁷⁴ Vgl. in dezelfde zin een arrest van de 8e k. van uw Hof van 20 mei 2010 (A.R. nr. 2008/AB/51471) met betrekking tot de toepassing van artikel 59 quinquies van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991. Uit deze kwalificatie maakte uw Hof op dat de regelgever wettig kon oordelen dat de duur van de uitsluiting niet kan gemoduleerd worden; zie ook Arbh. Mons 19 mei 2010, A.R. nr. 21.109.

⁷⁵ Zie hierover S. VAN DROOGHENBROECK, « Entre bénévolance et incertitudes ; y a-t-il un juge pour dire clairement le droit des sanctions administratives ? » in R. ANDERSEN, D. DEOM, D. RENDERS (dir.), *Les sanctions administratives*, Bussel, Bruylant, 2007, blz. 262 e.v. ; G.-F. RANERI, "Sanction, qualifications et régimes juridiques, A propos de la majoration due à l' O.N.S.S.", J.T.T. 2008, blz. 201.

⁷⁶ Met betrekking tot dergelijke geldboeten was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat de wet van 30 juni 1971 de artikelen 10 en 11 van de grondwet schendt, doordat zij de personen die voor de arbeidsrechter het beroep instellen waarin artikel 8 van die wet voorziet, niet de mogelijkheid biedt een verlaging van de boete tot onder de wettelijke minima te genieten wanneer zij, voor eenzelfde misdrijf, voor de correctionele rechtbank de toepassing van artikel 85 van het strafwetboek kunnen genieten (Arbitragehof nr 40/97 van 14 juli 1997).

De gevolgen van voormeld onderscheid zijn nochtans niet zonder belang zoals nogmaals kan blijken uit een arrest van het Hof van Cassatie van 19 november 2007⁷⁸.

In de aan het Hof voorgelegde zaak werd een bouwheer, die beroep deed op een niet geregistreerd aannemer, door de Rijksdienst voor sociale zekerheid aangesproken als hoofdelijk aansprakelijke voor de betaling van de door deze laatste nog verschuldigde sociale bijdragen ten belope van 50 % van het werk in toepassing van artikel 30 bis van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders en tot betaling als sanctie van de bijslag die voorzien was in artikel 30 bis, § 3, 3e alinea van deze wet, zoals deze bepaling van toepassing was tot 1 januari 1999.

Het Arbeidshof van Luik was niet ingegaan op het verzoek van de bouwheer, de sanctie te moduleren op grond van het beginsel van proportionaliteit geldend met betrekking tot strafbepalingen, omdat het in ogen van het Hof gaat om de toepassing van een regel van burgerlijk recht.

Het Hof van Cassatie bevestigde dit arrest, oordelend dat de verhoging vermeld in artikel 30bis, § 3, 3^e alinea, van de wet van 27 juni 1969 inderdaad geen straf is maar een forfaitaire herstelvergoeding in het algemeen belang, ter compensatie van de aantasting van de financiering van de sociale zekerheid en dat die vergoeding een civiel karakter heeft⁷⁹.

Het hoeft hier niet meer herhaald te worden dat op sancties met repressief karakter, de algemene principes van het strafrecht toepasselijk zijn en o.m. het principe van de *lex mitior*, *het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van de strafwet*, *het non bis in idem* beginsel en de mogelijkheid de straf te moduleren in functie van de zwaarwichtigheid van de inbreuk.

Dienaangaande preciseerde het Hof van Cassatie weliswaar dat wanneer een maatregel het karakter van een strafrechtelijke sanctie heeft in de zin van artikel 7.1 van het E.V.R.M., dit enkel meebrengt dat de waarborgen van de bepalingen van dit Verdrag moeten in acht genomen worden, maar niet tot gevolg heeft dat die maatregelen van strafrechtelijke aard zijn in de zin van het Belgisch Strafwetboek zodat de algemene bepalingen van het Belgisch strafrecht en strafprocesrecht er op toepassing zouden moeten vinden⁸⁰.

In verschillende arresten heeft het Hof van Cassatie ook bevestigd dat indien het de rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van

⁷⁷ Vgl. wat betreft de toepassing van artikel 30 bis, § 3, derde lid van de wet van 27 juni 1969, zoals dat artikel van toepassing was tot 1 januari 1999 : Grondwettelijk Hof arrest nr. 86/2007 van 20 juni 2007 en Cass. 19 november 2007, S.06.0075.F en wat betreft de toepassing van artikel 59 quinquies van het Koninklijk Besluit van 25 november 1991, Arbh. Brussel 20 mei 2010, A.R. 2008/AB/51471 en Arbh. Luik (afdeling Namen), 22 juni 2010, A.R. 8825/09.

⁷⁸ Cass. 19 november 2007, J.T.T. 2008, blz. 210.

⁷⁹ Anders dan het Hof van Cassatie was het Grondwettelijk Hof van oordeel dat deze bepaling een overwegend repressief karakter heeft (Grondwettelijk Hof 20 juni 2007, nr. 86/2007, J.T.T. 2005, blz. 205).

⁸⁰ Cass. 29 maart 2010, C.08.0600.N. Met betrekking tot de veroordeling van de werkgever tot betaling aan de Rijksdienst voor Sociale zekerheid van een vergoeding gelijk aan het drievoud van de ontdoken bijdragen die met toepassing van artikel 35 vierde lid oud van de R.S.Z. wet ambtshalve wordt opgelegd bij niet onderwerping van één of meer personen, was het Hof van Cassatie anderzijds van mening dat aangezien deze vergoeding het karakter heeft van een strafrechtelijke sanctie in de zin van artikel 7.1 E.V.R.M., zij onder de veroordelingen valt waarvan de uitspraak overeenkomstig de artikelen 3 tot 6 en 18 bis van de probatiewet kan worden opgeschort (Cass. 12 september 2007, P.07.0373.F).

artikel 6 E.V.R.M., toegelaten is na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk zodat hij ook kan onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang, hij hierbij evenwel moet in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie⁸¹.

De omvang van de rechterlijke controle op de proportionaliteit van administratieve sancties met repressief karakter in de zin van art. 6 E.V.R.M. werd bij verschillende gelegenheden verduidelijkt door het Hof van Cassatie en o.m. in een recent arrest van 13 februari 2009⁸² in het domein van het fiscaal recht, nogmaals als volgt samengevat :

“De rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van artikel 6 E.V.R.M., moet de wettigheid van die sanctie onderzoeken en mag in het bijzonder nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van algemene rechtsbeginselen.

Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de sanctie niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur in redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een belastingsverhoging van zodanige omvang.

De rechter mag hierbij in het bijzonder acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van de reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar hij moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie.

Dit toetsingsrecht houdt evenwel niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, sancties kan kwijtschelden of verminderen”⁸³.

Onlangs oordeelde het Arbeidshof van Luik evenwel met betrekking tot de maatregelen van opvolging door de directeur van het werkloosheidsbureau van het actief zoekgedrag naar werk van de volledig werkloze, dat de rechter bij de beoordeling van de sancties die opgelegd worden in toepassing van artikel 59 quinquies van het werkloosheidsbesluit, kan onderzoeken of de sanctie in verhouding staat tot de ernst van de feiten en desnoods onder de reglementair voorziene minimumsanctie kan gaan nu deze sancties een strafkarakter hebben in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ook al beschikt het bestuur niet over diezelfde bevoegdheid⁸⁴.

Dit arrest is opvallend omwille van de gevolgen die het Arbeidshof verbindt aan de kwalificatie van de sanctie als strafsanctie. Het valt echter af te wachten of het Hof van Cassatie deze interpretatie in de toekomst zal bijvallen, zowel wat de kwalificatie van de sanctie betreft als wat betreft de gevolgen die het Hof hieraan verbindt.

⁸¹ Vgl. Cass. 8 april 2011, F.10.0033.N; Cass. 13 februari 2009, F.06.0107.N; Cass. 16 februari 2007, F060032N.

⁸² F.06.0107.N; zie ook van dezelfde datum, de zaken C.07.0507.N, F.06.0106.N en F.06.0108.N; In dezelfde zin : Cass. 12 december 2008, F.06.0111.N; Cass. 16 februari 2007, C.04.0390.N, id., F.06.0032.N, id.F.05.0015.N; Cass. 21 januari 2005, C.02.0572.N.

⁸³ Vgl. D. NORE & F. SMET, "Administratieve geldboeten. Hof van Cassatie verduidelijkt de evenredigheidstoetsing", Fiscoloog 2009, afl. 1156, 4-6.

⁸⁴ Arbh. Luik (Namen) 17 november 2009 en 22 juni 2010, A.R. 8825/09. In dezelfde zin wat de kwalificatie van de sanctie betreft, J.F. NEVEN en E. DERMINE, "Le contrôle de l'obligation pour les chômeurs de rechercher activement un emploi", in Actualités de droit social, CUP, nr. 116, blz. 132.

b. Het vereiste van evenredigheid in de administratieve rechtspraak

Het zou ons in het verband van deze bijdrage te ver voeren om op uitgebreide wijze in te gaan op de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de administratieve rechtspraak⁸⁵.

Op zijn minst kan hier niettemin vermeld worden dat de gevallen waarin het evenredigheidsvereiste geschonden werd geacht in het domein van het administratief recht, aanvankelijk zeldzamer waren omdat de Raad van State zich op het standpunt plaatste dat hij de beoordeling van de feiten door de overheid niet kan overdoen.

De Raad van State zou er evenwel ook toe komen een oordeel, een beslissing of een maatregel voor onwettig te aanzien wanneer hij tegen alle redelijkheid ingaat of m.a.w. wanneer er een kennelijke wanverhouding bestaat t.o.v. de feiten⁸⁶ en dienvolgens bevestigen dat het evenredigheidsbeginsel inherent is aan elke bevoegdheidsuitoefening⁸⁷.

Met zijn arrest van 19 februari 1980 heeft de Raad van State aldus voor het eerst een tuchtsanctie vernietigd omdat ze disproportioneel was t.a.v. de sanctioneerbare gedraging⁸⁸.

Dit administratief rechtscollege verwoordt zijn beoordelingsbevoegdheid in tuchtzaken in dat opzicht doorgaans als volgt : *"In zoverre de verzoeker een schending aanvoert van het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, dient te worden opgemerkt dat het de Raad van State in de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht niet toekomt om zijn oordeel over de gepastheid van een bepaalde tuchtstraf in de plaats te stellen van het oordeel van de bevoegde tuchtoverheid. De Raad van State kan enkel nagaan of die overheid de grenzen van de wettigheid niet te buiten is gegaan. Aldus kan hij nagaan of de overheid in redelijkheid tot haar oordeel is kunnen komen en, meer bepaald, of zij geen sanctie heeft opgelegd die in kennelijke wanverhouding staat tot de feiten"*.⁸⁹

Het vermelden waard is hier ook dat met de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen van 29 juli 1991 een veralgemeende uitdrukkelijke of formele motiveringsplicht van de bestuurshandelingen van de overheid werd ingevoerd, waar in de wetgeving bepaald is dat de

⁸⁵ Zie o.m. D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1986, blz. 55 e.v.; id. , "L'évolution du contrôle des actes administratifs par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986", A.P.T., 1987, blz. 234 e.v.; P. LEWALLE, "Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge", rapport du colloque organisé par les barreaux de Lyon et de Liège le 24 novembre 1994, A.P.T., 1995, blz. 53 e.v.; J. SALMON, "Les progrès du contrôle juridictionnel en matière de sanctions disciplinaires", A.P.T., 1984, blz. 109 e.v.; P. LEWALLE, L. DONNAY, *Contentieux Administratif*, Brussel, Larcier, 2008, blz. 1078 e.v.

⁸⁶ R.v.St. Massant, nr. 40.179, 27 augustus 1992.

⁸⁷ Vgl. o.m. R.v.St. Nr. 206.647 van 15 juli 2010, VZW Federatie van Transporteurs door middel van pipeline (FETRAPI)/Vlaams Gewest. De Raad van State maakte de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof tot de zijne volgens welke het evenredigheidsbeginsel inhoudt dat geen enkele overheid bij het voeren van het beleid dat haar is toevertrouwd, zonder dat daarom een minimum aan redelijke gronden voorhanden is, zo verregaande maatregelen mag treffen dat een andere overheid het buitenmate moeilijk krijgt om het beleid dat haar is toevertrouwd doelmatig te voeren (R.v. St. nr. 158.547 van 9 mei 2006, VZW Airline operators Committee/Luc Geens/Brussels hoofdstedelijke Gewest).

⁸⁸ R. v. St. 19 februari 1980, Decock t/ stad Kortrijk, nr 20.116.

⁸⁹ R. v. St. nr. 193.389 van 18 mei 2009, Dubuy/Belgische Staat.

bestuurshandelingen uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd en dat die motivering afdoende moet zijn.

Dit veronderstelt o.m. zoals men weet, dat de motivering juist moet zijn, consistent, duidelijk, nuttig, nauwkeurig, concreet en volledig.

In de opinie van de Raad van State betekent afdoende motivering verder dat de omvang van de motivering afhangt van het belang, de aard en het voorwerp van de beslissing en van het belang dat aan de motivering wordt gehecht⁹⁰.

Het is een algemeen gehuldigde opvatting dat om uit te maken of een overheidsbeslissing afdoende⁹¹ gemotiveerd werd, zoals de wetgever voorschrijft, traditioneel twee criteria worden gehanteerd, t.w. het draagkrachtvereiste⁹² en het vereiste van *evenredigheid*.

Dit houdt bijgevolg ook in dat de motivering in rechte en in feite *evenredig moet zijn* aan het gewicht van de genomen beslissing⁹³.

Er dient hierbij wel gepreciseerd te worden dat de belangrijkheid van een bestuurshandeling vanuit het oogpunt van de bestuurde zal beoordeeld worden.⁹⁴

Wanneer het bestuur beschikt over een beoordelingsmarge geldt bovendien als regel dat hoe ruimer die beoordelingsmarge is, hoe strenger de motiveringsplicht wordt opgevat⁹⁵.

De toepassing van het beginsel van evenredigheid veronderstelt uiteraard niet dat minder belangrijke beslissingen slecht gemotiveerd zouden mogen worden⁹⁶.

Meer specifiek in het domein van het sociale zekerheidsrecht zou ook artikel 13 van de wet van 11 april 1995 tot invoering van het handvest van de sociaal verzekerde tenslotte nader bepalen dat de beslissingen tot toekenning van een recht, van een aanvullend recht, van de regularisatie van een

⁹⁰ R.v.St., Vandevelde, nr. 41.428, 18 december 1992; R.v.St., Stad Brugge, nr. 43.556, 30 juni 1993.

⁹¹ Art. 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

⁹² Ter herinnering : de draagkracht van een administratieve beslissing houdt in dat zij deugdelijk is vanuit juridisch, feitelijk en beleidsmatig oogpunt.

⁹³ Verslag namens de Commissie voor de binnenlandse aangelegenheden m.b.t. het Voorstel van wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, Parl. St., Senaat B.Z. 1988, nr. 215/3, 17-18; Hand. Senaat 24 april 1991, 2007, 2009, 2013-2014; Vgl. in die zin o.m. Ah. Mons, 28 oktober 2004, A.R. nr. 14315.

⁹⁴ Vgl. D. CUYPERS, "Beginselen van behoorlijk bestuur en wet motivering administratieve beslissingen in de sociale zekerheid", in *Actuele problemen van het sociaalzekerheidsrecht*, ed. J. VAN STEENBERGE en A. VAN REGENMORTEL, Brugge, Die Keure 1995, blz. 19.

⁹⁵ Cass. 15 februari 1999; P. LEWALLE, *Contentieux Administratif*, Larcier, Brussel, 2002, blz. 161 ; D. CUYPERS, I.c. blz. 19; P. VAN ORSHOVEN, "De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen", R.W. 1991-92, 491; A. VAN MENSEL, "De formele motiveringsplicht. De wet van 29 juli 1991", T.B.P., 1992, 257. Zie voor enkele toepassingsgevallen, J. PUT, o.c., nr. 396, blz. 343; M. DELANGE, "Les mesures d'exclusion en matière de chômage après l'arrêté royal du 29 juin 2000 sur la réforme des asncions administratives", S.K. 2002, 471 e.v.

⁹⁶ D. LAGASSE, "La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : Incidences en droit social, Or. 1993, 68.

recht of tot weigering van sociale prestaties bedoeld in de artikelen 10 en 11, met redenen moeten worden omkleed⁹⁷.

Kort kan hierin herinnering gebracht worden dat aangezien de motivering in rechte en in feite *evenredig* hoort te zijn aan het gewicht van de genomen beslissing⁹⁸, er voor de berekening van een socialezekerheidsuitkering bijvoorbeeld kan volstaan worden met een verwijzing naar de berekeningswijze die opgelegd werd door de wetgever en naar de feitelijke grondslag waarop die wetgeving wordt toegepast⁹⁹.

Voor de vaststelling van het recht op uitkeringen zal een beslissing aldus voldoende gemotiveerd zijn wanneer de feiten die er aan ten grondslag liggen, de juridische norm die werd toegepast en hun correlatie uiteengezet wordt¹⁰⁰.

*c. Evenredigheid in het contentieux van de gelijke behandeling*¹⁰¹

Naast de Grondwet en het E.V.R.M., waarborgen alle mensenrechtenverdragen het non discriminatiebeginsel¹⁰².

Wat het E.V.R.M. betreft volgt uit de Europese rechtspraak dat de toepassing van artikel 14, waar het beginsel is ingeschreven, aan één enkele voorwaarde onderworpen is, m.n. dat de feiten of betwiste maatregelen binnen het bereik liggen van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag. Dit artikel laat derhalve toe een discriminatie te veroordelen van het genot van een recht dat niet geschonden wordt.

Ondertussen kan men uit deze Europese rechtspraak eveneens opmaken dat de bescherming verleend door artikel 14 zich uitstrekt tot het domein van de sociale rechten¹⁰³ en dat artikel 14 horizontale werking heeft¹⁰⁴.

⁹⁷ Zie o.m. S.GILSON, "La motivation des actes administratifs en droit social" in X, *La motivation formelle des actes administratifs*, Brussel, La Charte, 2005; J.-F. NEVEN & S. GILSON, "La motivation des décisions administratives des institutions de sécurité sociale à l'égard des employeurs et des assurés sociaux", *Or. 2009*, afl. 9, 1 e.v., afl. 10, blz. 1 e.v.

⁹⁸ Verslag namens de Commissie voor Binnenlandse aangelegenheden over het voorstel van wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *Parl. St. Senaat B.Z. 1988*, nr. 215/3, 17-18; *Hand. Senaat* 24 april 1991, 2007, 2009 en 2013-2014; *Omzendbrief Vlaamse Gemeenschap*, 18 november 1992, B.S. 5 februari 1993, nr. 2.3; P. LEWALLE, *Contentieux Administratif*, Brussel, Larcier, 2002, blz.161.

⁹⁹ Art. 13, eerste alinea van de wet van 11 april 1995; J. VANDE LANOTTE en E. CEREXHE, *De motiveringsplicht van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1992, 6; J. CLESSE, F. KEFER (dir), *La charte de l'assuré social à la lumière de la jurisprudence*, Questions de droit social, CUP, Anthémis, 2007.

¹⁰⁰ Vgl. o.m. *Arbh. Antwerpen* 8 november 1994, *Info Blad R.I.Z.I.V.* 1995, 2006.

¹⁰¹ Zie o.m. J.H. GERARDS, *Proportionaliteit en gelijke behandeling*, in A.J. NIEUWENHUIS e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiek recht*, Deventer, Kluwer, 2005, blz 79 e.v.

¹⁰² O.m. art. 2 van de Universele verklaring van de rechten van de mens, art. 14 van het E.V.R.M.; art. 26 van het I.V.B.P.R. In november 2000 ondertekende ons land bovendien het Protocol nr. 12 bij het E.V.R.M. dat op 1 april 2005 in werking trad en waarvan de ratificatieprocedure door België aan de gang is. Dit Protocol voorziet in een algemeen discriminatieverbod.

¹⁰³ E.H.R.M. *Gaygusuz/Oostenrijk*, 16 september 1996 en *Koua-Poirrez/Frankrijk*, 30 september 2003.

¹⁰⁴ Zie hierover F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Puf, 2011, blz. 261.

Er zal in de rechtspraak van het E.H.R.M. volgens de gekende formulering eveneens slechts sprake zijn van discriminatie indien geen redelijke of objectieve rechtvaardiging aanwezig is voor het gemaakte onderscheid of verschil, met name wanneer het geen legitiem doel nastreeft en er geen *redelijk en proportioneel verband* bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel¹⁰⁵.

Het Hof zal er zich trouwens op toeleggen de intensiteit van zijn proportionaliteitscontrole te laten variëren in functie van parameters zoals het voorhanden zijn van een "*gemene noemer*" tussen de rechtssystemen van de lidstaten, het doel van de aantasting van het recht en de aard van dit recht¹⁰⁶.

* *
*

In ons recht heeft de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie genomen ter uitvoering van Europese Richtlijnen, een algemeen kader gecreëerd ter bestrijding van discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging¹⁰⁷ taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap en een fysieke of genetische eigenschap of sociale afkomst¹⁰⁸.

Aantonen dat het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel nauw tegen elkaar aanliggen en zeer moeilijk van elkaar te scheiden zijn, vergt weinig of geen illustratie zoals wij hoger reeds zagen.

De relevantie van het vereiste van evenredigheid in het gelijke behandelingsrecht vloeit vanzelfsprekend voort uit de vaststelling dat het zich, afhankelijk van de omstandigheden, kan voordoen dat dient geopteerd te worden voor een verschillende behandeling wanneer een belang dat anders ligt dan het recht op gelijke behandeling, zulks noodzakelijk maakt. In dergelijke situatie dient immers uitgemaakt te worden welk het belang is dat moet prevaleren, wat een identificatie en een afweging veronderstelt van de strijdende belangen en een onderzoek naar het redelijk karakter van de verhouding tussen het effect van de ongelijke behandeling en het doel dat werd nagestreefd.

In dat verband kan tevens vastgesteld worden dat een optreden van de overheid dat rechtmatig en in overeenstemming met de geldende wetgeving lijkt te zijn, niet altijd voor gevolg heeft dat die overheid vrijuit gaat. Dit optreden kan immers een individu of een groep disproportioneel benadelen waardoor de overheid zich bloot stelt aan de verplichting dit op een of andere wijze goed te maken.

Ter illustratie van hoe in de nationale rechtspraak wordt omgegaan met de verhouding tussen evenredigheid en gelijkheid, kan nogmaals naar twee recente arresten van uw Hof verwezen worden.

Op 13 januari 2011 verwierp uw Hof de stelling van de Rijksdienst voor pensioenen die voorhield dat gezinsleden van personen die onder het toepassingsgebied vallen van de Europese Verordening 1408/71, geen aanspraak kunnen maken op de inkomensgarantie voor ouderen in toepassing van de wet van 22 maart 2001, indien zij niet aantonen een persoonlijk recht te hebben (of gehad te hebben) op een Belgische sociale zekerheidsregeling of een sociale zekerheidsregeling van een andere

¹⁰⁵ Vgl. o.m. E.H.R.M. 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandali t./V.K., r.o. 72.

¹⁰⁶ Vgl. E.H.R.M. Rasmussen/Denemarken, 28 november 1984. Zie F. SUDRE, o.c. blz 234.

¹⁰⁷ Grondwettelijk Hof nr. 64/2009 van 2 april 2009.

¹⁰⁸ Het discriminatierecht bevat tal van andere materiële wetsvoorschriften ter bereiking van dit doel.

lidstaat, dan wanneer deze voorwaarde niet geldt voor Belgische onderdanen.

Naar oordeel van uw Hof gaat het hier om een door artikel 6 van het Verdrag van Maastricht verboden verschil in behandeling waarvoor de Rijksdienst geen enkele objectieve reden laat gelden die geen verband houdt met de nationaliteit van de betrokken personen of *die in verhouding zou staan* tot het wettelijk beoogde doel en dit onderscheid kan verantwoord worden¹⁰⁹.

Uw Hof oordeelde eveneens in een arrest van 23 december 2009 dat de sanctie van uitsluiting van het genot van de werkloosheidsuitkeringen gedurende ten minste 26 weken van de werkloze die zich zonder voldoende rechtvaardiging niet aanmeldt bij de bevoegde dienst voor arbeidsbemiddeling en/of beroepsopleiding, zoals deze in artikel 52 bis § 1 van het werkloosheidsbesluit was opgenomen tussen 1 oktober 1992 en 31 juli 2000, dermate *disproportioneel* is, dat zij een discriminatie voor gevolg heeft en bijgevolg door de rechter buiten toepassing dient gelaten te worden op grond van artikel 159 van de grondwet.

Het uitgangspunt van dit arrest ligt opnieuw besloten in de overtuiging dat de sanctie uiterst erge gevolgen kan hebben, waar zij naar gelang de omstandigheden een werkloze en desgevallend zijn gezin voor lange tijd in een toestand van grote precariteit kan doen belanden.

Het stramien van de gedachtegang is andermaal dat de sanctie in het te beoordelen geschil op al te verschillende wijze twee categorieën van werklozen behandelt die nochtans zeer gelijkend zijn, t.w. de onvrijwillige werkloze enerzijds en de werkloze die de reglementering aanziet als werkloos wegens omstandigheden afhankelijk van zijn wil omdat hij niet gedaan heeft wat van hem werd geëist, doch die zich in een situatie bevond waarin die tekortkoming zich laat verklaren door zijn moeilijke levensomstandigheden.

De sanctie zou eveneens twee verschillende categorieën van werklozen op te gelijke wijze behandelen, t.w. de werkloze die bewust weigert in te gaan op een uitnodiging van de dienst voor arbeidsbemiddeling en/of beroepsopleiding en de werkloze die geen gevolg gaf aan dergelijke uitnodiging doch wiens onachtzaamheid dienaangaande zich op afdoende wijze laat verklaren.

In beide vergelijkingen werden de gevolgen *disproportioneel* bevonden¹¹⁰.

Deze uitspraak maakt nog eens duidelijk dat wanneer een rechter zich dient uit te spreken over de verenigbaarheid van een ongelijke behandeling met het gelijkheidsbeginsel en het gerechtvaardigd karakter van dergelijke behandeling ter beoordeling staat, de evenredigheidstoets inherent is aan het rechtsoordeel, wanneer aan deze toetsing althans een ruimere inhoud gegeven wordt dan een loutere eis van consistentie.

Hierbij weze nochtans opgemerkt dat het niet aan de rechter toekomt een bepaling vervat in een wet buiten toepassing te laten, enkel en alleen omdat zij niet in evenredig verband zou staan tot het beoogde doel¹¹¹.

¹⁰⁹ Arbh. Brussel 13 januari 2011, A.R. 2009/AB/52657. Opm. Particulieren kunnen uit het Unierecht rechtstreeks rechten putten. Bovendien kunnen alle gewone rechtscolleges wetten, decreten en ordonnanties toetsen aan internationale verdragen met rechtstreekse werking, behalve wanneer een ingeroepen verdragsbepaling een analoge bescherming vindt in de Grondwet.

¹¹⁰ Arbh. Brussel, 8e. k., 23 december 2009, A.R. 2008/51159.

¹¹¹ Vgl. Arbh. Luik 18 mei 2005, A.R. nr. 31.790/03.

* *
*

In de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof nemen de geschillen die betrekking hebben op een voorgehouden ongelijke behandeling een vooraanstaande plaats in. Het zal trouwens niemand ontgaan zijn dat deze rechtspraak langzamerhand in een stroomversnelling is geraakt.

Wanneer men voor ogen houdt dat de meeste zaken voor het Grondwettelijk Hof betrekking hebben op een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel opgenomen in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, wordt het gemakkelijk te begrijpen welke rechtsbeschermende rol het evenredigheidsbeginsel gaat vervullen in het prejudicieel contentieux van dit Hof¹¹².

De omschrijving van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel door het Hof waarin de band tussen gelijkheid en evenredigheid duidelijk tot uiting komt, is u wel bekend :

“De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling volgens bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel”¹¹³.

Wanneer het Grondwettelijk Hof wetten, decreten en ordonnanties toetst aan het gelijkheidsbeginsel gaat het derhalve stapsgewijze te werk, precies op dezelfde wijze als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat in 1968 dat reeds had gedaan in de bekende Belgische taalzaak¹¹⁴.

De eerste stap is het onderzoek naar de vergelijkbaarheid van de personen of gevallen.

Vervolgens wordt onderzocht of het gemaakte onderscheid objectief en redelijk verantwoord is waarbij die verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de ter beoordeling staande norm. Van de wetgever wordt geëist dat hij een legitiem doel nastreeft terwijl het gehanteerde middel moet kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van dat doel.

Tenslotte moet een redelijk verband van evenredigheid kunnen vastgesteld worden tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Het evenredigheidsbeginsel vindt aldus zijn plaats in het laatste stadium van het toetsingsstramien van het gelijkheidsbeginsel door het Hof.

¹¹² Zie voor een overzicht en commentaar van de uitspraken van het Grondwettelijk Hof in het domein van de sociale zekerheid : R. JANVIER, A. VAN REGENMORTEL en V. VERVLIIET (ed.), *Het Arbitragehof en de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 2003.

¹¹³ Vgl. o.m. Grondwettelijk Hof nr. 23/89 van 13 oktober 1989; nr. 60/2000 van 30 mei 2000; nr. 75/2000 van 21 juni 2000; nr. 71/2000 van 14 juni 2000; Zie ook Cass. 28 juni 2001, F.00024.F en Cass. 25 juni 2007, S.08.0008.N.

¹¹⁴ E.H.R.M. 23 juli 1968.

Sedert het Grondwettelijk Hof rechtstreeks kan toetsen aan alle bepalingen in titel II van de Grondwet die een opsomming van grondrechten bevat, treedt in dat verband nog sterker op de voorgrond hoezeer de toetsing van de wet aan grondrechten een kiese evenwichtsoefening zal worden waarvan de uitkomst finaal wederom draait om een evenredigheidsafweging.

d. Evenredigheid in het (sociaal)strafrecht

Proportionaliteit als maatstaf ter beoordeling van het quantum van de straf

Naast de beginselen van legaliteit en subsidiariteit, vervult het vereiste van evenredigheid uiteraard ook een cruciale rol in het domein van het strafrecht.

Het blijft immers in de eerste plaats nog steeds een essentieel straftoemingscriterium. Een straf mag inderdaad niet onevenredig zijn met het doel dat de straf wil bereiken¹¹⁵.

In zijn voorontwerp van Strafwetboek stelde R. Legros volgend beoordelingscriterium voor met betrekking tot de keuze van de straf door de rechter waarin het vereiste van evenredigheid vervat zit : *"Binnen de perken van de wet kiest de rechter de straf overeenkomstig de objectieve zwaarte van het feit en de subjectieve schuld van de dader en met bijzondere inachtneming van de doeltreffendheid van zijn keuze voor de bescherming van de maatschappij en de waarden die zij erkent, alsmede de mogelijkheden van wederinpassing van de delinquent in de maatschappij en de eerbied voor zijn persoonlijkheid"*.

In de rechtspraak van het Hof van Cassatie luidt het dat de rechter op onaantastbare wijze, binnen de grenzen van de wet en van het E.V.R.M., de straf beoordeelt die hij in verhouding acht tot de zwaarwichtigheid van het bewezen verklaard misdrijf¹¹⁶.

Wat het internationaal recht aangaat, zij er aan herinnerd dat in artikel 49 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie thans bepaald is dat de zwaarte van een straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

* *
*

Het evenredigheidsbeginsel vindt echter niet alleen toepassing in het domein van de straftoemering.

In de wet van 6 juni 2010 tot invoering van het sociaal strafwetboek is aldus ondermeer voorzien¹¹⁷ dat de sociaal inspecteurs bij de uitoefening van de bevoegdheden die de wetgever hen verleent met het oog op het toezicht en de naleving van de sociale wetgeving, er voor moeten zorgen dat de middelen

¹¹⁵ R. LEGROS., Voorontwerp van Strafwetboek, Brussel, Ministerie van Justitie, 1985. In artikel 49 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie is eveneens bepaald dat de zwaarte van een straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

¹¹⁶ Cass. 5 maart 2003, P030010F. Het Hof van Cassatie zou nochtans aangeven dat er in het strafrecht geen algemeen rechtsbeginsel van proportionaliteit bestaat (Cass. 14 januari 2009, P.08.1860.F; Cass. 1 februari 1995, P.95.1545.F).

¹¹⁷ Art. 19.

die zij aanwenden passend en noodzakelijk zijn voor het toezicht op de naleving van de wetten en uitvoeringsbesluiten.

Sociale inspecteurs zullen bijgevolg de nodige voorzichtigheid betrachten wanneer zij gebruik maken van hun onderzoeksbevoegdheden¹¹⁸ en het proportionaliteitsvereiste van zaak tot zaak moeten beoordelen. Er zal steeds moeten nagegaan worden of het zich wel echt opdringt om onaangekondigd een bedrijf binnen te vallen. Wanneer hetzelfde doel immers kan bereikt worden met andere middelen, zal een onaangekondigd bedrijfsbezoek goede zin missen¹¹⁹.

Gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten

In een arrest van 24 juni 2010 verduidelijkte het Hof van Cassatie anderzijds de draagwijdte en het juridisch karakter van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, dat onder meer neergelegd is in artikel 16 van de Grondwet.

Krachtens dit beginsel kan de overheid niet zonder vergoeding lasten opleggen die groter zijn dan die welke een particulier in het gemeenschappelijk belang moet dragen¹²⁰.

Met betrekking tot de schade die toegebracht werd aan het eigendom van een niet in het strafonderzoek betrokken eigenaar, naar aanleiding van een rechtmatig bevolen huiszoeking zonder aanwijzingen dat de huiszoeking op minder schadelijke wijze had kunnen verlopen, oordeelde het Hof van Cassatie dat de onevenredig nadelige gevolgen van een op zich zelf rechtmatige dwangmaatregel op goederen in het raam van een strafrechterlijk onderzoek niet ten laste van de getroffenene behoren te komen, maar dat zij gelijkelijk over de gemeenschap dienen te worden verdeeld.

Schending van grondrechten

Hiernaast geldt ook dat maatregelen die genomen worden in het raam van een strafrechterlijk onderzoek, waardoor inbreuk gemaakt wordt op het recht op eerbiediging van het privé leven¹²¹ en die hierdoor de schending van grondwettelijk beschermde rechten zoals de onschendbaarheid van de woning of het briefgeheim voor gevolg hebben, enkel toegelaten zijn in de gevallen door de wet bepaald en voor zover zij nodig zijn in een democratische samenleving.

Dergelijke schending ook al is zij toegelaten door de wet en geschiedt zij ter verwezenlijking van een van de oogmerken die in artikel 8 (2) van het E.V.R.M. zijn vermeld, moet m.a.w. evenredig zijn met het doel dat betracht wordt¹²².

De wet op het politieambt – gebruik van geweld

¹¹⁸ Zie K. SALOMEZ, "Grenzen aan de bevoegdheden van de sociale inspecteurs", T.S.R., 2006, 478.

¹¹⁹ Parl. St. Kamer, nr. 52 1666/001, 115.

¹²⁰ Cass. 24 juni 2010, C.06.0415.N.

¹²¹ Door de aanwending van bijzondere opsporingsmethoden werd het recht op privacy zeer sterk aangetast, wat een tussenkomen van de wetgever noodzakelijk maakte (wet van 6 januari 2003). Het Hof van Cassatie oordeelde in dat verband dat de toetsing door de Kamer van Inbeschuldigingstelling van vóór de wet van 6 januari 2003 toegepaste bijzondere opsporingsmethodes geschiedt overeenkomstig regelen en beginselen die inhouden dat de bijzondere opsporingsmethoden moeten geschieden met voorafgaandelijke machtiging van de gerechtelijke overheid en onder haar toezicht en dat daarbij wordt voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit (Cass. 10 maart 2009, P.09.0061.N).

¹²² Vgl. E.H.R.M. 25 februari 1993, Funke/Frankrijk.

Terzijde kan hier ook nog in herinnering gebracht worden dat in de wet op het politieambt bepaald is dat elke politieambtenaar bij het vervullen van zijn opdrachten van bestuurlijke of gerechtelijke politie geweld kan gebruiken om een wettig doel na te streven dat niet op een andere wijze kan worden bereikt. Elk gebruik van geweld moet echter redelijk zijn en in verhouding tot het nagestreefde doel.¹²³

De leer van de wettige verdediging

Tenslotte veronderstelt ook de leer van de wettige verdediging dat de afweringsdaad in verhouding staat tot de aanvalsdaad.

e. Evenredigheid in het arbeidsrecht

Niemand zal ontkennen dat het in evenwicht houden van de werkgevers-en werknemersbelangen ook wezenlijk is in het arbeidsrecht.

In dit rechtsdomein moet immers regelmatig aan belangenafweging gedaan worden ten einde disproporties uit de weg te gaan. Zulks behoort inderdaad tot de kern van het arbeidsrecht.

De uitoefening van het *ius variandi*¹²⁴, het bepalen van de opzeggingstermijn van hogere bedienden¹²⁵, het invoeren van motieven voor een ontslag¹²⁶, de uitoefening van het recht om collectieve acties te voeren, de eerbiediging van het recht op privacy en de toepassing van het flexicuriteitsmodel, waar evenwicht zal nagestreefd worden door sociaal overleg¹²⁷, zijn zo vele voorbeelden van situaties waar naar een redelijke verhouding dient gezocht te worden tussen het belang van de werkgever en dit van de werknemers¹²⁸.

Willekeurig ontslag

¹²³ Art. 37 van de wet op het politieambt.

¹²⁴ Vgl. Arbh. Brussel 8 november 2010, J.T.T. 2011, blz. 117. In de rechtsleer werd er op gewezen dat de theorie van het marginale wijzigingsrecht die het daglicht zag in de Belgische arbeidsrechtelijke doctrine en volgens dewelke de verschillende werkingen van de goede trouw de werkgever toelaten marginale en noodzakelijke wijzigingen af te dwingen, voor gevolg had dat evenredigheidsoverwegingen en belangenafwegingen in de lagere rechtspraak aan belang inwinnen. Zie hierover A. VAN BEVER "Goede trouw en belangenafwegingen in het arbeidsrecht. Toepassing op de wijziging van de arbeidsvoorwaarden", T.S.R. 2010, blz. 532.

¹²⁵ Vgl. Arbh. Brussel, 4^e k., 13 april 2010, A.R. 2008/AB/51.577.

¹²⁶ Zie o.m. : W. VAN EECKHOUTTE, "Het belang van de werkgever", T.S.R. 1994, blz. 9 e.v. ; V. VANNES, "Plaidoyer pour le contrôle de proportionnalité entre la conduite fautive du travailleur et le licenciement qui en résulte", in X, *Quelques propos sur la rupture du contrat de travail. Hommage à P. Blondiau, Anthémis, Louvain-la-Neuve, 2008, blz. 459 e.v.* ; V. CANAZZA, "Pacte des générations et discrimination à l'égard d'un travailleur âgé", nota onder Arb. Gent 20 september 2010, S.K. 2011, blz. 93.

¹²⁷ Zie hierover J.-M. MACCOURT, « La flexicurité : panacée européenne à la crise de l'emploi ? », in *Actualités en droit social européen*, Brussel, Larcier, 2010, blz. 111; R. BLANPAIN, "Flexicurity in a Global Economy. We need both also Security", in T. DAVULIS (ed.), *Labour market of 21 st Century. Looking for Flexibility and Security*, Vilnius, Vilnius University, 2011, 19 e.v.

¹²⁸ Uw Hof maakte in een arrest van 2 juni 2008 duidelijk dat een werkgever het evenredigheidsbeginsel niet mag miskennen wanneer hij gebruik maakt van zijn ontslagrecht (4^e k., A.R. 48.308).

In het domein van het arbeidsovereenkomstenrecht werd in dat opzicht onlangs een arrest gewezen door het Hof van Cassatie dat nieuwe wegen opent en waarin men steeds duidelijk merkbaar de onafwendbare invloed van het vereiste van evenredigheid kan ontwaren.

Waar zekere rechtspraak onder de criteria die toelaten het ontslag van een bediende als willekeurig te aanzien, de onredelijke uitoefening van het ontslagrecht en het vereiste van evenredigheid reeds in overweging nam¹²⁹, was het Hof van Cassatie tot voor kort nog de interpretatie van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet genegen die wou dat het ontslag van een werkmán niet willekeurig is wanneer het ingegeven wordt om redenen die betrekking hebben op het gedrag van de werkmán, zelfs als dat gedrag niet foutief is¹³⁰.

Op 22 november 2010 verwierp het Hof van Cassatie¹³¹ echter op opvallende wijze de stelling volgens dewelke, van zodra het ontslag van een werkmán verband houdt met zijn gedrag, ongeacht van welke aard dat gedrag is, de afdanking niet willekeurig kan zijn in de zin van artikel 63 van de arbeidsovereenkomstenwet.

Het Hof was inderdaad van oordeel dat een ontslag dat verband houdt met de geschiktheid of het gedrag van de werkmán, toch willekeurig is wanneer het ingegeven is door een motief dat kennelijk onredelijk is.

Het gedrag van de werkmán dat ingeroepen wordt ter verantwoording van het ontslag dient van die aard te zijn dat het een gegronde reden hiertoe kan vormen.

De redenen die worden ingeroepen om het ontslag te rechtvaardigen moeten bijgevolg voldoende ernstig zijn en van die aard, dat zij redelijkerwijze de beëindiging van de arbeidsrelatie konden voor gevolg hebben¹³².

In een arrest van 26 april 2011¹³³ verwoordde het Arbeidshof van Luik deze ontwikkeling in de rechtspraak als volgt : "*Dans la construction de la théorie de l'abus de droit sur la base du critère de proportionnalité, ce n'est plus l'intention de nuire qui est constitutive d'abus; ce n'est plus le dépassement manifeste de l'usage du droit qui est sanctionné mais c'est la disproportion entre l'avantage de l'un et le préjudice de l'autre*".

Een belangrijke verworvenheid is hier tenslotte ook dat de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 voor gevolg heeft dat het recht op bescherming tegen onredelijk ontslag voortaan in Europees verband een grondrecht wordt zoals blijkt uit artikel 30 van het handvest van de grondrechten van de E.U. dat bepaalt dat iedere werknemer overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken recht heeft op bescherming tegen iedere vorm van kennelijk onredelijk ontslag¹³⁴.

¹²⁹ Vgl. Arbh. Luik, afdeling Namen, 7 augustus 2007, A.R. nr. 8041/06; id. 24 juni 2008, A.R. nr. 8474/07.

¹³⁰ Cass. 6 juni 1994, S. 93.031; Cass. 22 januari 1996, S.95.0092.F; Cass. 7 mei 2001, J.T.T., blz 407 met noot C. Wantiez.

¹³¹ Cass. 22 november 2010, S.O9.0092.N

¹³² Zie W. VANDEPUTTE, "Willekeurig ontslag, het gedrag van de werkmán en het verbod van kennelijk onredelijk ontslag", R.W. 2010-2011, blz. 1734 e.v.

¹³³ Arbh. Luik (afd. Namen) 26 april 2011, A.R. nr. 8850/2009.

¹³⁴ Vgl. L. Monserez, "Het verdrag van Lissabon : een echte bres in de ontslagmacht van de werkgever ?", Or. 2010, 97.

*Ontslag wegens dringende reden*¹³⁵

De rechtspraak biedt een ander treffend voorbeeld van een situatie waar een gematigde toepassing van het evenredigheidsbeginsel aan de orde is.

De rechter zal inderdaad een zekere proportionaliteitscontrole uitoefenen over het verband tussen de fout en de sanctie wanneer hij een ontslag wegens dringende reden beoordeelt. Uw Hof preciseerde echter dat deze controle hem niet toelaat de voorwaarden waaronder toepassing kan gemaakt worden van deze ontslagregeling en die beschreven zijn in artikel 35 van de arbeidsovereenkomstenwet te miskennen en dat de toepassing van de proportionaliteitsregel hem er ook niet dient toe te brengen een ernstige tekortkoming die de arbeidsrelatie tussen de werknemer en de werkgever onmiddellijk en definitief onmogelijk maakt, niet te weerhouden als dringende reden omdat het ontslag voor de werknemer te erge gevolgen zou hebben of m.a.w. de zwaarwichtigheid van de fout wordt niet beïnvloed door het nadeel dat het ontslag door de werkgever, de werknemer zal toebrengen.

Er anders over oordelen zou immers de rechtszekerheid niet ten goede komen en een toestand van ongelijkheid tussen rechtszoekenden voor gevolg hebben, waar de te beoordelen gevallen dan een verschillende behandeling dreigen te krijgen in functie van elementen die vreemd zijn aan de arbeidsrelatie of waarop de werkgever geen vat heeft, zoals de leeftijd van de werknemer, zijn gezondheidstoestand of vorming, de situatie op de arbeidsmarkt enz...¹³⁶.

Het ius variandi

Zoals hoger reeds werd vermeld, wordt het evenredigheids criterium heden ten dage ook als een van de maatstaven gehanteerd ter beoordeling van de rechtmatigheid van de wijziging van de overeengekomen arbeidsvoorwaarden, waarbij zal gezocht worden naar het in evenwicht houden van de werkgevers- en werknemersbelangen of m.a.w. van flexibiliteit en zekerheid¹³⁷.

*Het recht om collectieve acties te voeren*¹³⁸

¹³⁵ Zie V. VANNES, « Le licenciement pour motif grave et l'abus du droit de licencier. Un arrêt de la Cour de Cassation du 12 décembre 2005 ou Une nouvelle envolée de la théorie de l'abus de droit appliquée à la rupture du contrat de travail » in *Le licenciement abusif. Notions, évolutions, questions spéciales*, C.-E. CLESSE & S. GILSON (coörd.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009 ; *id.*, « L'office du juge et le motif grave - Principe de proportionnalité », R.C.J.B. 2000, blz. 209 en « Le licenciement pour motif grave et l'office du juge – conditions de légalité et abus de droit », Les rendez-vous sociaux de l' U.C.M., Namen, 16 mei 2002, blz. 37 ; H. DECKERS, « Licenciement pour motif grave et principe de proportionnalité : une fausse évidence ? » in S. GILSON (coörd.), *Le congé pour motif grave*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2011.

¹³⁶ Arb. Brussel, 2e k., 27 december 2007, A.R. 50.400.

¹³⁷ A. VAN BEVER, l.c., blz. 516.

¹³⁸ Zie V. VANNES, « Le juge et l'exercice anormal de la grève », J.T.T. 1994, blz. 37 e.v. ; *id.*, *Concilier le droit à l'action collective et les autres droits fondamentaux : recours au principe de proportionnalité*, doctoraatsthesis, ULB, 18 december 2007 ;

Het is verder een bekend gegeven dat hoewel men noch in de Grondwet noch in de wetgeving een uitdrukkelijke bepaling zal aantreffen die het recht tot staken erkent, dit de rechtspraak niet belette bij verschillende gelegenheden het bestaan ervan te bevestigen¹³⁹.

Ondermeer wordt verwezen naar artikel 6 lid 4 van het Europees sociaal handvest als rechtsbasis voor het recht tot staken¹⁴⁰. Dit artikel bepaalt inderdaad dat de verdragsluitende partijen het recht van de werknemers en de werkgevers erkennen op collectief optreden in geval van belangengeschillen met inbegrip van het stakingsrecht.

Luidens artikel 28 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie hebben werkgevers en werknemers of hun respectieve organisaties overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken eveneens het recht, op passende niveaus collectief te onderhandelen en collectieve arbeidsovereenkomsten te sluiten, alsmede, in geval van belangenconflicten, collectieve actie te ondernemen ter verdediging van hun belangen, met inbegrip van staking.

Hoewel beperkingen op het stakingsrecht en het recht op collectieve actie beperkt horen te blijven, kan uit de rechtspraak niettemin opgemaakt worden dat aanvaard wordt dat ook het stakingsrecht vatbaar is voor misbruik en er zich situaties kunnen voordoen waarbij op buitensporige en onevenredige wijze gebruik gemaakt wordt van het stakingsrecht.

De rechtspraak wijst in dat verband uit dat de hoven en rechtbanken o.m. stakingshandelingen kunnen verbieden die een aantasting uitmaken van de fysieke integriteit van de personen of van een vitaal belang voor de natie. Wanneer stakingshandelingen echter in juiste verhouding staan tot hun voorwerp en de grenzen van het stakingsrecht, dan kunnen zij niet aanzien worden als feitelijkheden waarvan de stopzetting zou kunnen gevraagd worden¹⁴¹.

*Het recht op privacy*¹⁴²

Het grondrecht op persoonlijke levenssfeer wordt door de Grondwet gewaarborgd in de artikelen 15, 22 en 29. Dat de overheid zich in beginsel heeft te onthouden van bemoeienis met de privé-levenssfeer wordt verder bevestigd door de mensenrechtenverdragen zoals het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (art 8) en het Internationaal verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (art. 17).

id., « Le droit de grève est-il soluble dans le principe de proportionnalité ? », in X, *Actualités du dialogue social et du droit de la grève*, Kluwer, Waterloo, 2009.

¹³⁹ Vgl. o.m. Cass. 21 december 1981, rol nr. 3288; Grondwettelijk Hof 6 april 2000, nr. 42/2000, r.o. B.7.4; Raad van State 13 februari 2006, nr. 154.826; Beroep Luik 14 januari 2010, J.T.T. 2010, 88.

¹⁴⁰ Volgens het E.H.R.M. is het recht tot staken inherent aan de syndicale vrijheid (*Satilmic e.a./ Turkije*, 17 juli 2007, S.K. 2009, 402; *Enerji / Turkije*, 21 april 2009, id. 403).

¹⁴¹ Beroep Luik 14 januari 2010.

¹⁴² Zie hierover P. JOASSART, M. VERDUSSEN (dir.), *La vie privée au travail*, éd. Anthémis, Louvain-la-neuve, 2011; N. HERVIEU, "Premiers arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme sur la vidéosurveillance au travail", R.T.D.H., 1 juli 2011, blz. 672; D. MOUGENOT, "Humhrey Bogart au XXIe siècles : la preuve par production d'un rapport de détective privé", Rev. Rég. De droit, 2008, nr. 127.

Artikel 8, lid 2 van het E.V.R.M. bepaalt evenwel onder welke voorwaarden een inmenging van het openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht¹⁴³.

Het fundamenteel recht op eerbiediging van het privé leven heeft dus geen absolute gelding maar moet in relatie tot de functie ervan in de maatschappij worden beschouwd¹⁴⁴.

In de zaak *Olson tegen Zweden*¹⁴⁵ liet het E.H.R.M. verstaan dat een tussenkomst van de overheid in het familieleven veronderstelt dat dit beantwoordt aan een dwingende sociale behoefte en in verhouding staat tot die behoefte, waardoor het Hof hierdoor meteen ook aangeeft dat het vereiste van evenredigheid ingeschreven is in art. 8 van het E.V.R.M.

Algemeen wordt overigens aanvaard dat dit artikel ook horizontale werking heeft en derhalve ook geldt in de relatie tussen werkgever en werknemer. Zulks bevestigde het Hof onrechtstreeks in de arresten *Madsen* van 7 november 2002 en *Wretlund* van 9 maart 2004 aangezien die de privésfeer betroffen¹⁴⁶.

Tekenend in verband met de draagwijdte het recht op privé leven was in de nationale rechtspraak een arrest van ons Hof van Cassatie, dat op 27 februari 2001 in het domein van het strafrecht van oordeel was dat de verdragsregel ingeschreven in artikel 8, lid 1 van het E.V.R.M. er niet aan in de weg staat dat een werkgever, op grond van een gewettigd vermoeden van betrokkenheid van zijn werknemer bij te zijnen nadele gepleegde misdrijven, maatregelen neemt om, door middel van camerabewaking in een door hem uitgebate en voor het publiek toegankelijke winkelruimte, nieuwe strafbare feiten te voorkomen of vast te stellen.

Het Hof gaf in overweging dat artikel 8, lid 2 van het E.V.R.M. niet vereist dat de aldus genomen maatregel voorafgaandelijk moet worden aangekondigd en dat hij, voor zover hij de aangifte van de feiten bij de overheid tot doel heeft en uitgaande van dit doel, toereikend is, ter zake dienend *en niet overmatig*, geen inmenging inhoudt op de uitoefening van dit recht in de zin van artikel 8, lid 2 van het E.V.R.M.¹⁴⁷

Wanneer de burgerlijke rechter geroepen wordt een schending van het recht op privacy van een werknemer te beoordelen in het raam van artikel 8 van het E.V.R.M. komt het hem vooreerst toe uit te maken of in de aan zijn oordeel voorgelegde zaak het recht op privacy werd geschonden¹⁴⁸ en zo ja, of de beginselen van legaliteit, finaliteit en proportionaliteit deze schending kunnen verantwoorden.

¹⁴³ Art. 8, lid 2 van het E.V.R.M. luidt : « *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.* »

¹⁴⁴ Hof van Justitie 9 november 2010, zaak C-92/09 en C-93/09, r.o. 48.

¹⁴⁵ E.H.R.M. 24 maart 1998, Olson/Zweden.

¹⁴⁶ Zie hierover V. VAN DER PLANCKE en N. VAN LEUVEN, "La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ?", CRIDHO Working Paper, 2007, nr. 3, blz 23.

¹⁴⁷ Cass. 27 februari 2001, P990706N, R.W. 2001-2002, blz. 1171 e.v., noot P. Humblet.

¹⁴⁸ Met betrekking tot de vraag wat dient verstaan te worden onder "privé leven" heeft het Hof van Cassatie geopteerd voor de leer van de "redelijke privacyverwachting" in navolging van het E.H.R.M. Zie : F. RAEPSAET, "Les attentes raisonnables en matière de vie privée", J.T.T. 2011, blz. 145 e.v.

Het is u bekend dat de intrusie van het verschijnsel van de sociale netwerksites in het maatschappelijk verkeer aanleiding kan geven tot misbruiken in de werksfeer¹⁴⁹.

In de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van persoonsgegevens, zijn voorschriften opgenomen die o.m. toepasselijk zijn op werkgevers die persoonlijke gegevens van werknemers filteren van het internet en desgevallend op gestructureerde wijze in een bestand opslaan.

Persoonsgegevens dienen luidens artikel 4 van deze wet echter eerlijk en rechtmatig te worden verwerkt, voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden te worden verkregen en niet verder worden verwerkt op een wijze die, rekening houdend met alle relevante factoren met name met de redelijke verwachtingen van de betrokkene en met de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen, onverenigbaar is met die doeleinden en tenslotte toereikend, terzake dienend en niet overmatig zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij worden verwerkt.

Men zal in deze complexe formulering naast het transparantiebeginsel, andermaal een duidelijk merkbare omlijning van het evenredigheidsbeginsel herkennen.

De C.A.O. nr. 81 van 26 april 2002 afgesloten in de schoot van de N.A.R. tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens, is er anderzijds op gericht het controlerecht van de werkgever dat onlosmakelijk verbonden is met zijn werkgeversgezag, te verzoenen met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de werknemer.

De uitoefening van dit controlerecht zal steeds gepaard gaan met de eerbiediging van het proportionaliteitsbeginsel. Enkel een zo gering mogelijke inmenging in de persoonlijke levenssfeer is bijgevolg aanvaardbaar¹⁵⁰.

Met betrekking tot de toepassing van voormelde C.A.O. oordeelde het Arbeidshof van Luik dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste ingeschreven in artikel 4¹⁵¹, in welk geval de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens toegestaan is, wanneer de werkgever kennis heeft, hoe hij deze informatie ook bekwam, van een mogelijke aanval door toedoen van werknemers op zijn

¹⁴⁹ Zie , K. ROSIER, "Contrôle de l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les relations de travail", Revue du droit des technologies et de l'information, 2009, blz. 126; id. "Réflexions autour de la licéité de la preuve liée à un contrôle des connexions d'un travailleur sur le Net", Revue du droit des technologies et de l'information, 2010, blz. 87; N. HERVIEU, Premiers regards de la Cour européenne des droits de l'homme sur la vidéosurveillance au travail, Rev. trim. dr. h., 2011, 671.

¹⁵⁰ Art. 6, C.A.O. nr. 81; J. LORRE, "Faceboek en arbeidsrecht : mysterium tremendum et fascinans", R.W. 2010-2011, blz. 1504. Zie ook F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk : internet en camera's*, Mechelen, Kluwer, 2005, blz. 44 en 45. Voor een volledig overzicht van rechtsleer zie S. GILSON, « Etat des lieux de la vie privée au travail à la lumière de la jurisprudence issue de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme », colloquium, 5 maart 2010, www.progresslaw.net

¹⁵¹ Dit artikel bepaalt : « De controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens wordt slechts toegestaan voor zover voldaan is aan de finaliteits- en proportionaliteitsbeginselen als bepaald in punten 1 en 2 van onderafdeling 2 verderop, alsook aan het transparantiebeginsel, zoals gewaarborgd door de procedurevoorwaarden in punt 3 van dezelfde onderafdeling ».

informatica systeem door een virus, een computerworm, een paard van Troje (RST) of dergelijke, of van een bedreiging van zulke agressie¹⁵².

Andere toepassingen

Los van de hoger geziene belangrijke toepassingen die het proportionaliteitsbeginsel krijgt in het rechtsgebied van het arbeidsrecht, zijn er in de rechtspraak nog tal van andere situaties herkenbaar waarin de noodzaak zich laat gevoelen beroep te doen op een of andere vorm van evenredige afweging.

Volgend voorbeeld kan dit illustreren :

Het Arbeidshof van Luik oordeelde inderdaad dat strijdt met het *evenredigheidsbeginsel*, de toepassing van een clause die tot doel heeft de werknemer te beletten zijn werkgever te verlaten, waarin een strafbeding van 5 jaar loon was opgenomen, om de aanwerving door een andere werkgever te verhinderen van een uitvoeringsbediende, die geen bijzondere kwalificaties had, sedert kort in dienst was getreden en een bescheiden loon genoot¹⁵³.

f. Evenredigheid en de bescherming van de grondrechten

In de nationale rechtspraak zal men verder vanzelfsprekend verwijzingen aantreffen naar het evenredigheidsbeginsel daar waar grondrechten bedreigd worden.

De praktijkvoorbeelden hiervan zijn nogmaals talrijk. Er werd hoger reeds op gewezen.

In een recent arrest van 8 september 2010 (AR 2009/AB/52180) stelde uw Hof o.m. vast dat de terugwijzing van een vreemdeling, voor haar dochtertje van amper enkele maanden oud dat de Belgische nationaliteit heeft, onevenredige gevolgen zou hebben die niet verenigbaar zijn met het door artikel 8 van het E.V.R.M gewaarborgd recht op de eerbiediging van het gezinsleven van eenieder¹⁵⁴.

Beperkingen aan het recht van toegang tot de rechter

¹⁵² Arbh. Luik 20 maart 2006, A.R. nr. 33137-05. Artikel 1 § 1 van deze C.A.O. bepaalt : "*deze collectieve arbeidsovereenkomst heeft tot doel het grondrecht van de werknemers op de eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer in het kader van de dienstbetrekking te waarborgen door, rekening houdende met de behoeften voor een goede werking van de onderneming, te bepalen voor welke doeleinden en onder welke proportionaliteits-en transparantievoorwaarden een controle op de elektronische onlinetoevoegingsgegevens kan worden geïnstalleerd en volgens welke regels de individualisering van deze gegevens is toegestaan*".

¹⁵³ Arbh. Luik 18 juni 2007, A.R. nr. 33316/05.

¹⁵⁴ Voorafgaandelijk had het Hof weliswaar reeds vastgesteld dat art. 39/79 van de vreemdelingenwet zich eveneens verzet tegen deze terugwijzing.

Zoals men weet wordt de effectiviteit van het recht van toegang tot de rechter, gewaarborgd door artikel 6, lid 1 van het E.V.R.M., niet steeds ten volle wordt verzekerd waar het gaat om overheidsbeslissingen.

Aldus kan de overheid een rechtstoestand in het leven roepen, wijzigen of opheffen en gezagshalve, d.i. zonder dat de instemming van de betrokkene vereist is, rechten toekennen of verplichtingen opleggen¹⁵⁵. Dergelijke eenzijdige beslissingen van het bestuur worden bovendien geacht gelijkvormig te zijn met het recht. Men zegt dat zij genieten van het "*privilège du préalable*", wat weliswaar nog niet inhoudt dat zij niet kunnen bestreden worden bij de rechter.

Een ander kenmerk van overheidsbeslissingen is hun directe uitvoerbaarheid¹⁵⁶.

Waar het in de principiële uitvoerbaarheid van overheidshandelingen voorziet, wijkt het objectieve recht bijgevolg af van het verbod van eigenrichting. Opdat een beperking aan het grondrecht van toegang tot de rechter echter geoorloofd zou zijn, onder meer in het licht van artikel 6, lid 1, van het E.V.R.M., is nochtans opnieuw vereist dat de beperking een wettig doel nastreeft en dat er een redelijk *evenredigheidsverband* bestaat tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel¹⁵⁷.

Sancties die een rechtzoekende onmiddellijk en van rechtswege zwaar treffen in zijn patrimonium, nog voor de rechter zich over de grond van de betwisting heeft uitgesproken, werden aldus door de Raad van State geacht niet in een redelijk evenredigheidsverband te staan tot het beoogde doel dat er in bestond de inning van rechten te verzekeren en de betaling van achterstallen te verminderen¹⁵⁸.

*g. Evenredigheid in de bewijsleer*¹⁵⁹

De evenredigheidstoets neemt ook in de bewijsleer een uiterst belangrijke plaats in.

Door de rechtspraak en de rechtsleer werd tot voor kort traditioneel aangenomen dat de bewijsgaring in beginsel dient te berusten op een regelmatige grondslag¹⁶⁰ en de partijen de gelegenheid moet bieden een eerlijk debat op tegenspraak te voeren.

Bewijsmiddelen die op onrechtmatige wijze werden bekomen, werden aldus uit het bewijsdebat geweerd.

¹⁵⁵ Vgl. C. BEDORET, "L'autorité de la chose décidée en droit de la sécurité sociale ou quand la montagne accouche d'une souris", T.S.R. 2010, blz. 109 e.v.; MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDELANOTTE, Overzicht van het Belgisch Administratief recht, Kluwer, Mechelen, 2006, blz 7.

¹⁵⁶ Zie over dit begrip A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDELANOTTE, o.c., blz. 7.

¹⁵⁷ E.H.R.M., 28 mei 1985, Ashingdane; E.H.R.M., 8 juli 1986, Lithgow; E.H.R.M., 21 september 1994, Fayed.

¹⁵⁸ Advies van de Raad van State met betrekking tot het ontwerp van wet houdende sociale en diverse bepalingen van 31 oktober 1994, Parl. St. Senaat, 1994-95, 1218/1, 232-235.

¹⁵⁹ Zie hierover G. DE LEVAL (dir.), *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, Louvain-la-Neuve, CUP, Anthémis, 2011.

¹⁶⁰ Vgl. L. CORNELIS, Algemene theorie van de verbintenissen, Antwerpen, Intersentia, 2000, blz. 254; R. MOUGENOT, *Droit des obligations-La preuve*, Brussel, Larcier, 1997, blz. 76.

Sedert het geruchtmakend arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2003, werd de problematiek van het onrechtmatig verkregen bewijs echter in een ander perspectief geplaatst.

Alhoewel de criteria die het Hof van Cassatie in dit en latere arresten¹⁶¹ aanbrengt ter beoordeling van het verplicht karakter van de bewijsuitsluiting, niet altijd even gemakkelijk te hanteren zijn en in de rechtsleer niet met een gelijkmatig enthousiasme onthaald werden, wettigen zij niettemin het besluit dat de sanctie van de verplichte uitsluiting van een onrechtmatig bekomen bewijs in beginsel niet meer absoluut is¹⁶².

Nadat hier aanvankelijk in de rechtspraak verdeeldheid over bestond¹⁶³, wordt thans ook aanvaard dat de door het Hof van Cassatie vooropgestelde en u welbekende "*Antigooncriteria*" die moeten leiden tot bewijsuitsluiting, niet alleen gelden in strafzaken.

Vrij vlug liet het Hof van Cassatie immers verstaan dat zij ook toepassing kunnen krijgen buiten dit rechtsdomein en meer in het bijzonder in het socialezekerheidsrecht¹⁶⁴.

In een zaak waar een werkloze werd uitgesloten van het recht op werkloosheidsuitkeringen door de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening nadat deze laatste zijn administratief onderzoek had opgestart na ontvangst van een faxbericht van de politie dat werd overgemaakt zonder dat de Arbeidsauditeur hiertoe zijn toestemming had gegeven, was het Hof van Cassatie¹⁶⁵ immers van oordeel dat die onregelmatigheid niet om die enkele reden tot bewijsuitsluiting kan leiden.

De toepassing van de Antigoonleer, zoals hij nadien verder uitgewerkt werd door het Hof van Cassatie¹⁶⁶, heeft in een situatie zoals deze voor gevolg dat, behoudens wanneer de wet uitdrukkelijk

¹⁶¹ Cass. 23 maart 2004, 16 november 2004, 2 maart 2005, 12 oktober 2005, 8 november 2005, 31 oktober 2006, 21 november 2006, 22 november 2006, 4 december 2007, 10 maart 2008, 26 november 2008, 2 september 2009, 17 maart 2010, 30 maart 2010, 9 juni 2010.

¹⁶² Uit de rechtspraak van het E.H.R.M. volgt dat dit Hof zich doorgaans niet zal uitspreken over de toelaatbaarheid van een onregelmatig verkregen bewijs, waarover de nationale rechter zich dient uit te spreken. Het E.H.R.M zal dan ook enkel onderzoeken of de gevoerde procedure niet strijdig is met het recht op een eerlijk proces (vgl. E.H.R.M. 12 mei 2000, Khan t/ U.K. en E.H.R.M. 28 juli 2009, Lee Davies t/ België).

¹⁶³ Het Arbeidshof van Brussel weigerde o.m. in te gaan op het verzoek tot erkenning van een dringende reden wegens diefstal in hoofde van een beschermd werknemer omdat de werkgever zich ten bewijze van de feiten beriep op beelden opgenomen door een bewakingscamera in strijd met de bepalingen van de C.A.O. nr 68 (Arbh. Brussel., 2e k., 15 juni 2006, J.T.T. 2006, 392). Het Hof verwierp de verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. het onrechtmatig verkregen bewijs in strafzaken (in casu het arrest van 2 mei 2005 waarin het Hof zich uitsprak over het bewijs verkregen in strijd met het recht op privacy), alsmede het vereiste van afweging tussen de ernst van de begane inbreuk en de ernst van de begane onregelmatigheid bij de bewijsgaring.

¹⁶⁴ Zie F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", noot onder Cass., 10 maart 2008, R.C.J.B., 2009, blz. 325; F. KEFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, Anthémis, 2011, blz. 217 e.v.; K. ROSIER, « Preuves illicites et écartement de la preuve : qui doit écarter quoi ? », Bulletin Social et Juridique, mei 2011, 6.

¹⁶⁵ Cass. 10 maart 2008. De omstandigheid dat de administratieve sanctie die aan de werkloze in deze zaak werd opgelegd, zou kunnen omschreven worden als een sanctie met repressief karakter in de zin van artikel 6.1 van het E.V.R.M. laat niet toe te twijfelen aan de draagwijdte van het arrest. Dit heeft immers niet voor gevolg dat al de regels van het strafprocesrecht toepasselijk zouden worden. Het aangebrachte bewijs werd bovendien voorgelegd in een burgerlijk proces.

¹⁶⁶ Cass. 10 maart 2008, rolnr. S.07.0073.N

anders bepaalt, het de rechter staat de toelaatbaarheid van een onrechtmatig verkregen bewijs te beoordelen in het licht van de artikelen 6 van het E.V.R.M. en 14 van het I.V.B.P.R., rekening houdende met de elementen van de zaak in haar geheel genomen, inbegrepen de wijze waarop het bewijs verkregen werd en de omstandigheden waarin die onrechtmatigheid werd begaan.

Een dergelijk bewijs, behoudens het geval van miskenning van een op straffe van nietigheid voorgeschreven vorm, mag bijgevolg alleen worden geweerd wanneer de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of waardoor het *recht op een eerlijk proces* in gevaar wordt gebracht.

De rechter kan bij deze afweging onder meer rekening houden met één of meer van de volgende omstandigheden, het zuiver formeel karakter van de onregelmatigheid¹⁶⁷, de weerslag op het recht of de vrijheid die door de overschreden norm zijn beschermd¹⁶⁸, de omstandigheid dat de overheid die met de opsporing, het onderzoek en de vervolging van misdrijven is belast, al dan niet de onrechtmatigheid opzettelijk heeft begaan¹⁶⁹, het feit dat het onrechtmatig verkregen bewijs alleen een materieel element van het bestaan van de inbreuk betreft en tenslotte het feit dat de onregelmatigheid die aan de vaststelling van de inbreuk voorafging of daarmee gepaard ging, volstrekt *onevenredig is* met de ernst van de inbreuk.

Hoewel in de rechtsleer bezwaren werden geopperd tegen het doortrekken van de Antigoonleer naar het gerechtelijk privaatrecht¹⁷⁰, lijkt het thans bijgevolg nog voor weinig betwisting vatbaar dat ook de sociale rechter bij de beoordeling van de bewijswaarde van een onrechtmatig verkregen bewijs¹⁷¹ dient over te gaan tot een afweging van de in het geding zijnde belangen¹⁷², wat echter niet steeds een eenvoudige oefening zal zijn.

Het is immers de vraag hoe de rechter zal te werk gaan om de ernst van feiten zoals een diefstal gepleegd ten nadele van de werkgever, het kenbaar maken aan derden van fabrieksgeheimen, het afleggen van een valse verklaring, het verzwijgen van het genieten van een inkomen uit arbeid of het nalaten aangifte te doen van het hervatten van beroepsarbeid, ... af te wegen tegen de schending van het recht op privacy, van het beroepsgeheim, het briefgeheim of de woonst, wanneer deze schending heeft toegelaten het bewijs van eerstgenoemde feiten te bekomen.

¹⁶⁷ Rechtvaardigt geen bewijsuitsluiting.

¹⁶⁸ In de mate aan het recht dat door de geschonden norm wordt beschermd, op schromelijke wijze wordt afbreuk gedaan, zou tot bewijsuitsluiting kunnen besloten worden, wat veronderstelt dat door de rechter een evenredigswaferweging dient gemaakt te worden. Vgl. I. VERHELST en N. THOELLEN, "Over privacy, controle en (on)rechtmatig verkregen bewijs", Or. 2008, blz. 206.

¹⁶⁹ In welk geval er bewijsuitsluiting is : vgl. F. KUTY "La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale", in *La preuve - Questions spéciales*, CUP, Anthémis, Liège, 2008, blz. 7.

¹⁷⁰ K. VAN KILDONCK., "Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", N.J.W. 2010, 110; K. CRAUWELS, "Onrechtmatig verkregen bewijs...of wat er van overblijft ? De invloed van de Antigoonrechtspraak op het onrechtmatig verkregen bewijs in burgerlijke zaken" in M. FAURE en W. RAUWS (red.), *Recente ontwikkelingen in het arbeids-economisch- straf- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 180-185; K. ROSIER, S. GILSON, "La preuve irrégulière : quand Antigone ouvre la boîte à Pandore. Commentaire de l'arrêt Lee Davies rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 juillet 2009 », S.K. 2010, 289 e.v.

¹⁷¹ Zie hierover o.m; : F. SCHUERMANS, "Antigoon geen vrijgeleide voor onbehoorlijk politieoptreden : trekt Cassatie de teugels aan ?", T. Strafr., 2009, blz. 152 e.v.

¹⁷² Vgl. Arbhh. Luik 14 december 2010, A.R. 8833/09.

In de rechtsleer werd er bovendien wellicht terecht de aandacht op gevestigd dat deze afweging tussen de ernst van de begane inbreuk en de ernst van de begane onregelmatigheid bij de bewijsgaring, eigenlijk zal plaats vinden binnen de beoordeling van het recht op eerlijk proces¹⁷³, waaruit dan weer de conclusie werd getrokken dat te vrezen valt dat deze rechtspraak zal leiden tot een geforceerde koppeling van alle onregelmatigheden aan de eerlijkheid van het proces¹⁷⁴ en dat zich een casuïstiek met betrekking tot de afweging van de in het geding zijnde belangen dreigt te zullen ontwikkelen¹⁷⁵.

Niets laat verder toe er van uit te gaan dat de bewijsleer van het Hof van Cassatie, naast het strafrecht, enkel het sociaizekerheidsrecht zou betreffen omdat dit zoals het strafrecht van openbare orde is, zoals door sommigen was gesuggereerd¹⁷⁶.

Het kan zich bijgevolg voordoen dat de rechter aan wie een rechtsprobleem wordt voorgelegd in het domein van het arbeidsrecht, geconfronteerd wordt met bewijzen die bekomen werden door inbreuk te plegen op grondrechten, zoals het recht op de eerbiediging van het privé leven¹⁷⁷.

De arbeidsrechtbank van Gent oordeelde aldus in een zaak waarin de opgeworpen vraag deze was van de regelmatigheid van een bewijs dat verkregen werd door inbreuk te plegen op het recht op privacy van de werknemer, dat de werkgever die vaststelt dat zijn werknemer concurrerende activiteiten verricht, deze laatste kan ontslaan wegens dringende reden. Doch het bewijs van de tekortkoming is, aldus de rechtbank, slechts geldig wanneer het finaliteitsbeginsel niet geschonden is en de controlemiddelen in verhouding staan tot de vastgestelde inbreuken¹⁷⁸.

Wat voorafgaat maakt bijgevolg duidelijk dat waar vroeger omzeggens automatische bewijsuitsluiting het gevolg was van een schending van het privacy recht, de rechter zich baserend op het proportionaliteitsprincipe, bewijzen voortaan enkel nog zal kunnen weren in een veeleer beperkt aantal gevallen¹⁷⁹.

¹⁷³ De gevallen waarin kan voorgehouden worden dat de bewijsverkrijging is aangetast door een gebrek waardoor de betrouwbaarheid ervan wegvalt of dat de vorm voorgeschreven is op straffe van nietigheid zijn immers zeldzaam. Zie F. VERBRUGGEN, "Vindt het spook van Antigoon rust? Franstalig "schoonmoedersarrest" als slotluik van de nieuwe Cassatierechtspraak over uitsluiting van onrechtmatig bewijs?", T. Strafr., 2006 blz 29 die verwijst naar Cass 8 november 2005, P051106N; I. VERHELST en N. THOELLEN, I.c., blz. 206.

¹⁷⁴ F. VERBRUGGEN, I.c., blz. 29.

¹⁷⁵ Er dient hier de aandacht op gevestigd te worden dat het begrip "*recht op eerlijk proces*" in burgerlijke zaken minder strenge eisen stelt dan in strafzaken zoals blijkt uit een arrest van het E.H.R.M. van 27 oktober 1993, *Dombo Beheer/Nederland*, r.o. 32.

¹⁷⁶ F. KEFER, « La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, CUP, Anthémis, 2011, blz. 217 e.v. en de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer. Verschillende bewijsregels voorstaan naargelang de aard van de betwisting zou nochtans de deur kunnen openzetten voor een weinig coherente rechtspraak waarvan het Arbeidshof van Luik in een arrest van 21 mei 2001 een voorbeeld gaf door een door de werkgever onrechtmatig bekomen bewijs te weren bij de beoordeling van een dringende reden doch het anderzijds te aanvaarden bij de beoordeling van de schadevergoeding wegens willekeurig ontslag die door de werknemer werd gevorderd (S.K. 2001, blz. 458).

¹⁷⁷ Vgl. Arb. Luik, 20 september 2010, J.L.M.B., 2010, blz. 1899.

¹⁷⁸ Arb. Gent 1 september 2008, A.R. 175054/06; K. ROSIER, "Le tribunal du travail de Gand applique la jurisprudence Antigone dans un litige social", B.S.J. 2008, nr. 397, blz. 3.

¹⁷⁹ I. VERHELST en N. THOELLEN, I.c., blz. 208.

Te vermelden is hier tenslotte nog dat bij de beoordeling van inbreuken op grondrechten andere benaderingswijzen in de rechtsleer werden vooropgesteld¹⁸⁰ :

Sommige auteurs wezen er in dat verband o.m. met goed recht op dat grondrechten, zoals het recht op de eerbiediging van het privé leven, niet tot doel hebben het stellen van strafrechterlijk beteuigde feiten of een onwettig gedrag mogelijk te maken.

In die optiek kan een afweging bijgevolg ook gebeuren, met als achtergrond de parameter van het rechtsmisbruik¹⁸¹.

h. Evenredigheid in Europees perspectief

In de rechtsorde van de Unie heeft het evenredigheidsbeginsel vanzelfsprekend ook steeds een vooraanstaande plaats ingenomen. De vereiste van proportionaliteit tussen doel en middel wordt trouwens aanzien als een algemeen rechtsbeginsel¹⁸² van het Unierecht.

Wanneer de legitimiteit van een bevoegdheidsuitoefening ter oordeel staat, zal het toelaten de rechtmatigheid ervan vast te stellen in situaties waar een wettelijk doel wordt nagestreefd, doch niettemin aan andere beschermenswaardige doelstellingen schade wordt toegebracht.

Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie aanziet die bevoegdheidsuitoefening slechts als rechtmatig indien zij *passend* en tevens *noodzakelijk* is om het vooropgestelde doel te bereiken.

Een maatregel mag aldus niet overbodig¹⁸³ of kennelijk ongeschikt zijn ter bereiking van het door de bevoegde instellingen nagestreefde doel¹⁸⁴. Hij mag bovendien niet verder gaan dan noodzakelijk om het gestelde doel te bereiken en er mag geen minder nadelig alternatief voorhanden zijn.

Vereist is m.a.w. dat andere vormen van bevoegdheidsuitoefening die niet of minder schadeverwekkend zijn t.a.v. beschermenswaardige doelstellingen, het beoogde doel niet kunnen bereiken.

Deze toetsingscriteria zijn een constante in de Europese rechtspraak en worden er tot vervelens toe herhaald.

De schending van het evenredigheidsbeginsel kan aanleiding geven tot het ongeldig verklaren van onderdelen van handelingen van de Unie zoals Verordeningen of Richtlijnen¹⁸⁵ of een weerslag hebben op de handelingen van de lidstaten wanneer zij het Unierecht uitvoeren.

¹⁸⁰ Zie F. KEFER, "La légalité de la preuve confrontée au droit à la vie privée du salarié », o.c., blz. 233.

¹⁸¹ R. DE CORTE, "De achterkant van de privacy. Kan het beroep op privacy leiden tot straffeloosheid ?", N.J.W., 2003, 808;

¹⁸² H.v.J. 3 juni 1986, zaak 307/84, Johnson, r.o. 38; H.v.J. 26 oktober 1999, zaak C-273/97, Sirdar, r.o. 26; H. v. J. 14 november 2004, zaak C-434/02, Arnold André, r.o. 45; H. v. J. 9 november 2010, zaken C-92/09 en C-93-09, r.o. 74.

¹⁸³ H. v. J. 6 december 2005, zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Abna Ltd. e.a., r.o. 77.

¹⁸⁴ Vgl. H. v. J. 12 november 1996, zaak C-84/94, Verenigd Koninkrijk/Raad, r.o. 58; H. v. J. 13 mei 1997, zaak C-233/94, Duitsland/Parlement en Raad, r.o. 55; H. v. J. 5 mei 1998, zaak C-157/96, National Farmers' Union e.a., r.o. 61; H. v. J. 14 december 2004, zaak C- 210/03, Swedisch Match, r.o. 48).

¹⁸⁵ Vgl. H. v. J. 6 december 2005, zaken C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Abna Ltd. e.a.

Het Hof van Justitie zou in de zaak *Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert*, bijvoorbeeld concluderen tot de partiële ongeldigheid van sommige bepalingen van de EG Verordening 1290/205 van de Raad en de EG uitvoeringsverordening 259/2008 van de Commissie voor zover deze voorzien in de verplichte bekendmaking van persoonsgegevens van natuurlijke personen, nu voor de beschouwde categorie van begunstigen niet voldaan is aan het evenredigheids criterium van de beperkingsclausule in artikel 52, eerste lid, van het handvest.

Het Hof overwoog inderdaad : *“gelet op het feit dat de uitzonderingen op en beperkingen van de bescherming van persoonsgegevens binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke moeten blijven en dat maatregelen denkbaar zijn die voor natuurlijke personen een minder ingrijpende aantasting van voormeld fundamenteel recht meebrengen en tegelijkertijd doeltreffend bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unieregelgeving, moet worden vastgesteld dat de Raad en de Commissie, door voor te schrijven dat de namen van alle natuurlijke personen die steun ontvangen.....alsook de precieze door hen ontvangen bedragen moeten worden bekend gemaakt, de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen hebben overschreden”¹⁸⁶.*

Het evenredigheidsbeginsel zal het Hof van Justitie leiden wanneer het optreden van de Unie in conflict komt met andere doelstellingen van de Unie of legitieme belangen van particulieren of lidstaten, of bij de beoordeling of nationale maatregelen die het vrij verkeer van personen, diensten of de vrijheid van vestiging hinderen, gerechtvaardigd zijn wanneer zij doelstellingen nastreven die door het Unie- recht worden aanvaard.

Het conditioneert daardoor zowel uitoefening van bevoegdheden door de Unie als door de Verdragsstaten¹⁸⁷.

De bevoegdheden van de Unie

Er weze aan herinnerd dat in artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie¹⁸⁸ thans bepaald is dat de afbakening van de bevoegdheden van de Unie wordt beheerst door het beginsel van bevoegdheidstoedeling en dat de uitoefening van die bevoegdheden op haar beurt wordt geleid door de beginselen van subsidiariteit en *evenredigheid*.

Het evenredigheidsbeginsel gebiedt volgens deze bepaling dat de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen¹⁸⁹ te verwezenlijken.

Luidens voormeld artikel 5 passen de instellingen van de Unie het evenredigheidsbeginsel toe overeenkomstig het protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid¹⁹⁰.

¹⁸⁶ H. v. J. 9 november 2010, zaken C-92/09 en C-93/09., r.o. 86.

¹⁸⁷ Vgl. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn, 2008, blz 70.

¹⁸⁸ Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals dit voortvloeit uit de wijzigingen die zijn aangebracht bij het Verdrag van Lissabon, ondertekend op 13 december 2007 en in werking getreden op 1 december 2009.

¹⁸⁹ Het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

¹⁹⁰ Protocol nr. 2 betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

Wanneer de instellingen van de Unie bovendien overwegen om op te treden op gebieden die niet in de exclusieve bevoegdheid van de Unie vallen in de voorwaarden nader omschreven in artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie¹⁹¹, zijn zij eveneens gehouden het subsidiariteitsbeginsel toe te passen overeenkomstig dit protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

In voormeld protocol is ondermeer bepaald dat de ontwerpen van wetgevingshandelingen worden gemotiveerd in het licht van de beginselen van subsidiariteit en *evenredigheid* en dat ieder ontwerp van wetgevingshandeling een subsidiariteits- en evenredigheidsmemorandum bevat, met een uitgebreide toelichting van de elementen, op basis waarvan de naleving van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid kan worden beoordeeld¹⁹².

Dank zij deze bepalingen kunnen de nationale regeringen, regionale of lokale overheden, bedrijven en burgers bijgevolg rekenen op een doeltreffende bescherming tegen ieder optreden van de instellingen van de Unie dat voor hen ongemakken inhoudt die niet in verhouding staan tot het gestelde doel¹⁹³.

De hiernavolgende voorbeelden komen nog nader illustreren in hoeverre het beginsel van evenredigheid zijn determinerende werking in verschillende configuraties heeft uitgestrekt in het Unierecht.

Maatregelen die afbreuk doen aan het vrij verkeer van personen en diensten en de vrijheid van vestiging

De verdragsbepalingen van de Unie¹⁹⁴ betreffende het vrije verkeer van personen en diensten en de vrijheid van vestiging, hebben tot doel het de onderdanen van de Unie gemakkelijker te maken om het even welk beroep uit te oefenen op het gehele grondgebied van de Unie.

Ten einde de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers ten volle te realiseren is in artikel 48 van het V.W.E.U. o.m. voorzien dat het Europees Parlement en de Raad volgens de gewone wetgevingsprocedure de maatregelen¹⁹⁵ vast stellen welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn om dit doel te bereiken.

¹⁹¹ Krachtens het subsidiariteitsbeginsel treedt de Unie op de gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt.

¹⁹² Het Protocol nr. 2 betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid bepaalt aldus dat in de ontwerpen van wetgevingshandelingen er rekening mee gehouden wordt dat alle, financiële of administratieve, lasten voor de Unie, de nationale regeringen, de regionale of lokale overheden, het bedrijfsleven en de burgers tot een minimum worden beperkt en in verhouding moeten staan tot het te bereiken doel (art. 5).

¹⁹³ In een recente prejudiciële uitspraak bevestigde het Hof van Justitie nogmaals dat de middelen waarmee een handeling van de Unie de nagestreefde doelstelling beoogt te bereiken passend moet zijn en niet verder mag gaan dan daarvoor noodzakelijk is (vgl. H. v. J. 9 november 2010, zaken C-92/09 en C-93/09, r.o. 75).

¹⁹⁴ Art. 45 tot 62 V.W.E.U.

¹⁹⁵ Het stelsel dat vooropgesteld wordt door artikel 48 V.W.E.U. wil voor al dan niet in loondienst werkzame migrerende werknemers en hun rechthebbenden waarborgen: a) dat, met het oog op het verkrijgen en het behoud van het recht op uitkeringen alsmede voor de berekening daarvan, al die tijdvakken worden bijeengeteld welke door de verschillende nationale wetgevingen worden in aanmerking genomen en b) dat de uitkeringen aan personen die op het grondgebied van de lidstaten

Voormelde Verdragsbepalingen staan in de weg aan nationale regelingen die de onderdanen van de lidstaten minder gunstig behandelen wanneer zij op het grondgebied van meer dan één lidstaat werkzaam willen zijn.

Zulks belet de lidstaten nochtans niet maatregelen te nemen die accessoir voor gevolg hebben dat het verrichten van werkzaamheden in een andere lidstaat minder aantrekkelijk wordt, wanneer hiermee andere doelstellingen van de Unie worden nagestreefd.

De beoordeling van de rechtmatigheid van dergelijke initiatieven veronderstelt hier opnieuw de verenigbaarheid van de genomen maatregelen met de door het evenredigheidsbeginsel gestelde grenzen.

Het vrije verkeer van werknemers kan aldus aan beperkingen onderworpen worden om de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid veilig te stellen.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie wijst er tevens op dat een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten, waarvan de afschaffing nochtans geboden is door het V.W.E.U.¹⁹⁶, toelaatbaar is onder bepaalde voorwaarden¹⁹⁷ die het Hof in de zaak *Deutsche Paracelsus Schulen für Naturheilverfahren GmbH tegen Kurt Gräbner*, verwoordde door te stellen dat nationale maatregelen die de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden belemmeren, slechts gerechtvaardigd kunnen zijn wanneer zij aan vier voorwaarden voldoen : zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, beantwoorden aan dwingende redenen van algemeen belang en geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en zij mogen bovendien niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel¹⁹⁸.

Iedereen zal zich ook nog de zaak *Bosman* herinneren.

In deze zaak die voor de beroepssportwereld aanzienlijke gevolgen zou hebben, oordeelde het Hof van Justitie dat een belemmering opleveren van het vrij verkeer van werknemers, transferregels zoals deze die inhouden dat een beroepsvoetballer slechts voor een club gevestigd in een andere lidstaat mag spelen indien een transfervergoeding wordt betaald aan zijn oude club¹⁹⁹.

verblijven, zullen worden uitbetaald. Dit stelsel werd uitgewerkt in de Verordening 1408/71, thans vervangen door de Verordening 883/2004 van 29 april 2004.

¹⁹⁶ Art. 49 en art. 56. Luidens art. 52 V.W.E.U. doen de voorschriften en maatregelen genomen in het raam van het *recht van vestiging* nochtans niet af aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen die uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.

¹⁹⁷ H. v. J. 5 december 2006, Cipolla e.a., zaken C-94/04 en C-202/04, r.o. 61; H. v. J. 13 december 2007, United Pan-Europe Communications Belgium e.a., zaak C-250/06, r.o. 39; H. v. J. 1 april 2008, Gouvernement de la Communauté française et gouvernement Wallon, zaak C-212/06, r.o. 55; H. v. J. 28 april 2009, Commissie/Italiaanse Republiek, zaak C-518/06, r.o. 72.

¹⁹⁸ H. v. J. 11 juli 2002, Deutsche Paracelsus Schulen, r.o. 39; zie ook H. v. J. 30 november 1995, Gebhard, zaak C-55/94, r.o. 37; H. v. J. 4 juli 2000, Haim, zaak C-424/97, r.o. 57; H. v. J. 1 februari 2001, Mac Quen, zaak C-108/96, r.o. 26.

¹⁹⁹ Hof van Justitie 15 december 1995, zaak C-415/93, r.o. 100. In andere sportzaken werd eveneens toepassing gemaakt van het evenredigheidsbeginsel : vgl. de zaken Lehtonen (2000), Deliège (2000) en Piau (2005).

De rechtsleer²⁰⁰ beklemtoonde de centrale plaats die het evenredigheidsbeginsel inneemt in dit arrest, waar het een duidelijke afwijzing inhoudt van elke disproportionele afbreuk die zou gedaan worden aan het vrije verkeer van werknemers binnen de Unie, zelfs indien zij geen discriminatie inhoudt.

In deze doctrine²⁰¹ werd er tevens op gewezen dat het Hof van Justitie bij de beoordeling van de beperkingen van het vrij verkeer van werknemers binnen de Unie, het vrij verrichten van diensten en het recht van vestiging van de onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat, zijn overtuiging formuleert op grond van een motivering waarvan de kern als volgt moet worden begrepen :

- gaat het om niet discriminatoire beperkingen²⁰², dan zal het Hof ze slechts strijdig verklaren met het Verdrag betreffende de Europese Unie indien zij disproportioneel zijn ten aanzien van het *wettelijk nagestreefde doel*, waarbij de evenredigheid zal beoordeeld worden in functie van de *noodzakelijkheid*²⁰³ en *doeltreffendheid* van de betrokken bepalingen.
- gaat het daarentegen om discriminatoire beperkingen dan wordt er a priori van uitgegaan dat ze ingaan tegen het Unie-recht, tenzij echter aangetoond wordt dat zij de evenredigheidstoets doorstaan.

In de zaak Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Italiaanse Republiek, verduidelijkte het Hof van Justitie verder bovendien dat het in het licht van het evenredigheidbeginsel niet nodig is dat door de autoriteiten van een lidstaat getroffen beperkende maatregelen overeenstemmen met een door alle lidstaten gedeelde opvatting over de wijze waarop het betrokken rechtmatig belang moet worden beschermd²⁰⁴. De relevante doelen van openbaar belang kunnen immers verschillen van lidstaat tot lidstaat²⁰⁵.

“Bijgevolg moet aan de lidstaten op dit vlak een beoordelingsmarge worden toegekend. Weliswaar staat het aan de lidstaat die zich ter rechtvaardiging van een beperking in de zin van het Verdrag op een dwingende vereiste beroept, aan te tonen dat zijn regeling passend en noodzakelijk is om het nagestreefde, rechtmatige doel te bereiken, maar deze bewijslast kan niet zo zwaar zijn dat deze lidstaat positief moet aantonen, dat met geen enkele ander voorstelbare maatregel het bereiken van dit doel onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd²⁰⁶”, preciseerde het Hof verder.

De enkele omstandigheid dat de ene lidstaat voor een ander stelsel van bescherming heeft gekozen dan de andere lidstaat, kan derhalve geen invloed hebben op de beoordeling van de noodzaak en de evenredigheid van de ter zake getroffen regelingen. Deze dienen enkel te worden getoetst aan de door de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat nagestreefde doelstellingen en aan het niveau van bescherming dat zij willen waarborgen. De lidstaten zijn dus vrij om hun beleidsdoelstellingen te

²⁰⁰ J.-Y. CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union Européenne*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2007, blz. 93 e.v.

²⁰¹ J.-Y. CARLIER, op.cit., blz. 104.

²⁰² Beperkingen die zonder onderscheid gelden met betrekking tot zowel louter interne als externe situaties, zoals dit het geval was in de zaak Bosman.

²⁰³ Veronderstelt dat er geen andere mogelijkheid bestaat om het beoogde doel te bereiken.

²⁰⁴ H. v. J. 28 april 2009, Commissie/Italiaanse Republiek, zaak C-518/06, r.o. 83.

²⁰⁵ De lidstaten zijn bevoegd om de eisen van openbare orde en openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften. Die eisen moeten in communautair verband echter restrictief worden opgevat, zodat hun inhoud niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald zonder controle van de instellingen van de Europese Gemeenschap (H. v. J. 10 juli 2008, Jipa, zaak C-33/07).

²⁰⁶ H. v. J. 10 februari 2009, Commissie/Italiaanse Republiek, zaak C-110/05, r.o. 65 en 66; H. v. J. 28 april 2009, Commissie/Italiaanse Republiek, zaak C-518/06, r.o. 84.

bepalen inzake openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid en om in voorkomend geval het gewenste beschermingsniveau nauwkeurig te omlijnen. De beperkingen die zij opleggen, moeten evenwel voldoen aan de voorwaarden die met betrekking tot de evenredigheid ervan in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd²⁰⁷.

Een nationale wetgeving is bovendien slechts geschikt om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer de verwezenlijking ervan op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd²⁰⁸.

De grondrechtentoetsing door het Hof van Justitie

Wat de grondrechtentoetsing door het Hof van Justitie betreft, is u bekend dat het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de daarin vastgestelde rechten, vrijheden en beginselen met de inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon op 1 december 2009, dezelfde juridische waarde hebben gekregen als de Verdragen, ingevolge de uitdrukkelijke bepaling in die zin van artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie²⁰⁹.

Het Handvest vormt sedertdien een verplicht toe te passen grondrechtelijk toetsingskader, niet alleen voor de Unie, maar ook voor de lidstaten wanneer zij het Unierecht uitvoeren, tenzij bij de totstandkoming van het Verdrag van Lissabon hierop een uitzondering is bedongen²¹⁰. Ook de instellingen en organen van de Unie dienen bijgevolg de grondrechten te eerbiedigen²¹¹. De bevoegdheden van zowel de Unie als van de lidstaten worden er dan ook door ingeperkt. Het handvest van de grondrechten van de Europese Unie²¹² dat een opsomming bevat van zes groepen van waarden met daaraan verbonden rechten die gelding hebben binnen de Unie, t.w. waardigheid, de vrijheden, gelijkheid, solidariteit, burgerschap en rechtspleging, omschrijft echter meteen de limieten van deze grondrechten in een van zijn laatste artikelen.

Men kan daar²¹³ lezen dat beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden *bij wet* moeten worden gesteld en dat zij de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden moeten eerbiedigen.

En verder, *“met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van*

²⁰⁷ H. v. J. 12 december 1995, Reisebüro Broede, zaak C- 3/95, r.o. 42; H. v. J. 21 oktober 1999, Zenatti, zaak C-67/98, r.o. 34; H. v. J. 1 februari 2001, Mac Quen, zaak C-108/96, r.o. 33; H. v. J. 19 februari 2002, Wouters e.a., zaak C-309/99, r.o. 108; H. v. J. 11 juli 2002, Deutsche Paracelsus Schulen, r.o. 46; H. v. J. 6 maart 2007, Placanica, zaak C-338/04, r.o. 48; H. v. J. 8 september 2009, Bwin International Ltd., zaak C-42/07, r.o. 59.

²⁰⁸ H. v. J. 10 maart 2009, Hartlauer, zaak C-169/07, r.o. 55; H. v. J. 8 september 2009, Bwin, zaak C-42/07, r.o. 61.

²⁰⁹ In de Verdragen en de rechtspraak van het Hof van Justitie, het gerecht en de gespecialiseerde rechtbanken treft men dan ook herhaaldelijk verwijzingen aan naar dit handvest dat primair gemeenschapsrecht geworden is (vgl. o.m. H.v.J. 11 november 2010, zaak C-20/10, r.o. 52; Gerecht 17 december 2011, zaak T-55/08; Gerecht voor ambtenarenzaken 8 februari 2011, zaak F-95/09).

²¹⁰ Art. 52, tweede lid van het handvest.

²¹¹ Vgl. H. v. J. 3 september 2008, Kadi en El Barakaat International Foundation, zaken C-402 en C-415/05, r.o. 284.

²¹² Toen het handvest voor het eerst werd afgekondigd te Nice op 7 december 2000, had het nog geen juridisch bindende kracht, wat evenwel niet belette dat het aanzien werd als een referentiewaarde waarnaar alsmear meer werd verwezen.

²¹³ Art. 52; vgl. ook Art. II-112 van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, Publicatieblad van de Europese Unie van 16 december 2004, nr. 2004/ C 310/41.

algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden”.

Fundamentele rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op eerbiediging van eigendom (art. 17), hebben derhalve geen absolute gelding, daar de uitoefening ervan kan onderworpen worden aan beperkingen voor zover deze gerechtvaardigd zijn uit hoofde van door de Unie nagestreefde doeleinden van algemeen belang²¹⁴.

Om anderzijds te kunnen beoordelen of een nationale situatie verenigbaar is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert, zal het Hof van Justitie de nationale rechter, zoals wij hoger reeds zagen, de nodige uitlegginggegevens verschaffen die deze nodig heeft²¹⁵.

Gelijke behandeling

Het recht op vrijwaring van discriminatie wordt gerekend tot de belangrijkste integriteitsrechten van de Universele verklaring van de rechten van de mens.

In Unie verband kreeg het recht op gelijke behandeling van in den beginne aandacht, aanvankelijk evenwel enkel vanuit een louter economisch oogpunt. Reeds in de jaren vijftig werd in het Europees Verdrag echter een regel opgenomen waarin bepaald was dat mannen en vrouwen gelijk loon voor gelijk werk moeten krijgen²¹⁶.

In het Verdrag van Amsterdam van 1997 wordt nadien het principe van non-discriminatie ingevoerd. In de Uniewetgeving zal men thans aanzienlijk wat maatregelen terugvinden die de bestrijding van discriminatie tot doel hebben²¹⁷.

Het gelijkebehandelingsrecht is uiteraard een rechtsgebied waar men in de rechtspraak van het Hof van Justitie vele toepassingen zal aantreffen van het beginsel van evenredigheid.

Toen het Hof zich ondermeer boog over situaties waar een indirecte discriminatie op grond van geslacht werd aangeklaagd in aanwezigheid van het in het Unie-verdrag neergelegde beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid, liet het aldus verstaan dat het de nationale rechter toekomt die bevoegd is om de feiten te beoordelen en de nationale wetgeving te interpreteren, uit te maken of het loonbeleid van een werkgever of een wettelijke regeling die feitelijk vrouwen sterker dan mannen treft, objectief kan worden gerechtvaardigd. Hiertoe dienen naar oordeel van het Hof, de gekozen middelen van het gevoerde wettelijk beleid of de door de werkgever tot stand gebrachte regeling, echter te beantwoorden aan een noodzakelijke doelstelling van de sociale politiek van de overheid, resp. een werkelijke behoefte van de onderneming en *evenredig* te zijn aan het beoogde doel of m.a.w. zij moeten *geschikt* en *noodzakelijk* zijn om dit doel te bereiken²¹⁸.

²¹⁴ H.v.J. 30 juli 1996, Bosphorus, zaak C-84/95, r.o. 21.

²¹⁵ H. v. J. 30 september 1987, Demirel, 12/86, r.o. 28; H. v. J. 12 juni 2003, E. Schmidberger, zaak C-112/00, r.o. 75.

²¹⁶ Vgl. thans artikel 157 V.W.E.U.

²¹⁷ Vgl. art 20, 21 en 23 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Wat de Verdragen betreft, art. 2, 3 en 9 V.E.U. en 18, 45, 153 en 157 V.W.E.U. en de Richtlijnen 2000/43/EC, 2000/78/EC, 76/207/EEG, herzien door Richtlijn 2006/54/EC, Richtlijn 2004/103/EC.

²¹⁸ Vgl. H.v.J. 13 mei 1986, Bilka, 170/84 en H.v. J. 7 mei 1991, Commissie/België, zaak C- 229/89.

Een ander interessant voorbeeld betreft de toepassing van artikel 2, 4 van de Richtlijn 76/207.

Richtlijn 76/207 van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden bepaalt in artikel 2, 4 : *“Deze Richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden”*²¹⁹.

In de zaak *Kalanke*²²⁰ had het Hof de uitzondering opgenomen in artikel 2, 4 van de Richtlijn 76/207²²¹ aanvankelijk veeleer restrictief geïnterpreteerd.

In zijn arrest *Marshall III* van 11 november 1997²²² zou het Hof van Justitie vervolgens terug komen op zijn vroegere rechtspraak met betrekking tot maatregelen van positieve discriminatie door te oordelen dat vrouwelijke kandidaten bij voorrang mogen worden bevorderd op voorwaarde dat deze voorrang buiten toepassing kan worden gelaten wanneer een of meerdere criteria betreffende de persoon van de kandidaten – die niet discriminerend zijn ten aanzien van vrouwen - de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat zouden doen overslaan.

Verdragsvrijheden vs. sociale politiek

Aangezien de Unie niet alleen een economisch maar ook een sociaal doel heeft, kwam het Hof van Justitie er eveneens toe de uit de Verdragsteksten, voortvloeiende rechten met betrekking tot het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal af te wegen tegen de doelen van de sociale politiek, waaronder met name de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden.

Aldus was in de bekende zaak van de *Finse ferrymaatschappij Viking* de vraag aan de orde of het Verdrag een vakbondsactie²²³ verbiedt die er op gericht is een werkgever te beletten, om economische redenen gebruik te maken van de vrijheid van vestiging.

Zoals in het verleden reeds het geval was, zou het Hof van Justitie in deze zaak opnieuw de Uniewetgeving toetsen op haar verenigbaarheid met grondrechten.

Het Hof bevestigde in deze zaak zijn vroegere rechtspraak²²⁴ door te oordelen dat de uitoefening van de in deze zaak betrokken grondrechten, te weten het recht om collectieve acties te voeren, niet buiten

²¹⁹ Vgl. art 157,4 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

²²⁰ H.v.J. 17 oktober 1995, zaak C-450/93

²²¹ Richtlijn 76/207 van de raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden waarvan artikel 2, 4 bepaalt : *“Deze Richtlijn vormt geen belemmering voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van de vrouwen op de in artikel 1, lid 1, bedoelde gebieden nadelig beïnvloeden”*. Vgl. art 157,4 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

²²² Zaak C-409/95.

²²³ Inz. een collectieve actie ter uitvoering van een anti-goedkopevlaggenbeleid.

²²⁴ H.v.J. 12 juni 2003, Schmidberger, zaak C-112/00, r.o. 74; H.v.J. 14 oktober 2004, Omega, zaak C-36/02, r.o. 35.

de werkingssfeer van de Verdragsbepalingen valt²²⁵ en dat hun uitoefening in overeenstemming moet worden gebracht met de vereisten die de door het Verdrag beschermde rechten stellen en bovendien in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel²²⁶.

Nogmaals wordt hier herhaald dat een beperking van de vrijheid van vestiging slechts toelaatbaar is, wanneer zij een rechtmatig, met het Verdrag verenigbaar doel nastreeft en haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. In een dergelijk geval is bovendien vereist dat zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken.

Het Hof bevestigde ook andermaal zijn bevoegdheid de verwijzende rechter aanwijzingen te geven die hem in staat zullen stellen uitspraak te doen in het concrete, bij hem aanhangig geschil en preciseerde wat betreft de vraag of de collectieve actie die aan de orde was in het hoofdgeding, niet verder gaat dan nodig ter bereiking van het nagestreefde doel, dat het de verwijzende rechter met name toekomt te onderzoeken of, enerzijds, krachtens de nationale wetgeving en het recht inzake collectieve overeenkomsten dat op deze actie toepasselijk is, de vakbond niet over andere, de vrijheid van vestiging minder beperkende middelen beschikte om de collectieve onderhandeling met de werkgever tot een goed einde te brengen, en, anderzijds of de vakbond deze middelen had uitgeput alvorens een actie te beginnen²²⁷.

Elders betoonde het Hof zich schijnbaar minder restrictief toen het liet verstaan dat beperkingen door nationale maatregelen²²⁸ van het intracommunautaire handelsverkeer kunnen gerechtvaardigd worden door het legitiem belang dat de bescherming van de grondrechten van manifestanten vormt op het gebied van de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vergadering²²⁹. Aangaande deze rechtvaardiging moeten de betrokken belangen, naar oordeel van het Hof, tegen elkaar worden afgewogen en moet aan de hand van alle omstandigheden van elk afzonderlijk geval worden nagegaan of een juist evenwicht tussen die belangen werd geëerbiedigd. De nationale autoriteiten beschikken daarbij weliswaar over een ruime beoordelingsvrijheid, doch het Hof kende zich in deze zaak de bevoegdheid toe na te gaan of de beperkingen op de door het Verdrag gewaarborgde

²²⁵ Voor elk van de verschillende verdragsbepalingen die fundamentele vrijheden waarborgen, gelden echter aan deze bepalingen eigen toepassingsregelen wat het Hof er toe bracht te oordelen dat collectieve arbeidsovereenkomsten de regels inzake overheidsopdrachten moeten eerbiedigen (H.v.J. 15 juli 2010, Commissie/Duitsland, zaak C-271/08), maar buiten de werkingssfeer van de regels inzake het mededingingsrecht vallen. Zie H.v.J. 3 maart 2011, AG2R Prévoyance/Beaudout Père et fils SARL, zaak C-437/09.

²²⁶ H.v.J. 11 december 2007, Viking Line, zaak C-438/05, r.o. 47. In dezelfde zin H.v.J. 18 december 2007, Laval & Partnery, C-341/05, r.o. 94. Zie over deze arresten : P. RODIÈRE, "Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective", RTD Européen, 2008, blz. 47 e.v.

²²⁷ Deze rechtspraak lokte hevige reacties uit zoals blijkt uit een resolutie van het Europees Parlement van 22 oktober 2008 over de uitdagingen voor collectieve overeenkomsten in de EU waarin bekrachtigd werd dat de fundamentele sociale rechten in de hiërarchie van de grondrechten niet ondergeschikt zijn aan de economische rechten en waarin het verlangen is opgenomen dat in het primaire recht het evenwicht tussen grondrechten en economische vrijheden wordt bekrachtigd.

²²⁸ In casu het niet verbieden van een samenkomst van manifestanten waardoor voor een bepaalde duur een belangrijke verbindingsweg tussen twee lidstaten volledig werd geblokkeerd.

²²⁹ Art. 6, 3. V.E.U luidt : "De grondrechten zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie".

vrijheden, evenredig zijn aan de nagestreefde legitieme doelstelling, in casu de bescherming van de grondrechten²³⁰.

Er zij hier ook op gewezen dat het Hof van Justitie er steeds is van uitgegaan dat een lidstaat zich ter rechtvaardiging van een nationale maatregel die het vrij verrichten van diensten kan belemmeren, op redenen van algemeen belang kan beroepen, doch slechts wanneer die maatregel in overeenstemming is met de fundamentele rechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert²³¹.

Sancties

Zoals dat in de nationale rechtspraak het geval is, wordt het beginsel van evenredige afweging in het Unierecht verder toegepast wanneer een sanctionerend optreden ter beoordeling staat. Aldus zal het Hof, wanneer het in toepassing van artikel 260 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie²³² beslist een forfaitaire som op te leggen, bij de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid, deze zodanig vaststellen dat zij in overeenstemming is met de omstandigheden en evenredig aan zowel de vastgestelde niet-nakoming van het arrest als de draagkracht van de betrokken lidstaat.

Een evenredigheidstoetsing treft men in dat verband ook aan wanneer de Commissie haar bevoegdheid uitoefent om geldboeten op te leggen wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht²³³.

Er kan in dit verband eveneens vermeld worden dat het evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen is opgenomen in artikel 49 van het handvest van de grondrechten van de Europese Unie²³⁴ waar bepaald is dat de zwaarte van een straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit²³⁵.

Artikel 263 V.W.E.U.

Ten slotte is in artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bepaald dat iedere natuurlijke of rechtspersoon onder de in de eerste en tweede alinea vastgestelde voorwaarden een beroep kan instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en

²³⁰ H. v. J. 12 juni 2003, E. Schmidberger, zaak C-112/00, r.o.78 tot 82

²³¹ Hof van Justitie 18 juni 1991, ERT, 260/89, r.o. 43; H. v. J. 26 juni 1997, Familiapress, zaak C- 368/95, r.o. 24; H. v. J. 11 juli 2002, Carpenter, zaak C- 60/00, r.o. 40.

²³² Indien het Hof van Justitie van de Europese Unie vaststelt dat een lidstaat een der krachtens de Verdragen op hem rustende verplichting niet is nagekomen, is deze laatste gehouden die maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof. Het Hof kan deze Staat de betaling van een forfaitaire som of dwangsom opleggen, indien het vaststelt dat de betrokken lidstaat zijn arrest niet is nagekomen, nadat de Commissie de zaak voor het Hof heeft gebracht met vermelding van het bedrag van de door de betrokken lidstaat te betalen forfaitaire som of dwangsom die zij in de gegeven omstandigheden passend acht.

²³³ Vgl. Ger. 24 maart 2011, T-377/06.

²³⁴ Artikel 51 van het handvest bepaalt evenwel dat de bepalingen ervan uitsluitend gericht zijn tot de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.

²³⁵ Zie hierover : F. TULKENS & M. VAN DE KERCKHOVE, "Le principe de proportionnalité des sanctions répressives dans la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communauté Européennes", in *Liber Amicorum Henri – D. Bosly*, Brugge, Die Keure, blz. 387.

individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen.

Met betrekking tot handelingen die niet gericht zijn tot een persoon stelde zich de vraag vanaf welk ogenblik men er niettemin van uit kan gaan dat hij er rechtstreeks en individueel door geraakt wordt.

Hier opnieuw suggereerde de doctrine in aanwezigheid van een Europese rechtspraak die niet steeds eenduidig was, dat de Unierechter zich zou laten leiden door de beginselen van proximateit en proportionaliteit²³⁶. Het evenredigheidsbeginsel zal immers toelaten vast te stellen of de handeling de verzoeker op buitensporige wijze heeft geraakt en hiermee werd voorbij gegaan aan het doel dat de auteur van de handeling voor ogen had.

Evenredigheid in het recht van het E.V.R.M.

De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel heeft steeds een aanzienlijke plaats ingenomen in de rechtspraak van het E.H.R.M. dat garant staat voor het toezicht op de naleving van het in 1950 tot stand gekomen E.V.R.M.²³⁷.

Het vereiste van evenredigheid wordt overigens aanzien als de "*gouden regel*" van deze rechtspraak²³⁸ waar de aantasting van de verdragsrechten ter beoordeling staat.

Het Hof ontwikkelde een invloedrijke rechtspraak waarin het onderzoekt of inperkingen van de rechten en vrijheden gewaarborgd door het Verdrag een legitiem doel nastreven en proportioneel zijn met het nagestreefde doel²³⁹.

Elders werd reeds uitgebreid stilgestaan bij deze casuïstiek; Zij werd in de literatuur uitvoerig en op schitterende wijze becommentarieerd²⁴⁰.

Wij willen hier slechts kort wijzen op de beslissende rol die het evenredigheidsbeginsel vervult waar het gaat om de bescherming van de fundamentele kern van de grondrechten en in de theorie van de positieve verplichtingen.

De rol van de proportionaliteitstoets in het raam van de bescherming van de fundamentele kern van de grondrechten.

²³⁶ Wanneer de handeling niet gericht is tegen de verzoeker, dan is het geding dat hij heeft aangespannen *a priori* onontvankelijk. De verzoeker kan dat vermoeden echter weerleggen indien hij aantoont dat hij individueel en rechtstreeks betrokken is aan de hand van de beginselen van nabijheid en evenredigheid wat hem in een situatie plaats die gelijkenissen vertoont met die van een bestemming (vgl. J.-Y. CARLIER, o.c., blz. 299).

²³⁷ Zie S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2001.

²³⁸ L.-E. PETTITI, "Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui" in L.-E. PETTITI, P.H. IMBERT en E. DECAUX (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, blz. 33.

²³⁹ Vgl. Bevb. Wat de schending betreft van het recht op eerbiediging van het privé leven gewaarborgd door artikel 8 van het E.V.R.M. de arresten Olson van 24 maart 1988; Madsen van 7 november 2002 en Wretlund van 9 maart 2004.

²⁴⁰ Vgl. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, Publications des Facultés saint-Louis, 2001.

Wanneer er uitzonderlijke omstandigheden zijn die voor gevolg hebben dat het noodzakelijk kan voorkomen grondrechten te beperken of de uitoefening ervan strikt te omkaderen, kan zich hierbij de vraag stellen of deze omstandigheden van aard kunnen zijn dat het grondrecht er volledig door verdwijnt dan wel of er steeds een onaantastbare wezenskern van het grondrecht moet gewaarborgd blijven.

In artikel 15 (1) E.V.R.M. is bepaald dat in tijd van oorlog of in geval van enig andere noodtoestand, welke het bestaan van het volk bedreigt, iedere Hoge Verdragsluitende partij maatregelen kan nemen welke afwijken van zijn verplichtingen, ingevolge dit Verdrag, *mits deze maatregelen niet verder gaan dan de toestand vereist* en niet in strijd is met andere verplichtingen welke voortvloeien uit het internationaal recht²⁴¹.

Zulks houdt in dat een afwijking van de verdragsbepalingen slechts mogelijk is op voorwaarde dat er een verhouding van redelijkheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel²⁴². Men is er dan ook van uitgegaan dat de Verdragsrechten dank zij deze proportionaliteitsvereiste, kunnen ontkomen aan een volledige uitholling waardoor een wezenskern van het grondrecht kan gevrijwaard blijven.

Maatschappijontwrichtende crisissituaties kunnen evenzo een ernstige bedreiging vormen voor de sociale grondrechten.

Hier ook wordt aanvaard dat de noodzakelijke en proportionele beperking aan een sociaal grondrecht aangebracht, nooit zo verre gaand mag zijn dat er “niets meer overblijft” en dat de essentie van het recht zelf wordt vernietigd²⁴³.

Het proportionaliteitsvereiste bij de beoordeling van de naleving door de verdragsstaten van de positieve verplichtingen²⁴⁴ inherent aan het E.V.R.M.

Men weet dat de effectieve eerbiediging van de vrijheden en rechten die gewaarborgd worden door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, voor de overheid meer inhoudt dan de loutere verplichting er zich van te onthouden zich te mengen in de uitoefening van deze rechten en vrijheden.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens beklemtoonde geleidelijk aan de *positieve verplichting* die op de overheid rust, redelijke en aangepaste maatregelen te nemen om deze rechten en vrijheden te beschermen en hun effectiviteit te waarborgen²⁴⁵.

De overheid beschikt hier over een beleidsruimte²⁴⁶.

²⁴¹ Art. 15 (2) luidt : “De voorgaande bepaling wettigt geen enkele afwijking van artikel 2 behalve in geval van dood als gevolg van geoorloofde oorlogshandelingen, noch van de artikelen 3, 4, eerste lid en 7”.

²⁴² De beperking van het grondrecht moet in redelijke verhouding staan tot het doel dat met die beperking wordt beoogd.

²⁴³ Vgl. G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2003, blz . 267 die verwijst naar A. Kaufmann, “Uber den “Wesensgehalt” der Grund-und Menschenrechte”, A.R.S.P. 1984, (384) 387.

²⁴⁴ Vgl. F. SUDRE, “Les “obligations positives” dans la jurisprudence des droits de l’homme », Rev. Trim. D.H. 1995, 364 e.v ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, P.U.F., 2003, blz. 228 e.v.; G.MAES, o.c., blz. 179.

²⁴⁵ EHRM 9 oktober 1979, Airey t/Ierland.

²⁴⁶ EHRM 26 maart 1985, X en Y t/Nederland.

Bij de beoordeling van de naleving door de overheid van zijn positieve verplichting de daadwerkelijke rechtsbescherming van de burger te realiseren, zal er een afweging plaats vinden tussen het individueel en het algemeen belang waarbij eens te meer de proportionaliteitsregel wordt in acht genomen²⁴⁷. Zulks houdt in dat het niet optreden door de overheid of het nemen van beschermende maatregelen door deze laatste, in verhouding moet staan tot het te beschermen belang²⁴⁸. Er zal m.a.w. nagegaan worden of voldoende en redelijk te verantwoorden maatregelen genomen werden om de bescherming van het grondrecht te verzekeren²⁴⁹.

Besluit

Wat voorafgaat laat het besluit toe dat in onze rechtspraak het gegeven staat dat de betekenis van het vereiste van evenredigheid enorm toegenomen is en dat het toepassingsbereik ervan zich steeds verder uitstrekt tot alle geledingen van het internationale en nationale recht.

Het vereiste van evenredigheid kan in onze rechtsomgeving omschreven worden als een matricieel rechtsbeginsel²⁵⁰ dat gehanteerd wordt als een controleinstrument en de rechter toelaat na te gaan of aan wetten en individuele of verordenende beslissingen van de overheid of handelwijzen van particulieren een redelijke en evenwichtige afweging van de belangen van eenieder die er bij betrokken is, voorafging²⁵¹.

Het veronderstelt derhalve een rechtmatigheidstoets van een bevoegdheidsuitoefening waardoor de rechter een onevenredige afweging²⁵² rechtstreeks of onrechtstreeks kan corrigeren.

De grote diversiteit van situaties waarin beroep wordt gedaan op een evenredigheidscontrole weerspiegelt het aanzienlijk belang ervan maar scherpt ook sterk de gevoeligheid aan voor het vraagstuk van de afbakening van de reikwijdte van de beoordelingsvrijheid van de rechter terzake.

Het basisprincipe van de evenredigheid kan immers in zijn uitwerking en concrete juridische toepassing onvoorspelbaar zijn en bijgevolg een factor van onzekerheid worden. Bij de beoordeling van de deugdelijkheid van beperkingen die rechten ondergaan, zal het inderdaad vaak ontbreken aan afdoende en relevante afwegingscriteria.

De gevallen waar het niet overduidelijk is dat er sprake is van een onaangepast of te verregaand instrument en waar kan getwijfeld worden of een maatregel wel noodzakelijk is om een gegeven doelstelling te bereiken, liggen moeilijk.

²⁴⁷ F. Sudre, "Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, Rev. Trim. D.H. 1995, 378 ; G. Maes, De afdwingbaarheid van sociale Grondrechten, intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2003, blz.188 ; E.H.R.M. 13 augustus 1981, Young, James en Webster t/ V.K, E.H.R.M. 24 februari 1998, Botta t/ Italië ; E.H.R.M. 18 januari 2001, Chapman t/V.K.

²⁴⁸ Men noemt dit ook de "fair balance" toets.

²⁴⁹ Vgl. E.H.R.M. 21 juni 1988, Ärzte für das Leben t/ Oostenrijk.

²⁵⁰ J.Y. CARLIER heeft het over "...le point d'équilibre du raisonnement juridique", o.c., blz. 96.

²⁵¹ Vgl. J.H. GERARDS, "Proportionaliteit en gelijke behandeling", in A.J. NIEUWENHUIS e.a. (red.), Proportionaliteit in het publiek recht, Deventer, Kluwer, 2005, blz.79.

²⁵² Of om het met de beeldrijke uitdrukking van de Duitse rechtsgeleerde W. Jellinek te verwoorden, "op müssen schießt je niet met kanonnen".

Uitmaken welke elementen in de belangenafweging verdisconteerd horen te worden blijkt verder vaak een subjectieve aangelegenheid te worden.

Zoals dat voor andere rechtsbeginselen het geval is brengt de aard van het evenredigheidsbeginsel met zich mee dat het in zijn omschrijving en toepassingsgebied ontbreekt aan nauwkeurigheid vooral nu het een verschillende duiding kan krijgen naargelang het rechtsgebied waarin de noodzaak er op beroep te doen zich zal manifesteren.

De invulling die het afwegingskader krijgt bij ongelijke behandeling van ongelijke gevallen is bovendien verschillend van wat die zal zijn bij afwijking van de regel dat gelijke gevallen een gelijke behandeling moeten krijgen. In deze laatste hypothese, dient immers uitgemaakt te worden of de belangen die het verschil in behandeling beoogt te dienen in een redelijke verhouding staan tot de belangen die hierdoor worden geschaad terwijl het in het eerste geval zal gaan om de beoordeling van de billijke verhouding tussen de door de ongelijke behandeling aangetaste belangen en de mate van ongelijkheid.

Evenredigheid aannemen tussen doel en middel kan in die omstandigheden aanzien worden als voortschrijden in een schemergebied²⁵³.

De constatering geldt ook dat consistentie in de jurisprudentie terzake allicht moeilijk te bereiken zal zijn.

Het voorgaande betekent nochtans niet dat de accentuering van het belang van de evenredigheidstoets in de rechtspraak niet valt toe te juichen. De grotere flexibiliteit die deze benadering inhoudt en de contextualisatie die hij mogelijk maakt, laat immers een grotere afstemming toe op de billijkheid, de rechtvaardigheid en de rede.

Het gaat hier om een belangrijke meerwaarde bij de toepassing van het recht en het is dus niet goed denkbaar dat hiervan afstand zou gedaan worden.

De juistheid van dit uitgangspunt veronderstelt evenwel dat de rechter zijn op het evenredigheidsbeginsel afgestemde onderzoeks- en motiveringsplicht niet al te lichtvaardig zou opvatten en de nodige terughoudendheid en een beredeneerde werkwijze bij de toepassing ervan zou in acht nemen opdat deze laatste zich door een ondoordacht gebruik uiteindelijk niet zou keren tegen de beschermende functie die er van verwacht wordt.

Brussel, 2 september 2011

²⁵³ Vgl. S. VAN DROOGHENBROECK, op.cit. blz. 730.

