

Rolnummers 2243 en 2244
Arrest nr. 157/2002 van 6 november 2002

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 30^{ter} van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, gesteld door het Arbeidshof te Antwerpen.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters A. Arts en M. Melchior, en de rechters L. François, P. Martens, R. Henneuse, M. Bossuyt, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe en E. Derycke, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Arts,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag*

Bij arresten van 14 september 2001 in zake de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans en de b.v.b.a. Luvatri tegen de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (R.S.Z.), waarvan de expedities ter griffie van het Arbitragehof zijn ingekomen op 21 september 2001, heeft het Arbeidshof te Antwerpen de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 30^{ter} van de wet van 27 juni 1969 de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet, 580 Gerechtelijk Wetboek en artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en met de algemene rechtsbeginselen,

- in zoverre de in artikel 30^{ter}, § 6, B, eerste lid van deze wet (zoals deze luidde na de wijziging van het artikel bij Wet houdende sociale en fiscale [lees : diverse] bepalingen van 20 juli 1991 en de Wet van 6 augustus 1993) opgelegde vergoeding een forfaitaire herstelvergoeding uitmaakt, waarover de Rijksdienst voor sociale zekerheid naar opportuniteit en zonder objectieve criteria zou vermogen te beslissen deze vergoeding al dan niet op te leggen, de hoegrootheid ervan te bepalen binnen de opgegeven marges, voor een invorderingsstrategie te opteren, de hoofd- en onderaannemers al dan niet en in een zelf te bepalen volgorde aan te spreken;

- en in zoverre het artikel 30^{ter}, § 6, C, eerste lid aldus verstaan wordt dat de door de Koning aangewezen ambtenaren en agenten eveneens enkel bij opportuniteit en zonder objectieve criteria en zonder verantwoording aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid zouden kunnen afzien de inbreuken aan deze Rijksdienst te melden en zich te beperken tot een waarschuwing;

- terwijl tegen deze handelwijze en hieruit volgende invordering voor de overtreder geen volstreekte toegang tot de onpartijdige en onafhankelijke rechtscolleges zou openstaan teneinde het verweer te voeren waarbij hij ten aanzien van andere overtreders van de in dit artikel voorziene formele verplichtingen, hetzij, een gelijke behandeling nastreeft, hetzij, een ongelijke behandeling, (e.g. herleiding, vermindering van de herstelvergoeding, waarschuwing) naarmate hij meent te kunnen aantonen naar objectieve criteria en op grond van het proportionaliteitsbeginsel in gelijke dan wel in ongelijke omstandigheden de inbreuk te hebben gepleegd ? »

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

Voor de Arbeidsrechtbank te Turnhout werd ten aanzien van de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans (zaak nr. 2243) en de b.v.b.a. Luvatri (zaak nr. 2244) de betaling gevorderd van bedragen die hen waren opgelegd door de R.S.Z. ter uitvoering van artikel 30^{ter}, § 6, B, van de wet van 27 juni 1969 omdat zij niet de verplichting in acht hadden genomen voorafgaandelijk inlichtingen over een bouwplaats te verstrekken aan de R.S.Z. (artikel 30^{ter}, § 5). De Arbeidsrechtbank achtte de vorderingen gegrond.

De b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans en de b.v.b.a. Luvatri tekenden hoger beroep aan tegen de vonnissen. Zij vragen het Arbeidshof te Antwerpen de vordering van de R.S.Z. ongegrond te verklaren. In ondergeschikte orde verzoeken zij een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof.

Het Arbeidshof verwijst allereerst naar een arrest van het Hof van Cassatie van 8 mei 2000 waarin het aan de R.S.Z. verschuldigde bedrag als een forfaitaire herstelvergoeding wordt geïnterpreteerd en niet als een strafsancie, zoals uit het arrest nr. 128/99 van het Arbitragehof kon worden afgeleid. De vergoeding heeft een herstellend karakter, ter vrijwaring van het evenwicht in de sociale zekerheid. De berekening ervan kan forfaitair worden genoemd in de zin dat ze niet op grond van de individueel toegebrachte schade wordt berekend. Aan de hand van diverse kenmerken stelt het Arbeidshof weliswaar vast dat de forfaitaire herstelvergoeding tegelijk een sanctie uitmaakt. Blijkens de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreft het geen strafsancie of administratieve boete maar een burgerlijke sanctie, zodat de artikelen van het Strafwetboek niet van toepassing zijn.

Vervolgens stelt het Arbeidshof de vraag naar de rechtsmacht van de burgerlijke rechter ten aanzien van de in het geding zijnde sanctie. In de volgende bewoordingen brengt het die vraag in verband met artikel 144 van de Grondwet, artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het beginsel van de scheiding der machten :

« Wanneer het artikel 30^{ter} principieel stelt dat de sanctie niet moet worden opgelegd in uitzonderlijke omstandigheden of wanneer het een eerste inbreuk betreft, dan creëert de wetgever een exceptie die door de overtreder kan worden ingeroepen. Het komt voor dat het verlenen van een exceptie deel uitmaakt van het begrip 'burgerlijke rechten', waarvan artikel 144 van de Grondwet stelt dat de geschillen dienaangaande bij uitsluiting behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken.

Eveneens dient verwezen te worden naar artikel 6.1 E.V.R.M. [...].

Nergens stelt dit artikel enige beperkingen aan de rechtsmacht noch maakt het enig onderscheid naargelang de opportuniteits- of legaliteitscontrole.

Uit de scheiding der machten volgt precies dat de uitvoerende macht bevoegd is de rechten en de plichten van de burgers inhoudelijk individueel te bepalen. Het is precies deze scheiding die tot gevolg heeft dat de wetgevende macht *a priori* de inhoud van het recht bepaalt en dat de rechterlijke macht die *a posteriori* concreet en individueel toepast.

Wanneer de uitvoerende macht bij individuele administratieve beslissingen het recht toepast, dan is dit enkel met de scheiding der machten verenigbaar zo deze beslissingen nadien mits volledige rechtsmacht door de rechterlijke macht kunnen worden getoetst.

Wanneer een welbepaalde administratie, met een specifieke uitvoerende opdracht, derhalve het recht zou krijgen enkel op grond van opportuniteit en zonder volledige toetsing door een onpartijdige of onafhankelijke rechter burgers te sanctioneren waarbij zij een discretionaire bevoegdheid zou krijgen de sanctie al dan niet toe te passen alsmede de hoegrootheid ervan te bepalen, dan zou dit een flagrante inbreuk uitmaken op artikel 6.1 van het E.V.R.M.

Tegelijk zou dit kunnen impliceren dat aldus eveneens noodzakelijkerwijze een ongelijkheid voorligt in de zin van artikel 10 en 11 van de Grondwet. Een wettelijke bepaling die zou toelaten dat een administratie enkel uit opportuniteitsoverwegingen een overtreder al dan niet en in een zelf opportuun bepaalde mate een herstelvergoeding oplegt, garandeert geen gelijke behandeling, zo zij hierbij geen enkel objectief criterium voor haar optreden dient aan te voeren. »

Het Arbeidshof te Antwerpen acht het gepast, alvorens ten gronde te beslissen, de hiervoor aangehaalde prejudiciële vraag te stellen.

III. De rechtspleging voor het Hof

Bij beschikkingen van 21 september 2001 heeft de voorzitter in functie de rechters van de respectieve zetels aangewezen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

De rechters-verslaggevers hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om in die zaken artikel 71 of 72 van de organieke wet toe te passen.

Bij beschikking van 26 september 2001 heeft het Hof de zaken samengevoegd.

Van de verwijzingsbeslissingen is kennisgegeven overeenkomstig artikel 77 van de organieke wet bij op 13 oktober 2001 ter post aangetekende brieven.

Het bij artikel 74 van de organieke wet voorgeschreven bericht is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 31 oktober 2001.

Memories zijn ingediend door :

- de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans, met maatschappelijke zetel te 2400 Mol, Voortstraat 25, bij op 29 november 2001 ter post aangetekende brief;

- de Ministerraad, Wetstraat 16, 1000 Brussel, bij op 30 november 2001 ter post aangetekende brief.

Van die memories is kennisgegeven overeenkomstig artikel 89 van de organieke wet bij op 14 december 2001 ter post aangetekende brieven.

Memories van antwoord zijn ingediend door :

- de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans, bij op 9 januari 2002 ter post aangetekende brief;

- de Ministerraad, bij op 14 januari 2002 ter post aangetekende brief.

Bij beschikkingen van 28 februari 2002 en 27 juni 2002 heeft het Hof de termijn waarbinnen het arrest moet worden gewezen, verlengd tot respectievelijk 21 september 2002 en 21 maart 2003.

Bij beschikking van 28 maart 2002 heeft het Hof de zaken in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 23 april 2002.

Van die beschikking is kennisgegeven aan de partijen en hun advocaten bij op 29 maart 2002 ter post aangetekende brieven.

Bij beschikking van 22 april 2002 heeft voorzitter A. Arts de zaken voorgelegd aan het Hof in voltallige zitting.

Op de openbare terechtzitting van 23 april 2002 :

- zijn verschenen :

- . Mr. M. Vandebroek, advocaat bij de balie te Leuven, voor de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans;

- . Mr. S. De Vleeschouwer, advocaat bij de balie te Brussel, *loco* Mr. A. De Bruyn, advocaat bij het Hof van Cassatie, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers L. Lavrysen en P. Martens verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- zijn de zaken in beraad genomen.

De rechtspleging is gevoerd overeenkomstig de artikelen 62 en volgende van de organieke wet, die betrekking hebben op het gebruik van de talen voor het Hof.

IV. *In rechte*

- A -

A.1. Volgens de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans blijft de argumentatie van het arrest nr. 128/99 haar gelding behouden in het licht van de andere kwalificatie van de in het geding zijnde sanctie door het Hof van Cassatie. De kwalificatie als forfaitaire herstelvergoeding zou het bestraffend karakter van de vergoeding niet uitsluiten. Dat laatste zou blijken uit het feit dat de sanctie een algemene preventie lijkt na te streven, dat de vergoeding niet aan de eventueel veroorzaakte schade is gekoppeld, dat de administratie de mogelijkheid wordt gegeven om de vergoeding te moduleren volgens de ernst van de inbreuk, dat de vergoeding een onmiskenbaar vergeldend karakter bezit en dat er bovendien een soort van genaderecht wordt gecreëerd.

Dat de sanctie van burgerlijke aard is zou niet betekenen dat de rechter geen volledig toetsingsrecht zou bezitten. In ieder geval voorzien de bevoegdheidsregels van het Gerechtelijk Wetboek niet in beperkingen op de rechtsmacht van de rechter bij het oordelen over de gevraagde vergoeding. Indien de in het geding zijnde bepaling in uitzonderingen voorziet, dan creëert zij een burgerlijk recht dat zowel door artikel 144 van de Grondwet als door artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens wordt beschermd. Die laatste bepaling zou zijn geschonden door het feit dat een administratie rechtsonderhorigen een sanctie kan opleggen, waarbij zij discretionair kan oordelen de sanctie al dan niet toe te passen en de grootte ervan kan bepalen, zonder dat de rechter hierop een volledig toezicht kan uitoefenen. Bovendien zouden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zijn geschonden doordat de in het geding zijnde bepaling de R.S.Z. zou toestaan aan de ene rechtsonderhorige een sanctie op te leggen en aan de andere rechtsonderhorige geen sanctie op te leggen, zonder dat een objectief criterium moet worden aangevoerd om dit te verantwoorden.

A.2. De Ministerraad wijst erop dat de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans geen onderscheid maakt tussen de taak van de R.S.Z. en de taak van de ambtenaren en agenten belast met het toezicht op de toepassing van de R.S.Z.-wet en haar uitvoeringsbesluiten. De Ministerraad leest in elk streepje van de prejudiciële vraag een afzonderlijke vraag.

A.3. De eerste prejudiciële vraag gaat naar het oordeel van de Ministerraad uit van een verkeerde lezing van de in het geding zijnde bepaling. De R.S.Z. zou immers verplicht zijn de forfaitaire herstelvergoeding in te vorderen en zou ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikken. Ook de omvang van de vergoeding moet binnen wettelijk bepaalde marges worden becijferd en steunt niet op een beoordeling van de opportuniteit maar van de feiten, met name de ernst van de inbreuk. Bovendien zou geen ruimte bestaan voor de « invorderingsstrategie », waarop in de prejudiciële vraag wordt gealludeerd. De aannemers zouden derhalve niet verschillend worden behandeld. Een belangrijke waarborg is ten slotte de toetsing met volle rechtsmacht die de rechtbank kan uitoefenen op de beslissingen genomen op grond van de gebonden bevoegdheid. De Ministerraad besluit dat de interpretatie van de in het geding zijnde bepaling zoals die besloten ligt in de prejudiciële vraag faalt naar recht. Uitgaande van een correcte lezing wordt het Hof verzocht de vraag ontkennend te beantwoorden.

A.4. De b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans is het niet eens met de stelling van de Ministerraad inzake de omvang van de sanctie. Die omvang is verbonden met de waarde van de bouwwerken en niet met de ernst van de inbreuk. De beoordelingsvrijheid van de R.S.Z. ten aanzien van verschillende aspecten van de sanctie zou zeer groot zijn. De b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans besluit dat de in het geding zijnde bepaling een verschil in behandeling inhoudt dat enkel kan worden verantwoord indien de arbeidsgerechten over volle rechtsmacht beschikken.

A.5. Ook de tweede prejudiciële vraag moet volgens de Ministerraad ontkennend worden beantwoord. De mogelijkheid voor de sociale inspecteurs om waarschuwingen te geven staat ingeschreven in het Verdrag nr. 81 van de Internationale Arbeidsorganisatie, zodat aan de legitimiteit ervan niet kan worden getwijfeld. De in het

geding zijnde bepaling verschaft aan de aannemer die de betrokken verplichtingen niet heeft nageleefd geen subjectief recht op een waarschuwing. Het verschil in behandeling van aannemers zou derhalve niet voortvloeien uit de wet zelf doch uit de individuele toepassing ervan door de sociale inspectie, op grond van een opportuniteitsbeoordeling van de bevoegde ambtenaren en agenten; het is derhalve eigen aan het vervolgings- en seponeringsbeleid van een inspectiedienst. Dat betekent niet dat de beslissing arbitrair is. Zij is in zekere mate aan objectieve criteria gebonden - de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden dan wel het feit dat het om een eerste inbreuk gaat - die de doelstellingen van de wet niet in het gedrang brengen. De waarschuwingsprocedure, die het mogelijk maakt een onderscheid te maken tussen bonafide en malafide ondernemingen in overtreding, kan naar het oordeel van de Ministerraad ook de evenredigheidstoets doorstaan.

A.6. Uit het feit dat de wet zelf uitzonderingsgevallen bepaalt, leidt de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans af dat de beoordelingsvrijheid van het bestuur is ingeperkt. Anders beschouwd zou er sprake zijn van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling. De stelling van de Ministerraad dat het niet gaat om een verschil in behandeling ten gevolge van de wet doch ten gevolge van de individuele toepassing door de inspectie, biedt geen verantwoording en zou bovendien onjuist zijn. Het is immers de wet die in dat geval een verschil in behandeling en dus een schending van het gelijkheidsbeginsel mogelijk maakt.

A.7. Wat de derde prejudiciële vraag betreft, meent de Ministerraad dat de arbeidsrechtbank met volle rechtsmacht de beslissingen van de R.S.Z. kan toetsen. De Ministerraad sluit zich aldus aan bij de grondwetsconforme interpretatie van de in het geding zijnde bepaling in het arrest nr. 128/99, met dien verstande dat de arbeidsrechtbank verplicht is de in gebreke gebleven aannemer tot het betalen van een herstelvergoeding te veroordelen, binnen de wettelijk bepaalde marges. Het toetsingsrecht gaat volgens de Ministerraad niet zo ver dat de rechtbank een herstelvergoeding zou kunnen opleggen die kleiner is dan het wettelijk bepaalde minimum. De Ministerraad verwijst in dat verband naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot beslissingen van de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening inzake de schorsing en uitsluiting van werkloosheidsuitkeringen.

Op de beslissingen van de sociale inspecteurs om zich al dan niet te beperken tot het geven van een waarschuwing kan de arbeidsrechtbank naar het oordeel van de Ministerraad geen volledige toetsing uitoefenen. Toch zouden daardoor de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet zijn geschonden. Krachtens het beginsel van de scheiding der machten staat het niet aan de rechterlijke macht de opportuniteit van een administratieve rechtshandeling te beoordelen. De arbeidsrechtbank mag bijgevolg de beoordelingsvrijheid van de ambtenaren en agenten niet ontnemen noch hun discretionaire macht in hun plaats uitoefenen. Het rechterlijk toezicht is beperkt tot een wettigheidscontrole, hetgeen volgens de Ministerraad een voldoende waarborg biedt tegen het gevaar van willekeur. Ook artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zou niet vereisen dat de rechtbank over een volle rechtsmacht beschikt ten aanzien van discretionaire beslissingen die geen strafsancities inhouden.

A.8. Wat de toetsing van de beslissingen van de R.S.Z. betreft, wijst de b.v.b.a. Asphaltwerken Beylemans andermaal op de bestraffende kenmerken van de herstelvergoeding. Wat de beslissingen van de inspecteurs betreft, meent de partij dat aannemers die zich in dezelfde situatie bevinden verschillend kunnen worden behandeld zonder dat daarvoor een verantwoording bestaat. De enige manier om dat te verhelpen zou bestaan in het erkennen van een volledige toetsingsmacht aan de arbeidsrechtbank.

- B -

B.1. Krachtens artikel 30^{ter} van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, vóór de opheffing ervan, vanaf 1 januari 1999, door artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 december 1998, hetwelk is bekrachtigd bij artikel 2, 4°, van de wet van 23 maart 1999,

moest iedere hoofdaannemer alvorens bouwwerken te beginnen aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid alle inlichtingen verstrekken die nodig waren om de belangrijkheid van de

bouwwerken te ramen en er in voorkomend geval, in welk stadium ook, de onderaannemers ervan te identificeren (§ 5, eerste lid). Een soortgelijke bepaling is thans opgenomen in artikel 30bis van dezelfde wet (§ 7, eerste lid).

B.2. De prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 30ter, § 6, B en C, van de voormelde wet, dat luidde :

« B. De hoofdaannemer die niet handelt overeenkomstig de verplichtingen van § 5, is aan de Rijksdienst voor sociale zekerheid een som verschuldigd die minstens gelijk is aan 5 pct. van het totaal bedrag der werkzaamheden, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, die niet aan voormelde Rijksdienst werden gemeld en maximaal 5 pct. van het totaal bedrag der werkzaamheden, exclusief belasting over de toegevoegde waarde die hem op de betrokken werf zijn toevertrouwd. De som die van de hoofdaannemer geëist wordt, wordt verminderd met het bedrag dat daadwerkelijk werd betaald aan de Rijksdienst door de onderaannemer met toepassing van de bepaling van het hierna volgende lid.

De onderaannemer die zich niet schikt naar de bepalingen van § 5, tweede lid, is aan de Rijksdienst een som verschuldigd gelijk aan 5 pct. van het totaal bedrag der werkzaamheden, exclusief de belasting over de toegevoegde waarde, die hij heeft toevertrouwd aan zijn onderaannemer of aan zijn onderaannemers op de betrokken werf.

C. Bij de vaststelling van inbreuken betreffende de verplichtingen bedoeld in de §§ 4 en 5 hebben de ambtenaren en agenten, belast met het toezicht op de toepassing van deze wet en van haar uitvoeringsbesluiten, het recht om waarschuwingen te geven zoals bepaald in artikel 9, eerste lid, van de wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie.

Een dergelijke waarschuwing kan slechts worden gegeven tengevolge van uitzonderlijke omstandigheden of wanneer het gaat om een eerste inbreuk op deze bepalingen in hoofde van de overtreder. De Koning bepaalt wat onder uitzonderlijke omstandigheden moet worden verstaan. »

B.3. De prejudiciële vraag gaat ervan uit dat « geen volstrekte toegang tot de onpartijdige en onafhankelijke rechtscolleges zou openstaan » voor diegene van wie de in artikel 30ter, § 6, B, van de wet van 27 juni 1969 bedoelde « som » wordt gevorderd, en dat die persoon « bijvoorbeeld geen herleiding of vermindering van de herstelvergoeding » zou kunnen verkrijgen.

De arresten waarbij aan het Hof een vraag wordt gesteld, zijn gebaseerd op een « interpretatie » van artikel 30ter volgens welke « de som » waarvan het de betaling oplegt een forfaitaire vergoeding van burgerlijke aard zou zijn.

De verwijzende rechter vraagt aan het Hof of die bepaling, aldus geïnterpreteerd, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in samenhang gelezen inzonderheid met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

B.4. De aan de Belgen toegekende rechten en vrijheden moeten krachtens de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zonder discriminatie worden verzekerd en zij omvatten de waarborgen die voortvloeien uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Ofschoon het enkel aan de rechtscolleges staat de wetten die zij toepassen te interpreteren, staat het daarentegen aan het Arbitragehof, wanneer aan het Hof een prejudiciële vraag wordt voorgelegd waarin de schending wordt aangevoerd van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen inzonderheid met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, om te onderzoeken of de maatregel die aan zijn toetsing wordt voorgelegd moet worden aangemerkt als strafrechtelijk teneinde te waken over de inachtneming van de waarborgen die voortvloeien uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit het voormelde artikel 6.

Aangezien die beginselen door de wetgever in acht moeten worden genomen, gelden zij onafhankelijk van de kwalificatie van strafrechtelijk of niet-strafrechtelijk die de wet zou kunnen geven aan de maatregelen die zij voorschrijft.

B.5.1. Het Hof zou zich dus niet kunnen houden aan de door de wetgever gekozen kwalificatie zonder de waarborgen te miskennen die worden afgeleid uit inzonderheid de artikelen 12 en 14 van de Grondwet, alsmede uit de algemene beginselen van het strafrecht. Het moet met name onderzoeken of het door de wetgever ingevoerde systeem, in de door de verwijzende rechter eraan gegeven interpretatie, niet ertoe leidt dat een categorie van personen, op discriminatoire wijze, een door die bepalingen en die beginselen, in strafzaken, gewaarborgde daadwerkelijke jurisdictionele toetsing wordt ontzegd.

B.5.2. Zoals ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelt, dient, teneinde vast te stellen of een door de wetgeving van een Staat strafbaar gestelde handeling binnen de toepassingsfeer van artikel 6 van het Verdrag valt, niet alleen te worden onderzocht of het recht van de betrokken Staat de in het geding zijnde inbreuk als strafrechtelijk kwalificeert, maar dient ook rekening te worden gehouden met het bestraffende en daardoor ontradende karakter van de sanctie.

B.6. Het Hof stelt vast dat de in het geding zijnde maatregel voortkomt uit de volgende wetsbepalingen :

a) De wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders bevatte, in hoofdstuk IV ervan, dat aan de heffing en de invordering van de socialezekerheidsbijdrage is gewijd, een afdeling 2 met als opschrift « burgerlijke sancties ». Artikel 28 bepaalde dat de werkgever die de bijdrage niet binnen de door de Koning vastgestelde termijn stort, aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid een bijdrageopslag verschuldigd is die niet meer mag bedragen dan 10 pct. van de verschuldigde bijdragen en een verwijlinterest die niet hoger mag zijn dan 10 pct. per jaar. Artikel 29 machtigde de Koning ertoe het bedrag vast te stellen van de vergoeding die verschuldigd is door de werkgever die de aangifte niet binnen de beoogde termijn doet geworden.

b) Artikel 61 van de wet van 4 augustus 1978 tot economische heroriëntering heeft een artikel 30*bis* ingevoegd in de wet van 27 juni 1969. Dat artikel 61 staat in titel III van de wet van 4 augustus 1978 die de « maatregelen ter bestrijding van de bedrieglijke praktijken van de koppelbazen » omvat. Artikel 30*bis* staat in een nieuwe afdeling van de wet van 27 juni 1969, de afdeling 2*bis*, met als opschrift « Betaling door een hoofdelijk aansprakelijke ». In essentie strekt dat artikel ertoe diegene die een beroep doet op een niet-geregistreerde aannemer hoofdelijk aansprakelijk te maken voor de fiscale en sociale schulden van laatstgenoemde en bovendien verplicht het hem ertoe, ten voordele van de fiscus en de R.S.Z., afhoudingen te verrichten bij iedere betaling die hij aan die medecontractant doet. De opbrengst van de aan de R.S.Z. betaalde afhoudingen gaat in hoofdzaak naar de betaling van de sociale bijdragen van de medecontractant of zijn onderaannemer, waarbij het saldo wordt terugbetaald aan de persoon die de afhouding heeft verricht.

In de parlementaire voorbereiding wordt onderstreept dat de praktijken van de koppelbazen tot « concurrentievervalsing, ontwrichting van de arbeidsmarkt en oplichting van de fiscus » leiden. Er wordt gepreciseerd dat « thans [...] preventieve maatregelen [worden] voorgesteld » (*Parl. St.*, Senaat, 1977-1978, nr. 415/2, p. 93).

c) Artikel 30*ter* is ingevoerd in de wet van 29 juni 1979 bij artikel 18 van de herstellwet van 22 januari 1985 houdende sociale bepalingen. Oorspronkelijk beperkt dat artikel zich ertoe de in artikel 30*bis* bedoelde afhouding en storting uit te breiden tot de personen die, met het oog op de uitvoering van de door de Koning te bepalen werkzaamheden, een beroep doen op een geregistreerde aannemer. De doelstelling bestaat erin de praktijk tegen te gaan die erop neerkomt zich te laten registreren in de vorm van een handelsvennootschap en vervolgens te verdwijnen vooraleer de R.S.Z. is overgegaan tot de invordering van de onbetaalde bijdragen (*Parl. St.*, Kamer, 1984-1985, nr. 1075/21, p. 107).

d) Artikel 22 van de programmawet van 6 juli 1989 heeft in artikel 30*ter* de verplichtingen ingevoerd in verband met het bijhouden van sociale documenten, de inlichtingen die de onderaannemer moet mededelen aan de hoofdaannemer en de informatie die aan de R.S.Z. moet worden verstrekt. Er wordt bepaald dat de hoofdaannemer die niet handelt overeenkomstig de verplichtingen van paragraaf 5 een som verschuldigd is die gelijk is aan 5 pct. van het totale bedrag der werkzaamheden die hem op de betrokken werf zijn toevertrouwd.

In de parlementaire voorbereiding wordt gepreciseerd dat « die maatregelen niet gericht zijn tegen de onderaannemer als dusdanig, doch uitsluitend tegen de onderaanneming van werkkrachten met als bedoeling te ontsnappen aan de fiscale of sociale verplichtingen » (*Parl. St.*, Senaat, 1988-1989, nr. 736-5, p. 7).

e) Artikel 24 van de wet van 20 juli 1991 houdende sociale en diverse bepalingen heeft de voormelde sanctie gewijzigd: voortaan is de som die verschuldigd is door de hoofdaannemer die niet handelt overeenkomstig de verplichtingen van paragraaf 5 minstens gelijk aan 5 pct. van het totale bedrag van de werkzaamheden die niet zijn aangegeven aan de R.S.Z. en aan maximum 5 pct. van het totale bedrag van de werkzaamheden die hem op de betrokken bouwplaats zijn toevertrouwd.

De mogelijkheid die aldus aan de administratie wordt gelaten om binnen de gepreciseerde perken die som vast te stellen wordt verantwoord als volgt :

« Uit de inmiddels opgedane ondervinding blijkt dat de ingestelde sanctieregeling niet de gewenste soepelheid biedt, welke zou moeten toelaten de sancties aan te passen ten einde een onderscheid te maken tussen de gevallen van echte koppelbazen en deze van de ondernemingen die toevallig ook een inbreuk plegen. » (*Parl. St.*, Senaat, 1990-1991, nr. 1374-1, p. 15)

Er wordt tevens beklemtoond dat de sanctie die de hoofdaannemer en de onderaannemer wordt opgelegd « [afhngt] van de belangrijkheid van zijn in gebreke blijven » (*ibid.*, p. 16). Aangezien een identieke sanctie wordt opgelegd aan de hoofdaannemer en de onderaannemer, verduidelijkt de wet ten slotte dat de sanctie die aan eerstgenoemde wordt opgelegd wordt verminderd met het bedrag van de sanctie die aan laatstgenoemde wordt opgelegd.

f) Artikel 21, 1°, van de wet van 6 augustus 1993 houdende sociale en diverse bepalingen breidt de in artikel 30*ter*, § 6, A, bedoelde sanctie uit tot het geval waarin de aannemer niet het in paragraaf 4 bedoelde dagboek bijhoudt, waarbij die uitbreiding als volgt wordt verantwoord :

« Een bij de controles aan het licht gebrachte vorm van fraude zal derhalve kunnen gesanctioneerd worden. » (*Parl. St.*, Kamer, 1992-1993, nr. 1040/1, p. 11)

Ten slotte voert artikel 21, 2°, in artikel 30*ter*, § 6, C, een tweede lid in, volgens hetwelk de waarschuwing slechts kan worden gegeven « tengevolge van uitzonderlijke omstandigheden of wanneer het gaat om een eerste inbreuk op deze bepalingen in hoofde van de overtreder ».

Die beperking op de mogelijkheid om slechts een waarschuwing te geven wordt verantwoord als volgt :

« Er blijkt inderdaad dat te vaak van deze procedure gebruik wordt gemaakt om het opleggen van geldelijke sancties in hoofde van de hoofdaannemers die de door artikel 30*ter* opgelegde verplichtingen niet naleven, te vermijden.

Het is echter duidelijk dat een dergelijke praktijk in aanzienlijke mate de doeltreffendheid van de strijd tegen de koppelbazen en de opbrengst van de geldelijke sancties aantasten.

De sancties moeten inderdaad een afschrikkend effect opleveren, welke op heden in grote mate wordt afgezwakt door het systematisch gebruik van de waarschuwingsprocedure.

Deze laatste wordt nu derhalve beperkt tot uitzonderlijke gevallen en daarenboven wanneer het een eerste inbreuk in hoofde van de overtreder betreft.

Bij deze beperking zal het afschrikkend effect van deze waarschuwing als dusdanig toenemen, vermits deze voortaan een ernstiger vermaning in hoofde van deze overtreder zal betekenen. » (*ibid.*)

B.7. Uit al die elementen blijkt dat de maatregel die het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag past in een geheel van maatregelen die bestemd zijn om praktijken te bestrijden die zowel sociale als fiscale fraude inhouden en die, voornamelijk in de bouwsector, de concurrentie ernstig verstoren. Die maatregel is zonder onderscheid van toepassing op elke aannemer, ongeacht of hij een hoofdaannemer of een onderaannemer is, die niet voldoet aan bepaalde verplichtingen die niet zomaar administratieve formaliteiten zijn : zij hebben tot doel diegenen te bestraffen die werknemers « in het zwart » tewerkstellen en vooral diegenen die geneigd zouden zijn om op dergelijke arbeidskrachten een beroep te doen zulks te ontraden.

B.8. Doordat de wetgever bepaalt dat de hoofdaannemer die niet handelt in overeenstemming met de verplichtingen van paragraaf 5 een som verschuldigd is die gelijk is aan 5 pct. van het totaal bedrag van de niet aangegeven werkzaamheden, heeft hij een maatregel genomen die zou kunnen worden aangemerkt als een forfaitaire schadeloosstelling van het door de R.S.Z. geleden nadeel, omdat die verstoken is van bijdragen in verband met werknemers die tewerkgesteld zijn op een bouwplaats waarvan het bestaan voor die dienst verborgen werd.

Artikel 30^{ter}, § 6, B, staat de administratie echter toe die som « op maximaal 5 pct. [te brengen] van het totaal bedrag der werkzaamheden » die aan de hoofdaannemer zijn toevertrouwd. De wetgever heeft het aldus mogelijk gemaakt dat die som tot aanzienlijke bedragen oploopt die niet in verhouding staan met het bedrag van de bijdragen die de R.S.Z. zijn ontzegd.

Bovendien heeft hij aan de administratie een ruime beoordelingsbevoegdheid gelaten om, binnen de perken van het aangegeven minimum en maximum, zelf het bedrag daarvan vast te

stellen, waarbij die vaststelling, volgens de voormelde parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juli 1991, dient te gebeuren afhankelijk « van de belangrijkheid van zijn in gebreke blijven » en waarbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen de echte koppelbazen en de onachtzame aannemers. Diezelfde tekortkomingen zijn bovendien strafbaar met de strafrechtelijke sancties bedoeld in artikel 35 van de wet van 27 juni 1969.

B.9. Doordat de wetgever bepaalt dat de door de hoofdaannemer verschuldigde som wordt afgetrokken van diegene die is betaald door de onderaannemer, indien die zelf werkzaamheden aan andere onderaannemers toevertrouwt (artikel 30^{ter}, § 6, B, eerste lid, *in fine*, en tweede lid), heeft hij erover gewaakt dat dezelfde tekortkoming, onverminderd de toepassing van artikel 35 van de wet, niet tweemaal zou worden bestraft, maar die aftrek ontdoet de schadevergoedingen niet van hun ontradend karakter.

B.10. Uit die elementen wordt afgeleid dat de in artikel 30^{ter}, § 6, B, van de wet van 27 juni 1969 bedoelde sanctie personen die bij de wet opgelegde verplichtingen hebben ontweken, bestraft, teneinde aldus de onwettige activiteiten van de koppelbazen te bestrijden, dat zij ertoe strekt via bestraffing een ontradende werking te hebben en dat zij tot aanzienlijke bedragen kan oplopen waarvan de vaststelling, binnen de in de wet bepaalde perken, wordt overgelaten aan de overheid die de som moet moduleren, niet met de bedoeling om, al was het maar forfaitair, een geleden nadeel te vergoeden maar door rekening te houden met de ernst van de tekortkoming.

Een dergelijke sanctie heeft een overwegend repressief karakter en kan niet als een burgerlijke sanctie worden beschouwd.

B.11. Aangezien blijkt dat de kwalificatie van de maatregel bedoeld in artikel 30^{ter}, § 6, B, zoals die wordt gegeven door de verwijzende rechter en uitgedrukt in de prejudiciële vraag, in tegenspraak is met het begrip strafrechtelijke sanctie zoals dat blijkt uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, zou het Hof de vraag, zoals ze is geformuleerd, niet kunnen beantwoorden zonder afbreuk te doen aan die beginselen en aan die bepaling.

B.12. Het Hof merkt echter op dat de tekst van de bepalingen die aan zijn toetsing worden onderworpen niet oplegt dat de kwalificatie die onverenigbaar is met het begrip strafrechtelijke sanctie zoals dat blijkt uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, in aanmerking wordt genomen veeleer dan de andere interpretatie die, doordat ze in die bepalingen bedoelde maatregelen als strafrechtelijk kwalificeert, verenigbaar is met die beginselen.

B.13. De in het geding zijnde bepaling verbiedt de arbeidsrechtbank waarbij een beroep aanhangig is gemaakt tegen een geldboete die is opgelegd met toepassing van artikel 30^{ter}, § 6, B, niet om een controle met volle rechtsmacht uit te oefenen.

Aldus kan de rechter nagaan of de beslissing van de administratie in rechte en in feite verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd. In voorkomend geval zal hij de geldboete kunnen moduleren, dit wil zeggen opheffen in de gevallen bedoeld in artikel 30^{ter}, § 6, C, tweede lid, of verminderen binnen de in artikel 30^{ter}, § 6, B, bedoelde grenzen.

In die interpretatie, die het mogelijk maakt aan de in het geding zijnde maatregel een kwalificatie toe te kennen die verenigbaar is met het begrip strafrechtelijke sanctie zoals dat afgeleid wordt uit de algemene beginselen van het strafrecht en uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, schendt artikel 30^{ter}, § 6, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet, in samenhang gelezen met de artikelen 144 en 145 van de Grondwet en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 30^{ter}, § 6, B, van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, in de in B.13 eraan gegeven interpretatie, schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de algemene beginselen van het strafrecht en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 6 november 2002.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts