

Rolnummer 6728
Arrest nr. 50/2019 van 4 april 2019

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, zoals vervangen bij artikel 79 van de programmawet (I) van 29 maart 2012, gesteld door de Franstalige Arbeidsrechtbank te Brussel.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters F. Daoût en A. Alen, en de rechters J.-P. Snappe, E. Derycke, T. Giet, R. Leysen en M. Pâques, bijgestaan door de griffier F. Meersschaut, onder voorzitterschap van voorzitter F. Daoût,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij vonnis van 13 september 2017 in zake de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tegen de bvba « Hercule », waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 26 september 2017, heeft de Franstalige Arbeidsrechtbank te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 22^{ter}, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, met artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met het algemene rechtsbeginsel ‘ *non bis in idem* ’,

indien de ambtshalve regularisatie van de bijdragen van de deeltijdse werknemers op basis van een voltijdse tewerkstelling met toepassing van het bij het voormelde artikel 22^{ter}, tweede lid, ingevoerde vermoeden wordt beschouwd als een bijzondere manier van herstel of terugbetaling van burgerrechtelijke aard, bestemd om, in het belang van de financiering van de sociale zekerheid, een einde te maken aan een met de wet strijdige situatie, dan wel als een straf in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten,

terwijl, enerzijds, die ambtshalve regularisatie kan worden opgelegd naast en boven een administratieve geldboete die is opgelegd met toepassing van artikel 151, eerste lid, 4°, van het Sociaal Strafwetboek, toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten,

en terwijl, anderzijds, artikel 22^{ter}, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 niet voorziet in de mogelijkheid om de ambtshalve regularisatie van de bijdragen waarin zij voorziet, op te schorten of gepaard te laten gaan met een volledig of gedeeltelijk uitstel, terwijl de werkgever die wegens dezelfde feiten voor de correctionele rechtbank wordt vervolgd, de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie kan genieten, waardoor categorieën van personen die zich in vergelijkbare situaties bevinden, aldus verschillend worden behandeld ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de bvba « Hercule », bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. F. Vancrombreucq, advocaat bij de balie te Brussel;
- de Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. V. Pertry, advocaat bij de balie te Brussel.

Bij beschikking van 19 december 2018 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers M. Pâques en E. Derycke te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 16 januari 2019 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 16 januari 2019 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Op 29 mei 2015 voert de sociale inspectie van de FOD Sociale Zekerheid een controle uit op de maatschappelijke zetel van de verwerende partij voor de verwijzende rechter en stelt zij de tewerkstelling van vier deeltijds aangegeven werknemers volgens een variabel werkrooster vast, voor wie geen enkel werkrooster kon worden voorgelegd.

Op 8 juni 2015 stelt de sociale inspectie een proces-verbaal op waarin verschillende inbreuken worden vastgesteld op, enerzijds, artikel 159, eerste lid, van de programmawet van 22 december 1989 en, anderzijds, artikel 159, tweede lid, van dezelfde wet. Een verslag van onderzoek wordt opgesteld ter attentie van de eisende partij voor de verwijzende rechter op 15 april 2016. Op 24 mei van hetzelfde jaar stuurt de eisende partij de verwerende partij een brief met betrekking tot de regularisatie.

Ingevolge de sociale controle regulariseert de sociale inspectie de prestaties van de vier werknemers op basis van een voltijdse betrekking met toepassing van artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (hierna : de wet van 27 juni 1969). Bijgevolg eist de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (hierna : RSZ) de betaling van de bijdragen die verschuldigd zijn op het verschil tussen de aangegeven bezoldigingen en de op basis van een voltijdse tewerkstelling berekende bezoldigingen.

Op 20 juli 2016 wordt een administratieve geldboete ten bedrage van 1 200 euro opgelegd aan de verwerende partij voor de verwijzende rechter. Ingevolge de niet-betaling, door de verwerende partij voor de verwijzende rechter, van de bijdragen die verschuldigd zijn wegens de regularisatie, stelt de RSZ op 26 september 2016 een procedure voor de Arbeidsrechtbank te Brussel in. Die stelt vast dat de voorwaarden voor de toepassing van het voormelde artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969 waren vervuld en dat de RSZ bijgevolg kon overgaan tot de regularisatie van de bijdragen op basis van een bezoldiging voor een voltijdse tewerkstelling.

Volgens de verwerende partij voor de verwijzende rechter is de in artikel 22^{ter} van de wet van 27 juni 1969 bedoelde maatregel een sanctie en heeft hij een strafrechtelijk karakter in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens wegens het astronomische karakter ervan, zodat de in die bepaling bedoelde waarborgen van toepassing moeten zijn. Zij beroept zich ook op het feit dat zij wegens dezelfde feiten reeds een administratieve sanctie heeft ondergaan, zodat het algemene rechtsbeginsel *non bis in idem* eveneens van toepassing zou zijn. Het is in die zin dat zij suggereert om een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen.

III. *In rechte*

- A -

A.1.1. Na de historische context van het in het geding zijnde artikel 22^{ter} te hebben uiteengezet, beklemtoont de Ministerraad dat het doel van het erin vervatte vermoeden, niet erin bestaat bijdragen op basis van een voltijdse tewerkstelling te doen betalen indien de werkgever in werkelijkheid deeltijdse werknemers tewerkstelde. De werkgever kan die deeltijdse tewerkstelling immers bewijzen.

Bij een arrest van 3 februari 2003 heeft het Hof van Cassatie de omvang gepreciseerd van het bewijs dat door de werkgever moet worden geleverd: mits die bewijst dat de werknemers niet voltijds worden tewerkgesteld, zal het vermoeden van voltijdse tewerkstelling niet spelen. Bovendien, zoals het Hof van Cassatie bij een arrest van 20 oktober 2008 heeft geoordeeld, geldt het vermoeden van voltijdse tewerkstelling enkel voor de periodes van vóór de controle die niet verjaard zijn en waarvoor de werkgever geen werkrooster heeft bekendgemaakt. De periode van na de controle wordt nooit geregulariseerd op basis van een voltijdse tewerkstelling.

De Ministerraad beklemtoont eveneens dat het vermoeden van voltijdse tewerkstelling met alle rechtsmiddelen kan worden weerlegd. Er wordt verwezen naar de rechtspraak van de arbeidsrechtbanken om de vrijheid van de rechter in die aangelegenheid bij het onderzoek van de al dan niet voltijdse tewerkstelling te illustreren. Het doel van het vermoeden bestaat dus erin de werkelijk verschuldigde bijdragen toe te passen en niet de werkgevers te bestraffen.

A.1.2. Wat het antwoord op de prejudiciële vraag betreft, voert de Ministerraad aan dat de in het geding zijnde bepaling geen strafrechtelijk karakter heeft. Zij wordt internrechtelijk immers niet als een strafrechtelijke sanctie gekwalificeerd en heeft noch een preventief, noch een repressief karakter. Zij strekt enkel ertoe de schade door niet-legitiem gedrag te herstellen door de invordering van de ontdoken sociale bijdragen mogelijk te maken.

De Ministerraad verwijst naar de rechtspraak waarin de ontstentenis van het repressieve of ontradende karakter van de in het geding zijnde bepaling zou worden bevestigd.

Volgens de Ministerraad zijn de graad van ernst van de maatregel die de werkgever ten gevolge van het vermoeden kan ondergaan en de ambtshalve regularisatie die hij met zich mee kan brengen, volkomen evenredig met de veroorzaakte schade: het is niet de bedoeling een extra bedrag te betalen dat niet in verhouding staat tot de schade die is geleden door het stelsel van de sociale zekerheid voor werknemers. Er bestaat geen aanleiding om te spreken over een verhoging van de verschuldigde bedragen, met uitzondering van de opslag die verschuldigd is op elke sociale bijdrage die te laat is betaald. Het bedrag van de regularisatie is enkel het resultaat van het verschil tussen de bijdragen die hadden moeten worden betaald op basis van voltijds werk en de eventueel reeds betaalde bijdragen.

De Ministerraad voegt eraan toe dat de opslagen en interesten die de werkgever moet betalen in geval van sociale bijdragen die te laat zijn betaald, kunnen worden vermeden indien de werkgever de verschuldigde sommen spontaan betaalt alvorens een bericht van regularisatie te ontvangen. Over het algemeen verstrijkt er immers een kwartaal tussen de inspectie waarbij de inbreuk wordt vastgesteld en de regularisatie, hetgeen de werkgever de tijd laat om zijn situatie zonder opslag of interesten te regulariseren. Zelfs bij niet-tijdige betaling van de bijdragen is het bovendien mogelijk om aan de RSZ te vragen om af te zien van de interesten en bijdrageopslagen onder de voorwaarden van artikel 55 van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders. De werkgever kan het ook steeds eens worden over een afbetalingsplan.

A.1.3. De Ministerraad onderzoekt vervolgens de rechtspraak van het Hof met betrekking tot het strafrechtelijk karakter van bijdragen die soortgelijk zijn aan die bedoeld in de in het geding zijnde bepaling. Hij voert aan dat de in artikel 22ter van de wet van 27 juni 1969 bedoelde maatregel kan worden vergeleken met de sanctie van de ambtshalve veroordeling waarin vroeger was voorzien in artikel 35, § 1, derde lid, van de wet van 27 juni 1969, waarover het Hof bij zijn arrest nr. 92/2000 van 13 juli 2000 heeft geoordeeld dat zij enkel tot doel had het door de RSZ geleden nadeel te herstellen.

De Ministerraad vergelijkt de in het geding zijnde bepaling eveneens met de forfaitaire bijdrage die verschuldigd is door de werkgevers die de werknemers die zij tewerkstellen, niet hebben aangesloten bij een arbeidsongevallenverzekering krachtens artikel 59quater van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971. Bij zijn arrest nr. 146/2015 van 22 oktober 2015 heeft het Hof geoordeeld dat die bijdrage geen strafrechtelijk karakter had. Bij zijn arresten nrs. 28/2012 van 1 maart 2012 en 112/2012 van 20 september 2012 heeft het Hof eveneens geoordeeld dat de bijdrage die verschuldigd is in geval van ontstentenis van DIMONA-aangifte, geen strafrechtelijke sanctie was.

De Ministerraad preciseert evenwel dat de in het geding zijnde bepaling verschilt van de twee uiteengezette maatregelen in zoverre zij niet op forfaitaire basis maar op basis van een voltijdse tewerkstelling wordt berekend, behoudens bewijs van het tegendeel door de werkgever om zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de werkelijkheid. Zij kan dus des te minder als een strafrechtelijke sanctie worden gekwalificeerd.

Volgens de Ministerraad kan de in het geding zijnde maatregel daarentegen niet worden vergeleken met de sanctie waarin vroeger in artikel 35, § 1, vijfde lid, van de wet van 27 juni 1969 was voorzien. In verschillende arresten heeft het Hof geoordeeld dat de bij de voormelde bepaling ingevoerde maatregel een overwegend repressief karakter had. Dat standpunt werd bevestigd door advocaat-generaal Damien Vandermeersch in zijn advies dat aan het arrest van het Hof van Cassatie van 27 september 2006 voorafgaat.

De Ministerraad merkt eveneens op dat het Hof de opslagen en interesten die zijn vastgesteld in geval van niet-tijdige betaling van de sociale bijdragen, bij zijn arrest nr. 9/2003 van 22 januari 2003 als vergoedend heeft aangemerkt.

De in het geding zijnde bepaling zou evenmin kunnen worden vergeleken met de sanctie die is bedoeld in artikel 30bis, § 3, derde lid, van de wet van 27 juni 1969, zoals het tot 1 januari 1999 van toepassing was. Zoals het Hof bij zijn arrest nr. 86/2007 van 20 juni 2007 heeft geoordeeld, heeft die bepaling niet tot doel schade te herstellen die is berokkend aan de RSZ, maar heeft zij een overwegend repressief karakter.

Volgens de Ministerraad blijkt duidelijk uit het voorgaande dat bij de beoordeling van het al dan niet strafrechtelijke karakter van een maatregel moet worden geanalyseerd of de sanctie concrete schade herstelt, dan wel of zij de vergoeding van de werkelijk geleden schade overstijgt en bijgevolg een bestraffend karakter heeft.

A.1.4. Wat het beginsel *non bis in idem* en de opschorting van de uitspraak betreft, besluit de Ministerraad dat de waarborgen die artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten bieden (waaronder, onder meer, de toepassing van het beginsel *non bis in idem* en de mogelijkheid om een opschorting, een uitstel of een probatie van de strafrechtelijke sanctie te verkrijgen), te dezen niet van toepassing zijn aangezien de in het geding zijnde bepaling een burgerrechtelijke maatregel vormt die evenwel niet als burgerrechtelijke sanctie kan worden gekwalificeerd omdat zij enkel de schade herstelt die is geleden door de niet-betaling van de verschuldigde bijdragen.

A.2.1. De verwerende partij voor de verwijzende rechter beklemtoont dat « de kern van de aan het Hof gestelde vraag de strafrechtelijke of burgerrechtelijke kwalificatie is van de in het geding zijnde bepaling en van de waarborgen die op grond van de kwalificatie ervan op haar zouden kunnen worden toegepast ».

Nadat zij de criteria voor de toepasbaarheid van het strafrechtelijk deel van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens in herinnering heeft gebracht die zijn afgeleid uit de paragrafen 82 en 83 van het arrest *Engel en anderen t. Nederland* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, merkt de eisende partij voor de verwijzende rechter op dat artikel 6 van toepassing werd geacht op de procedures met betrekking tot belastingverhogingen en fiscale straffen.

Te dezen zou de economische impact van de sanctie van ambtshalve regularisatie van de sociale bijdragen op basis van een voltijdse tewerkstelling krachtens de in het geding zijnde bepaling uitermate ernstig zijn voor de werkgever, van wie achterstallige sociale bijdragen kunnen worden gevorderd die soms tot het drievoud van het bedrag van de reeds betaalde bijdragen kunnen oplopen, en zulks voor de gehele periode van tewerkstelling van de werknemer. De periode van regularisatie van de bijdragen moet evenwel worden beperkt tot de laatste drie jaren van tewerkstelling, aangezien de schuldvorderingen van de RSZ ten laste van de aan de wet van 27 juni 1969 onderworpen werkgevers verjaren na drie jaar.

In de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling zouden de rechtzoekenden niet worden geïnformeerd over de burgerrechtelijke of strafrechtelijke aard van de maatregel. In de ter zake vrij beperkte rechtspraak zou de kwestie evenmin duidelijk zijn beslecht.

A.2.2. Volgens de verwerende partij voor de verwijzende rechter zou de in artikel 22quater van de wet van 27 juni 1969 bedoelde solidariteitsbijdrage fundamenteel verschillen van de in artikel 22ter van dezelfde wet bedoelde regularisatiebijdrage, aangezien de solidariteitsbijdrage is beperkt in de tijd en wat de omvang ervan betreft (het drievoud van de basisbijdragen, op het gemiddeld minimummaandinkomen, met een mogelijkheid tot vermindering en zelfs tot nietigverklaring in geval van onmogelijkheid van voltijdse tewerkstelling).

Hoewel het Hof in zijn arresten nrs. 28/2012 en 112/2012 voor recht heeft gezegd dat de in het voormelde artikel 22*quater* bedoelde solidariteitsbijdrage geen repressieve functie had daar zij voortvloeit uit de zorg van de wetgever om een forfaitair geëvalueerde schade te herstellen, zou die oplossing in de rechtsleer in vraag zijn gesteld. Hoe dan ook zou de in artikel 22*ter* bedoelde regularisatiebijdrage zwaarder zijn dan de in artikel 22*quater* bedoelde solidariteitsbijdrage die zich beperkt tot één kwartaal.

A.2.3. Er wordt aangevoerd dat het belang van die regularisatie, die volkomen losstaat van elke tegenprestatie inzake arbeidskrachten, niet als een loutere bijzondere manier van herstel van de schade van de RSZ in het belang van de financiering van de sociale zekerheid en dus als een loutere sanctie van burgerrechtelijke aard zou kunnen worden gekwalificeerd. Het weerlegbare karakter van het vermoeden zou niets veranderen aan het onevenredige karakter van de maatregel, aangezien het voor de werkgever meestal moeilijk en zelfs onmogelijk is om te bewijzen dat hij in de onmogelijkheid verkeerde om de werknemers voltijds aan te werven. Er wordt eveneens beklemtoond dat de sanctie van regularisatie ook wordt toegepast boven het bedrag van de administratieve geldboete van de FOD Werkgelegenheid, hetgeen een dubbele straf voor de verwerende partij voor de verwijzende rechter zou uitmaken.

A.2.4. In verband met het uitstel van de tenuitvoerlegging van de in de wetgeving inzake sociale zekerheid bedoelde sancties verwijst de verwerende partij voor de verwijzende rechter naar het arrest nr. 112/2014 van 17 juli 2014 van het Hof. Daarin wordt opgemerkt dat noch artikel 22*ter* van de wet van 27 juni 1969, noch een andere bepaling van de wet in enige bevoegdheid ten aanzien van de RSZ voorziet om een uitstel, hetzij gedeeltelijk, hetzij volledig, te verlenen in het geval waarin de RSZ aan een werkgever een ambtshalve regularisatie van bijdragen krachtens artikel 22*ter* oplegt. De wetgever zou die nalatigheid noch in de parlementaire voorbereiding, noch in enige andere tekst hebben verantwoord. Die ontstentenis van een maatregel van uitstel zou niet wettig verantwoord zijn en zou daarenboven onevenredige gevolgen kunnen doen ontstaan ten aanzien van de werkgevers die een ambtshalve regularisatie opgelegd krijgen. Een werkgever die wegens dezelfde feiten voor een strafrecht zou worden vervolgd, zou alle in de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie bedoelde waarborgen op hem toegepast zien.

A.3.1. De Ministerraad antwoordt dat hij de nadruk wil leggen op het weerlegbare karakter van het in de in het geding zijnde bepaling vervatte vermoeden. Hij brengt in herinnering, zoals hij dat in zijn memorie heeft gedaan, dat er tal van wijzen van bewijsvoering bestaan aan de hand waarvan een werkgever kan bewijzen dat een werknemer niet voltijds wordt tewerkgesteld. Hij brengt in herinnering dat het net is om het vermoeden van voltijdse tewerkstelling te kunnen weerleggen dat de in het geding zijnde bepaling bij de programmawet (I) van 29 maart 2012 is gewijzigd.

A.3.2. De Ministerraad haalt enkele representatieve arresten aan waaruit zou blijken dat het bewijs van de ontstentenis van een voltijdse tewerkstelling in de praktijk wel degelijk kan worden geleverd.

A.3.3. De Ministerraad brengt in herinnering dat de in het geding zijnde bepaling, die deel uitmaakt van de wet van 27 juni 1969, geen strafrechtelijk oogmerk heeft. Met die bepaling wordt immers een volkomen ander doel nagestreefd dan het doel dat met de in het Sociaal Strafwetboek bedoelde sanctie is nagestreefd : het is de bedoeling zich ervan te vergewissen dat de verschuldigde bijdragen daadwerkelijk worden geïnd.

A.3.4. Volgens de Ministerraad zijn de voorbeelden die zijn afgeleid uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, te dezen niet relevant wegens de ontstentenis van een strafrechtelijk karakter van de in het geding zijnde bepaling, in tegenstelling tot de aangehaalde voorbeelden.

Evenzo zou de parlementaire voorbereiding die door de verwerende partij voor de verwijzende rechter is aangehaald en eveneens door de Ministerraad in zijn memorie is geciteerd, bevestigen dat het de bedoeling is om de door de deeltijdse werknemers daadwerkelijk verrichte prestaties beter te controleren. Daarin zou geen enkel straffend oogmerk worden vermeld. Het feit dat achterstallige bijdragen soms tot het drievoud van de reeds betaalde bijdragen zouden kunnen bedragen, zou hoogstens getuigen van de massale fraude die de werkgever tot dusver pleegde.

A.3.5. De Ministerraad beklemtoont eveneens dat er in de rechtspraak eensgezindheid zou bestaan om te oordelen dat de in het geding zijnde bepaling geen strafrechtelijk karakter heeft.

A.3.6. Wat de door de verwerende partij voor de verwijzende rechter aangehaalde rechtspraak van het Hof betreft, wijst de Ministerraad met nadruk op het feit dat de in het geding zijnde bepaling verschilt van artikel 22*quater* van de wet van 27 juni 1969 in zoverre zij niet op forfaitaire basis maar op basis van een voltijdse tewerkstelling wordt berekend, behoudens bewijs van het tegendeel door de werkgever, om zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de werkelijkheid.

Wat betreft het onderscheid dat door de verwerende partij voor de verwijzende rechter is gemaakt tussen de in het geding zijnde bepaling en het voormelde artikel 22*quater* in zoverre dat artikel in een maatregel voorziet die in de tijd en door de omvang ervan is beperkt, antwoordt de Ministerraad dat artikel 22*ter* eveneens wordt beperkt tot de periode waarin de bekendmaking van de deeltijdse werkroosters niet heeft plaatsgevonden en zich enkel richt tot de deeltijdse werknemers voor wie de werkgever geen werkrooster heeft bekendgemaakt.

De Ministerraad wijst eveneens met nadruk op het feit dat het doel van de in het geding zijnde bepaling soortgelijk is aan dat van artikel 22*quater*, namelijk vermoedens invoeren wanneer het moeilijk is om de reële prestaties van de werknemers aan te tonen.

A.3.7. Ten slotte haalt de Ministerraad een recent arrest van het Hof van Cassatie aan, dat op 11 december 2017 is uitgesproken, in verband met artikel 30*bis*, § 5, eerste lid, van de wet van 27 juni 1969, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de in die bepaling bedoelde bijslag geen straf was maar een forfaitaire herstelvergoeding die in het algemeen belang is bepaald wegens de aantasting van de financiering van de sociale zekerheid. Volgens de Ministerraad zou de in het geding zijnde bepaling, die enkel de betaling van de ontdoken bijdragen vereist, *a fortiori* niet als een strafrechtelijke sanctie kunnen worden beschouwd.

A.3.8. Wat het beginsel *non bis in idem* en de opschorting van de uitspraak betreft, verwijst de Ministerraad naar de argumenten die hij in zijn memorie heeft uiteengezet.

A.4.1. De verwerende partij voor de verwijzende rechter antwoordt dat de in het geding zijnde bepaling tot gevolg heeft dat de werkgevers die deeltijdse werknemers tewerkstellen, ongunstiger worden behandeld ten opzichte van die welke voltijdse werknemers tewerkstellen, in zoverre de eerstgenoemden worden onderworpen aan de inachtneming van striktere verplichtingen inzake openbaarmaking en bekendmaking van de werkroosters van hun werknemers dan de laatstgenoemden. Volgens haar zou niet uit het oog mogen worden verloren dat de in het geding zijnde bepaling het bestraffen van de ontstentenis van bekendmaking en van openbaarmaking van de werkroosters van deeltijdse werknemers als grondslag heeft, terwijl de in het geding zijnde maatregel, in de toepassing ervan, een vermoeden van zwartwerk in het leven roept waarover in het onderhavige geval niet wordt bericht.

A.4.2. Wat de strafrechtelijke aard van de in het geding zijnde maatregel betreft, preciseert de verwerende partij voor de verwijzende rechter dat, hoewel zij kan proberen om het vermoeden van voltijdse tewerkstelling te weerleggen, in het geval waarin zij niet daarin zou slagen om de loutere reden dat haar in werkelijkheid wordt gevraagd een negatief bewijs te leveren, zij gedwongen zou zijn om sociale bijdragen te betalen op basis van een fictieve voltijdse tewerkstelling, zonder rekening te houden met de door haar deeltijdse werknemers daadwerkelijk gepresteerde arbeidstijd. De door de Ministerraad aangevoerde verantwoording volgens welke de in het geding zijnde maatregel enkel ertoe zou strekken ontdoken sociale bijdragen te innen door zo nauw mogelijk aan te sluiten bij de werkelijkheid, zou de analyse niet doorstaan, zodat de in het geding zijnde maatregel geen vergoedende maatregel zou zijn.

A.4.3. Volgens de verwerende partij voor de verwijzende rechter zou de in het geding zijnde bepaling vreemd zijn aan de ambtshalve veroordeling waarin vroeger in artikel 35, § 1, derde lid, was voorzien, aangezien het in dat laatste geval de bedoeling is om de werkgever te veroordelen die heeft nagelaten binnen de voorgeschreven termijn de verschuldigde sociale bijdragen te storten, die werden vastgesteld op basis van aangegeven prestaties en volgens de wettelijke vormen en termijnen, terwijl de in het geding zijnde bepaling ertoe zou strekken de werkgever te veroordelen tot het betalen van bijdragen op basis van een fictieve voltijdse tewerkstelling.

De in het geding zijnde bepaling zou evenmin een forfaitaire aard hebben zoals de forfaitaire bijdrage wegens het niet aansluiten van de werknemers bij een arbeidsongevallenverzekering, zoals ingevoerd bij artikel 59*quater* van de wet van 10 april 1971, waarbij die laatste maximaal 10 % van de verschuldigde bedragen en interesten bedraagt. De in het geding zijnde bepaling beperkt echter geenszins het bedrag van de regularisatie van de bijdragen die zij invoert, aangezien zij een vermoeden van voltijdse tewerkstelling in het leven roept.

A.4.4. De verwerende partij voor de verwijzende rechter wijst eveneens met nadruk op het feit dat de in het geding zijnde maatregel haar zonder enige tegenprestatie inzake arbeidskrachten wordt opgelegd. Voor het overige verwijst zij naar de bewoordingen van haar memorie.

- B -

B.1.1. De prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 22^{ter}, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders (hierna : de wet van 27 juni 1969), dat bepaalt :

« Bij ontstentenis van openbaarmaking van de deeltijdse werkroosters bedoeld bij de artikelen 157 tot 159 van [de programmawet van 22 december 1989], worden de deeltijdse werknemers vermoed, behoudens bewijs van het tegendeel, hun prestaties te hebben geleverd in uitvoering van een arbeidsovereenkomst, in de hoedanigheid van voltijdse werknemer ».

B.1.2. Zoals zij van toepassing zijn op de feiten van het geschil voor de verwijzende rechter, bepalen de artikelen 157 tot 159 van de programmawet van 22 december 1989 waarnaar het voormelde artikel 22^{ter}, tweede lid, verwijst :

« Art. 157. Een afschrift van de arbeidsovereenkomst van de deeltijdse werknemer, schriftelijk vastgesteld overeenkomstig artikel 11^{bis} van de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, of een uittreksel van die arbeidsovereenkomst met de werkroosters en met de identiteit van de deeltijdse werknemer waarop deze van toepassing zijn, alsmede zijn handtekening en die van de werkgever, moet worden bewaard op de plaats waar het arbeidsreglement kan geraadpleegd worden met toepassing van artikel 15 van de wet van 8 april 1965 tot instelling van de arbeidsreglementen. De Koning kan in andere gelijkwaardige modaliteiten voorzien.

Art. 158. Wanneer de arbeidsregeling van de deeltijdse werknemer georganiseerd is volgens een cyclus, waarvan de werkroosters werden opgenomen in het arbeidsreglement en die over meer dan een week is gespreid, moet op elk tijdstip kunnen vastgesteld worden wanneer de cyclus begint.

Onder cyclus moet verstaan worden de opeenvolging van dagelijkse werkroosters in een vaste orde die bepaald wordt door het arbeidsreglement.

Bij ontstentenis ervan moet de werkgever de bij artikel 159 geregelde verplichtingen naleven.

Art. 159. Wanneer het werkrooster variabel is, in de zin van artikel 11*bis*, derde lid, van voornoemde wet van 3 juli 1978, zullen de dagelijkse werkroosters ten minste vijf werkdagen vooraf ter kennis worden gebracht van de werknemers door middel van aanplakking van een bericht, overeenkomstig het bepaalde in het tweede lid, gedateerd door de werkgever, zijn lasthebbers of aangestelden, in de lokalen van de onderneming op de plaats bedoeld bij artikel 15, vierde lid, van voornoemde wet van 8 april 1965 of op de wijze opgenomen in de collectieve arbeidsovereenkomst of in het arbeidsreglement.

Een bericht, gedateerd door de werkgever, zijn lasthebbers of aangestelden moet voor het begin van de arbeidsdag worden aangeplakt in de lokalen van de onderneming op de plaats bedoeld bij artikel 15, vierde lid, van voornoemde wet van 8 april 1965. Dit bericht moet voor iedere deeltijdse werknemer afzonderlijk het werkrooster bepalen. Het moet gedurende een jaar bewaard worden, te rekenen vanaf de dag waarop het werkrooster ophoudt van kracht te zijn. De Koning kan in een andere gelijkwaardige regeling voorzien.

De in het eerste lid bedoelde termijn van vijf werkdagen, kan worden gewijzigd door een in een paritair comité gesloten collectieve arbeidsovereenkomst die bij koninklijk besluit algemeen verbindend werd verklaard ».

B.2.1. Aan het Hof wordt een vraag gesteld over de bestaanbaarheid, met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met het algemene beginsel « *non bis in idem* », van artikel 22*ter*, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 in zoverre de ambtshalve regularisatie van de bijdragen van de deeltijdse werknemers op basis van een voltijdse tewerkstelling met toepassing van het bij de in het geding zijnde bepaling ingevoerde vermoeden kan worden opgelegd naast en boven de administratieve geldboete die is opgelegd overeenkomstig artikel 151, eerste lid, 4°, van het Sociaal Strafwetboek, toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten.

Artikel 151, eerste lid, 4°, van het Sociaal Strafwetboek bepaalt :

« Met een sanctie van niveau 3 wordt bestraft, de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber die, in strijd met de programmawet van 22 december 1989 :

[...]

4° geen bericht heeft bekendgemaakt dat gedateerd is door de werkgever, zijn aangestelde of lasthebber, met het afzonderlijke werkrooster van elke deeltijdse werknemer, in de lokalen van de onderneming, op de plaats waar het arbeidsreglement kan worden ingezien, en wel vóór de aanvang van de werkdag of volgens de door de Koning bepaalde nadere regels; ».

Luidens artikel 101 van hetzelfde Wetboek bestaat de sanctie van niveau 3 uit hetzij een strafrechtelijke geldboete van 100 tot 1 000 euro, hetzij een administratieve geldboete van 50 tot 500 euro.

B.2.2. Aan het Hof wordt ook een vraag gesteld over de omstandigheid dat het in het geding zijnde artikel 22^{ter}, tweede lid, niet voorziet in de mogelijkheid voor de rechter om de ambtshalve regularisatie waarin het voorziet, op te schorten of gepaard te laten gaan met een volledig of gedeeltelijk uitstel, terwijl de werkgever die wegens dezelfde feiten voor de correctionele rechtbank wordt vervolgd, de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie kan genieten.

B.3.1. Krachtens het algemeen rechtsbeginsel *non bis in idem* mag niemand voor een tweede keer worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds « overeenkomstig de wet en het procesrecht van elk land » bij einduitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken. Dat beginsel wordt eveneens gewaarborgd in artikel 4 van het ten opzichte van België op 1 juli 2012 in werking getreden Zevende Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.3.2. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens verbiedt het beginsel *non bis in idem* « een persoon te vervolgen of te berechten voor een tweede ‘ misdrijf ’ voor zover identieke feiten of feiten die in hoofdzaak dezelfde zijn, eraan ten grondslag liggen » (EHRM, grote kamer, 10 februari 2009, *Zolotoukhine t. Rusland*, § 82).

Teneinde te bepalen of het beginsel *non bis in idem* van toepassing kan zijn, dient vast te staan dat de in het geding zijnde maatregel van strafrechtelijke aard is (zie EHRM, grote kamer, 15 november 2016, *A en B t. Noorwegen*, §§ 101-134; 31 mei 2011, *Kurdov en Ivanov t. Bulgarije*, §§ 35-46; grote kamer, 10 februari 2009, *Zolotoukhine t. Rusland*, §§ 52-57, 70-84).

B.3.3. Krachtens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is een maatregel een strafsancie in de zin van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, indien hij volgens de internrechtelijke kwalificatie een strafrechtelijk karakter heeft, of indien uit de aard van het strafbaar feit, namelijk de algemene draagwijdte en het preventieve en repressieve doel van de bestraffing, blijkt dat het om een strafsancie gaat, of nog indien uit de aard en de ernst van de sanctie die de betrokkene ondergaat, blijkt

dat hij een bestraffend en daardoor ontradend karakter heeft (EHRM, grote kamer, 15 november 2016, *A en B t. Noorwegen*, §§ 105-107; grote kamer, 10 februari 2009, *Zolotoukhine t. Rusland*, § 53; grote kamer, 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, §§ 30-31). Dat Hof hanteert dezelfde criteria voor de toepassing van artikel 4 van het Zevende Protocol bij het voormelde Verdrag (EHRM, grote kamer, 15 november 2016, *A en B t. Noorwegen*, § 107). Dat artikel heeft een soortgelijke draagwijdte als artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

B.4.1. Het in het geding zijnde artikel 22^{ter} is bij artikel 181 van de programmawet van 22 december 1989 in de wet van 27 juni 1969 ingevoerd teneinde de door de deeltijdse werknemers werkelijk verrichte prestaties beter te controleren om zwartwerk en misbruiken inzake werkloosheidsuitkeringen te voorkomen en tegen te gaan.

In de memorie van toelichting bij de programmawet wordt gepreciseerd :

« De arbeidsduur van de deeltijds tewerkgestelde werknemers ligt uiteraard lager dan deze van de voltijdse tewerkgestelde werknemers.

Meer dan deze laatsten, kunnen ze dan ook meer arbeidsuren presteren dan aanvankelijk met hun werkgever werd overeengekomen.

Deze bijkomende uren zijn zeer moeilijk terug te vinden, zodanig dat bij ontstentenis van enig efficiënt controlemiddel (zoals het punten door de werknemers) er een reëel gevaar bestaat dat op het loon dat voor deze bijkomende uren wordt betaald er geen sociale of fiscale inhoudingen gebeuren.

Het merendeel van deze deeltijds tewerkgestelde werknemers ontvangen daarenboven nog aanvullende werkloosheidsuitkeringen zodat, ingeval van cumulatie met arbeidsprestaties, deze uitkeringen onrechtmatig worden ontvangen.

Doordat een betere kijk op de werkelijk verrichte prestaties mogelijk wordt, willen deze bepalingen een einde stellen aan deze praktijken.

[...]

Artikel 170 heeft als doel de bewijslast om te keren ingeval van prestaties die door een deeltijdse werknemer worden verricht. Wanneer de partijen vrij sommige prestaties zijn overeengekomen, worden zij vermoed eraan te hebben voldaan tenzij zij het bewijs van het tegendeel leveren.

Indien zij geen enkele verplichting betreffende het vaststellen van de duur van de prestaties, zoals voorzien in de artikelen 156 tot 158, naleven, worden zij, tot bewijs van het tegendeel, vermoed een arbeidsovereenkomst voor voltijdse arbeid te hebben gesloten.

Artikel 171 somt de inbreuken op de bepalingen van de afdelingen 1 en 2 op en stelt de sancties erop vast.

Opgemerkt moet worden dat de inbreuk voorzien in het eerste lid, 4°, b, enkel bestaat in het niet correct bijhouden van het document.

Het tweede lid dat uitsluitend betrekking heeft op de inbreuken op de bepalingen van afdeling 2 voegt aan de voorziene strafsanctie de burgerlijke sanctie van het betalen van een forfaitaire vergoeding aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid toe.

Deze bepaling die specifiek gericht is op de bestrijding van zwartwerk, waarvan de duidelijke wil om de bepalingen op de controle van de prestaties van de deeltijdse arbeiders niet na te leven een ernstige aanwijzing uitmaakt, komt reeds voor in het artikel 11*bis* van het koninklijk besluit nr. 5 van 23 december 1978 betreffende het bijhouden van sociale documenten » (*Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 975/1, pp. 59-61).

B.4.2. De laatste wijziging van artikel 22*ter* werd aangebracht bij artikel 79 van de programmawet (I) van 29 maart 2012 teneinde het weerlegbare karakter van het erin vervatte vermoeden te verankeren.

B.5.1. De maatregel wordt noch door de plaats van het in het geding zijnde artikel 22*ter* in hoofdstuk IV van de wet van 27 juni 1969, dat aan de inning en de invordering van de socialezekerheidsbijdragen is gewijd, noch in de parlementaire voorbereiding van de programmawet die aan de oorsprong ervan ligt en in die van de verschillende wijzigingen die erna zijn doorgevoerd, als strafsanctie aangemerkt.

B.5.2. De werkgever die de bij de artikelen 157 tot 159 van de programmawet van 22 december 1989 voorgeschreven verplichtingen niet naleeft, wordt veroordeeld tot het betalen van de bijdragen die verschuldigd zijn op het verschil tussen de aangegeven bezoldigingen en die welke worden berekend op basis van een voltijdse tewerkstelling van de betrokken werknemer.

Met toepassing van artikel 42 van de wet van 27 juni 1969, dat bepaalt dat de schuldvorderingen van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid op de werkgevers die onder die wet vallen, verjaren na drie jaar vanaf de dag van de opeisbaarheid ervan, wordt de periode van ambtshalve regularisatie van de sociale bijdragen beperkt tot de laatste drie jaren van tewerkstelling van de betrokken werknemers.

Indien, zoals de eisende partij voor de verwijzende rechter opmerkt, de ambtshalve regularisatie van die bijdragen een grote economische impact kan hebben voor de werkgever die tot het drievoud van de reeds geïnde bijdragen kan bedragen, wordt zulks verklaard door het verschil tussen de bijdragen die daadwerkelijk zijn gestort door die werkgever wegens de zogenaamd deeltijdse tewerkstelling van de betrokken werknemers en de bijdragen die hadden moeten worden gestort wegens de voltijdse tewerkstelling van die werknemers, die ingevolge de in het geding zijnde bepaling wordt vermoed.

B.5.3. Wegens het weerlegbare karakter van dat vermoeden beschikt de werkgever steeds over de mogelijkheid om met elk rechtsmiddel te bewijzen dat de betrokken werknemer of werknemers deeltijds tewerkgesteld wordt of worden. Indien een dergelijk bewijs wordt geleverd, is hij niet gehouden tot het betalen van aanvullende bijdragen. Zoals blijkt uit het arrest van het Hof van Cassatie van 3 februari 2003 (S.02.0081.N), houdt dat bewijs niet in dat de omvang van de werkelijk verrichte prestaties in het kader van een arbeidsovereenkomst voor deeltijdarbeid wordt bewezen.

B.6. Rekening houdend met die elementen, heeft de ambtshalve regularisatie van de verschuldigde bijdragen geen repressieve functie (in die zin : Cass., 5 juni 2001, P.99.1501.N), maar vormt zij een maatregel die dient te worden aangemerkt als een sanctie van hoofdzakelijk burgerlijke aard, in het belang van de financiering van de sociale zekerheid, bestemd om een einde te maken aan een met de wet strijdige situatie, zodat zij niet onder het toepassingsgebied van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens valt.

B.7. Daar de in het geding zijnde bepaling een maatregel van hoofdzakelijk burgerlijke aard invoert, in het belang van de financiering van de sociale zekerheid, kan het beginsel *non bis in idem* daarop niet van toepassing zijn.

B.8.1. De maatregelen waarin de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie voorziet, houden nauw verband met de strafsancties. De bedoeling bestaat erin de rechter de mogelijkheid te verschaffen de dader van een misdrijf op proef te stellen gedurende een bepaalde periode, na afloop waarvan, indien zijn gedrag bevredigend is, geen veroordeling wordt uitgesproken, noch een gevangenisstraf wordt opgelegd (*Hand.*, Senaat, 1963-1964, nr. 5, vergadering van 26 november 1963, p. 80). In die maatregelen werd

voorzien om de ontorende gevolgen die aan een strafrechtelijke veroordeling kleven, weg te werken of af te zwakken.

B.8.2. Aangezien de in het geding zijnde maatregel een hoofdzakelijk burgerlijke aard heeft, is de onmogelijkheid voor de arbeidsrechtbank om een maatregel zoals de opschorting of het uitstel, die nauw verband houdt met de strafrechtelijke aard van de sanctie die ermee gepaard gaat, toe te passen, redelijk verantwoord.

B.9. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 22^{ter}, tweede lid, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, met artikel 14, lid 7, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en met het algemene rechtsbeginsel *non bis in idem*.

Aldus gewezen in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 4 april 2019.

De griffier,

De voorzitter,

F. Meersschaut

F. Daoût