

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.488 van 15 maart 2012
in de zaak A. 197.761/IX-6949**

In zake : Nanming LIN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Louise Ma
kantoor houdend te 1180 Brussel
Jacques Pasturlaan 6A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te 1731 Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 september 2010, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 31 augustus 2010 van de Vlaamse minister van Werk, waarbij het beroep van Nanming Lin tegen de beslissing van 4 mei 2010 van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie tot weigering van het toekennen van een arbeidsvergunning en arbeidskaart B voor de tewerkstelling van een buitenlandse werknemer, ongegrond wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoeker heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoeker heeft een verzoek tot voortzetting van het geding ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2012.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Alix Lambert, die loco advocaat Louise Ma verschijnt voor de verzoeker, en advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoeker stelt zijn zus, Nancui Lin, tewerk als huisbediende en kinderoppas. Er wordt aan haar een arbeidskaart B toegekend die geldig is van 3 april 2009 tot 2 april 2010. Op grond daarvan ontvangt zij ook een verblijfstitel A als bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister voor een tijdelijk verblijf.

3.2. Op 20 maart 2010 dient de verzoeker bij de dienst Migratie Brugge van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie een aanvraag in voor de (hernieuwing van de) tewerkstelling van een vreemde werknemer.

Bij een brief van 1 april 2010 vraagt het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie bijkomende documenten op bij de verzoeker, met name:

“- het bewijs dat het vooropgestelde loon werd uitbetaald (dmv kopies van de loonstaten van de volledige tewerkstellingsperiode van de vorige arbeidskaart); de loonstroken ontbreken voor de periode van april 2009 tot en met december 2009”.

3.3. Op 19 april 2010 voert de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie van het departement Werk en Sociale Economie een controle uit bij de verzoeker. In het inspectieverslag wordt als conclusie gesteld:

“Gelet op de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en de uitvoeringsbesluiten;

Gelet op de vaststellingen;

- Dat Lin Nancui werkte tot 7 april 2010 en terug vanaf 22 april terwijl haar arbeidskaart maar geldig was tot 2 april 2010.
- Dat aan Lin Nancui op heden nog maar € 600 werd betaald. Lin Nanming zou € 3000, dat Lin Nancui verdiende, meegedaan hebben naar de echtgenoot van Lin Nancui in China, maar daar is geen bewijs van. Bovendien had Lin Nancui ondertussen al € 4140 moeten verdienen.
- Lin Nancui weet niet welke uren zij werkt.
- Volgens Lin Nancui en Ying Zhao [dit is de echtgenote van de verzoeker] zal Lin Nancui hetzelfde loon verdienen als bij haar eerste arbeidskaart, zijnde € 1380 per maand. Dit strookt niet met de arbeidsovereenkomst daterend van 20.03.2010, volgens hetwelk Lin Nancui € 1341, 17 per maand zal verdienen.
Dat Ying Zhao ook niet kan zeggen of dat netto of bruto is.
- Dat er volgens Lin Nancui en Ying Zhao maandelijks € 250 werd afgetrokken voor de kost en inwoning van Lin Nancui terwijl uit de aan de dienst migratie overgemaakte loonfiches blijkt dat dit veel meer is.

Gelet op de inbreuken:

Overtreding op art. 4 §1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: De werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. De werkgever

mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.

Gesanctioneerd door art. 12, 2°, a) van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers die, buiten het onder 1°, a), bedoelde geval, in strijd met de bepalingen van deze wet of van de uitvoeringsbesluiten ervan, arbeid doen of laten verrichten door een buitenlandse onderdaan”.

3.4. Op 4 mei 2010 beslist het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie de arbeidsvergunning en de arbeidskaart B voor de tewerkstelling van Nancui Lin te weigeren. Die beslissing wordt gemotiveerd als volgt:

“- Uit een controle ter plaatse op 19 april 2010 door de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie is gebleken dat de werkgever de voorwaarden waaronder de arbeidsvergunning en de arbeidskaart B werden toegekend niet heeft gerespecteerd, en de wettelijke en reglementaire verplichtingen betreffende de tewerkstelling van werknemers niet naleeft.

Door de afdeling inspectie werd onder meer vastgesteld dat:

- Lin Nancui werkte tot 7 april 2010 en terug vanaf 22 april 2010. Dit terwijl haar arbeidskaart maar geldig was tot 2 april 2010. Dit is een inbreuk op artikel 4, § 1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: De werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. De werkgever mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.
- Aan Lin Nancui werd op heden nog maar € 600 betaald. Lin Nanming zou € 3000, dat Lin Nancui verdiende, meegedaan hebben naar de echtgenoot van Lin Nancui in China, maar daar is geen bewijs van. Bovendien had Lin Nancui ondertussen al € 4140 moeten verdienen.
- Lin Nancui weet niet welke uren zij werkt.
- Volgens Lin Nancui en Ying Zhao zal Lin Nancui hetzelfde loon verdienen als bij haar eerste arbeidskaart, zijnde € 1380 per maand. Dit strookt niet met de arbeidsovereenkomst daterend van 20/03/2010, volgens hetwelk Lin Nancui € 1341,17 per maand zal verdienen. Dat Ying Zhao ook niet kan zeggen of dat netto of bruto is.

- Dat er volgens Lin Nancui en Ying Zhao maandelijks € 250 werd afgetrokken voor de kost en inwoning van Lin Nancui terwijl uit de aan de dienst migratie overgemaakte loonfiches blijkt dat dit veel meer is”.

3.5. Op 26 mei 2010 stelt de raadsman van de verzoeker administratief beroep in tegen de voormelde beslissing bij de Vlaamse minister bevoegd voor Tewerkstellingsbeleid.

3.6. Bij een brief van 23 augustus 2010 van de raadsman van de verzoeker aan de verwerende partij wordt meegedeeld dat de verzoeker in augustus 2010 werd gecontacteerd door mevrouw Adam van de dienst Toezicht Sociale Wetten. Volgens de verzoeker stond mevrouw Adam erop dat het sociaal secretariaat van de verzoeker de lonen voor Nancui Lin zou aanpassen vanaf januari 2010 aangezien het minimaal te bereiken bruto maandloon 1.404,18 euro bedraagt en dat Nancui Lin zou verklaren hoe de betaling van 600 euro destijds was geschied. Bij die brief wordt een verklaring gevoegd van Nancui Lin dat zij het bedrag van 600 euro contant heeft ontvangen, een kopie van de “extra loonafrekeningen” van januari 2010 tot april 2010, alsook het bewijs dat het “totaal netto-bedrag” van 26,43 euro werd uitbetaald aan Nancui Lin.

3.7. Op 31 augustus 2010 beslist de Vlaamse minister van Werk het ingestelde administratief beroep te verwerpen en de arbeidsvergunning en de arbeidskaart B voor de tewerkstelling van Nancui Lin te weigeren. Dit is de bestreden beslissing, die gemotiveerd is als volgt:

- “- Een aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B, ingediend in mei 2007, voor een tewerkstelling in de hoedanigheid van intern huisbediende voor een bruto-maandloon van 1.260 euro werden geweigerd. Deze weigering werd in beroep door de minister bevestigd.
- In september 2008 werd door dezelfde werkgever een aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B voor een tewerkstelling in de hoedanigheid van intern huisbediende voor een bruto-maandloon van 1.380 euro werden geweigerd. In beroep werden de arbeidsvergunning en arbeidskaart door de minister toegekend. De arbeidsvergunning en arbeidskaart waren geldig van 3 april 2009 tot 2 april 2010.

- Door de werkgever Lin Nanming werd de verlenging ingediend van de arbeidsvergunning en arbeidskaart B voor een verdere tewerkstelling van LIN Nancui in de hoedanigheid van interne huisbediende.
- De aanvraag werd op 4/5/2010 geweigerd om de volgende redenen:
 - uit een controle ter plaatse op 19/4/2010 door de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie is gebleken dat de werkgever de voorwaarden waaronder de arbeidsvergunning en arbeidskaart B werden toegekend niet heeft gerespecteerd, en de wettelijke en reglementaire verplichtingen betreffende de tewerkstelling van werknemers niet naleeft.

Door de afdeling Inspectie werd ondermeer vastgesteld dat:

- Lin Nancui werkte tot 7 april 2010 en terug vanaf 22 april 2010. Dit terwijl haar arbeidskaart maar geldig was tot 2 april 2010. Dit is een inbreuk op art. 4,§1 van de wet van 30/4/1999, betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: de werkgever die een buitenlandse werknemer wenst te werk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. De werkgever mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.
- Aan Lin Nancui werd heden nog maar 600 euro uitbetaald. Lin Nanming zou 3.000 euro, dat Lin Nancui verdiende, meegedaan hebben naar de echtgenoot van Lin Nancui in China, maar daar is geen bewijs van. Bovendien had Lin Nancui ondertussen al 4.140 euro moeten verdienen.
- Lin Nancui weet niet welke uren zij werkt.
- volgens Lin Nancui en Ying Zhao zal Lin Nancui hetzelfde loon verdienen als bij haar eerste arbeidskaart, zijnde 1.380 euro per maand. Dit strookt niet met de arbeidsovereenkomst daterend van 20/03/2010, volgens het welk Lin Nancui 1.341,17 euro per maand zal verdienen. Dat Ying Zhao ook niet kan zeggen of dat netto of bruto is.
- Dat er volgens Lin Nancui en Ying Zhao maandelijks 250 euro werd afgetrokken voor de kost en inwonen van Lin Nancui terwijl uit de aan de dienst Migratie overgemaakte loonfiches blijkt dat dit veel meer is.

- Door de raadsman Louise Ma wordt in naam van de werkgever beroep ingesteld tegen de weigeringsbeslissing d.d. 4/5/2010. In haar beroep stelt ze:

‘Mijn cliënt, die niet akkoord kan gaan met deze negatieve beslissing, verzocht mij om bij deze beroep aan te tekenen tegen de weigeringsbeslissing d.d. 4 mei 2010, overeenkomstig de artikels 9 en 10 van de wet van 30 april 1999.

1. De arbeidskaart van Mevrouw Lin Nancui was inderdaad slechts geldig tot 2 april 2010.

Echter aangezien haar verblijfskaart geldig was tot 2 mei 2010 en mijn cliënt tijdig de aanvraag tot verlenging had ingediend en rekende op een verlenging zonder verdere problemen, meende hij verkeerdelijk, waarvoor zijn excuses, dat Mevrouw Lin Nancui kon blijven verder

werken tot maximum 2 mei 2010, tijdstip waarop de verlenging zijns inziens zeker had goedgekeurd zijn geweest. Daarenboven kan mijn cliënt écht niet zonder de hulp van Mevrouw Lin Nancui.

Wat er ook van zij, Mevrouw Lin Nancui heeft slechts 9 werkdagen gepresteerd tijdens de maand april 2010 (en haar laatste werkdag was op 27 april 2010) en deze zijn alle aangegeven, zoals het hoort en zoals blijkt uit de loonfiche.

2. Mevrouw Lin Nancui is steeds uitbetaald geworden op basis van wat er werd gestipuleerd in de bindende arbeidsovereenkomst van november 2008: 38 uren per week verdeeld over de 5 werkdagen op basis van een totaal bruto-loon van 1.390,00 € per maand, waarbij de voordelen in natura (= individuele woning, voedsel en wasserij) zijn inbegrepen in het bruto-loon en samen 250,00 € bedragen.

De loonfiches bevestigen dit.

Bij deze dien ik wél de opmerking te maken dat Mevrouw Lin Nancui, aangekomen in België midden december 2009, slechts voor mijn cliënt begon te werken op 6 januari 2010. Dit verklaart waarom er geen loonfiche is voor december 2009.

Uiteindelijk heeft Mevrouw Lin Nancui in het kader van haar eerste arbeidskaart de netto-totaalsom ontvangen van 3.021,29 €.

Het was in gezamenlijk overleg tussen mijn cliënt en Mevrouw Lin Nancui dat zij zelf slechts voor deze periode 600,00 € van de 3.021,29 € ontving met als voorwaarde dat haar werkgever de resterende som, afgerond op 3.000,00 € (het verschil van 578,71 € werd door beiden aanzien als voorschot), zou meenemen naar de Volksrepubliek China om aldaar te overhandigen aan haar echtgenoot.

De bewijsstukken hieromtrent zijn bijgevoegd:

- een attest van ontvangst van 3.000,00 € getekend op 12 april 2010 door de Heer XU Xingdi, echtgenoot van Mevrouw Lin Nancui, en een kopie van diens Chinese identiteitskaart, met vrije vertaling naar het Frans;
- een kopie van het paspoort van mijn cliënt waaruit blijkt dat hij wel degelijk op dat moment in de Volksrepubliek China vertoefde: vertrek uit Zaventem op 8 april 2010 en aankomst op Zaventem op 22 april 2010.

3. Mevrouw Lin Nancui weet wel degelijk op welke uren zij moet werken:

Maandag 8-11; 16-20;

Dinsdag 8-11; 16-20;

Woensdag 8-11; 13-20;

Donderdag 8-11; 16-20;

Vrijdag 8-11; 16-20.

Tijdens de weekends is zij vrij.

4. Mevrouw Lin Nancui zal in het kader van de verlenging inderdaad hetzelfde blijven verdienen dan tijdens haar eerste arbeidskaart. Ik wens hierbij echter de opmerking te maken dat het bruto-loon waarnaar wordt gerefereerd in de bindende arbeidsovereenkomst van november 2008 wel degelijk 1.390,00 € is en niet, zoals U stelt, 1.341,17 €.

Mevrouw Lin Nancui weet wel zeker dat dit gaat om een bruto-bedrag.

5. De loonfiches tonen zeer duidelijk een aftrek van 250,00 € per maand (en niet méér) voor de voordelen in natura (= individuele woning, voedsel en wasserij).

Gezien de bovenvermelde verduidelijkingen zou ik het ten zeerste appreciëren indien U de beslissing zou willen herzien.’

Door de afdeling Inspectie WSE werd een onderzoek ingesteld naar de tewerkstelling van Lin Nancui. Dit resulteerde in volgende bevindingen en conclusies:

‘[...]

3) Samenvattend

1) Lin Nancui werkte tot 7 april 2010 en terug vanaf 22 april.

Dit terwijl haar arbeidskaart maar geldig was tot 2 april 2010. Dit is een inbreuk op artikel 4 §1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers:

De werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. De werkgever mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.

2) Aan Lin Nancui werd op heden nog maar € 600 betaald. Lin Nanming zou € 3000, dat Lin Nancui verdiende, meegedaan hebben naar de echtgenoot van Lin Nancui in China, maar daar is geen bewijs van. Bovendien had Lin Nancui ondertussen al € 4140 moeten verdienen.

3) Lin Nancui weet niet welke uren zij werkt.

4) Volgens Lin Nancui en Ying Zhao zal Lin Nancui hetzelfde loon verdienen als bij haar eerste arbeidskaart, zijnde € 1380 per maand. Dit strookt niet met de arbeidsovereenkomst daterend van 20.03.2010, volgens hetwelk Lin Nancui € 1341,17 per maand zal verdienen.

Dat Ying Zhao ook niet kan zeggen of dat netto of bruto is.

5) Dat er volgens Lin Nancui en Ying Zhao maandelijks € 250 werd afgetrokken voor de kost en inwoning van Lin Nancui terwijl uit de aan de dienst migratie overgemaakte loonfiches blijkt dat dit veel meer is.

Conclusie:

Gelet op de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en de uitvoeringsbesluiten;

Gelet op de vaststellingen;

- Dat Lin Nancui werkte tot 7 april 2010 en terug vanaf 22 april terwijl haar arbeidskaart maar geldig was tot 2 april 2010.
- Dat aan Lin Nancui op heden nog maar € 600 werd betaald. Lin Nanming zou € 3000, dat Lin Nancui verdiende, meegedaan hebben naar de echtgenoot van Lin Nancui in China, maar daar is geen bewijs van. Bovendien had Lin Nancui ondertussen al € 4140 moeten verdienen.
- Lin Nancui weet niet welke uren zij werkt.
- Volgens Lin Nancui en Ying Zhao zal Lin Nancui hetzelfde loon verdienen als bij haar eerste arbeidskaart, zijnde € 1380 per maand. Dit strookt niet met

de arbeidsovereenkomst daterend van 20.03.2010, volgens hetwelk Lin Nancui € 1341,17 per maand zal verdienen. Dat Ying Zhao ook niet kan zeggen of dat netto of bruto is.

- Dat er volgens Lin Nancui en Ying Zhao maandelijks € 250 werd afgetrokken voor de kost en inwoning van Lin Nancui terwijl uit de aan de dienst migratie overgemaakte loonfiches blijkt dat dit veel meer is.

Gelet op de inbreuken:

Overtreding op art. 4 §1 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: De werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. De werkgever mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.

Gesancioneerd door art. 12, 2°, a) van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers: de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers die, buiten het onder 1°, a), bedoelde geval, in strijd met de bepalingen van deze wet of van de uitvoeringsbesluiten ervan, arbeid doen of laten verrichten door een buitenlandse onderdaan.

Hiervoor wordt Pro Justitia opgesteld.

Wordt advies gegeven tot de weigering van de arbeidsvergunning en arbeidskaart voor Nancui Lin, van Chinese nationaliteit.'

- Uit voormeld inspectieonderzoek blijkt duidelijk dat de werkgever de betrokken werknemer heeft tewerkgesteld zonder hiervoor over de nodige arbeidsvergunning te beschikken; Dit gegeven wordt in het beroepschrift ook niet betwist. Wel wordt door de raadsman gesteld dat aangezien cliënt tijdig de aanvraag tot verlenging had ingediend en rekende op een verlenging zonder verdere problemen dat Mevrouw Lin Nancui kon blijven werken tot maximum 2 mei 2010, tijdstip waarop de verlenging zijns inziens zeker had goedgekeurd zijn geweest.

Door de raadsman wordt ten onrechte gesteld dat de aanvraag tot hernieuwing tijdig werd ingediend: In toepassing van artikel 31 van het KB van 9/6/99 dient de aanvraag tot hernieuwing door de werkgever te worden ingediend uiterlijk één maand voor het verstrijken van de geldigheid van de lopende arbeidsvergunning. In casu werd de aanvraag één week voor het verstrijken ingediend: De arbeidsvergunning verliep op vrijdag 2 april 2010; de aanvraag werd ingediend op vrijdag 26 maart.

Bovendien is een tewerkstelling zonder hiertoe voorafgaand over een arbeidsvergunning te beschikken, één van de basisprincipes van de tewerkstelling van buitenlandse werknemers dat ongetwijfeld ook door deze werkgever moet zijn gekend.

- Blijkens de arbeidsovereenkomst op grond waarvan de arbeidsvergunning en arbeidskaart B werden toegekend zou de betrokken werknemer worden in dienst genomen als inwonende dienstbode voor een maandelijks loon van

1.380 euro bestaande uit een vast brutoloon van 1.130 euro + voordelen in natura geschat op 250 euro per maand.

Bij de aanvraag tot hernieuwing werden de individuele loonafrekeningen voor de maanden januari en februari 2010 toegevoegd.

Blijkens deze loonafrekeningen was het basismaandloon niet 1.130 euro maar 690 euro, en werd als voordeel in natura voor de maanden januari en februari niet 250 euro maar 595,91 respectievelijk 690 euro opgegeven. Volgens deze loonstaten werd aan de betrokken werknemer in januari en februari respectievelijk 451,43 euro en 466,96 euro als nettoloon uitbetaald;

Door de raadsman wordt in het beroepschrift gesteld dat mevrouw Lin Nancui steeds is uitbetaald geworden op basis van wat er gestipuleerd werd in de bindende arbeidsovereenkomst van november 2008: 38 uren per week verdeeld over de 5 werkdagen op basis van een totaal bruto-loon van 1.390 euro per maand, waarbij de voordelen in natura (=individuele woning, voedsel en wasserij) zijn inbegrepen in het bruto-loon en samen 250 euro bedragen. Als bijlage worden loonfiches toegevoegd die dit inderdaad bevestigen. In tegenstelling tot wat de raadsman lijkt te suggereren betreft het hier loonstaten die post factum werden opgesteld, nadat aan de betrokken werkgever bij de indiening van de hernieuwingsaanvraag werd duidelijk gemaakt dat de aanvraag tot hernieuwing zou worden geweigerd gezien uit de loonstaten die bij het aanvraagdossier waren toegevoegd heel duidelijk bleek dat de loonsvoorwaarden niet waren nageleefd.

- Uit de arbeidsovereenkomst gevoegd bij de aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B ingediend in september 2008 blijkt dat betrokkene een bruto maandloon van 1380 euro zou ontvangen. De werknemer geniet bovendien de volgende bijkomende premies en voordelen:
 - voordelen in natura +/- 250,00 euro inbegrepen in het bruto loon (individuele inwoning, voedsel, wasserij).
- Bij het beroep worden loonstaten gevoegd voor de maanden januari tot en met april 2010.
Hieruit blijkt dat het basismaandloon 1.140 euro bedraagt.

Maand	Prestaties	Voordelen in natura	Bijdrage RSZ	Voorhef- fing	Voordelen In natura In mindering	netto
Jan	977,14 €	+ 250 €	- 173,22 €	- 160,98 €	- 250 €	804,43 €
Feb	1.140 €	+ 250 €	- 196,21 €	- 234,17 €	- 250 €	908,26 €
Maart	1.140 €	+ 250 €	- 196,21 €	- 234,17 €	- 250 €	908,26 €
April	466,36€	+ 250 €	- 101,12 €	-	- 250 €	400,34 €

- Uit het inspectieverslag blijkt duidelijk dat de vooropgestelde tewerkstelling niet geschiedt overeenkomstig de loonsvoorwaarden die gelden voor de tewerkstelling van Belgische werknemers (art. 34,5° KB d.d. 9/6/1999). De in de arbeidsovereenkomst opgenomen engagementen worden door de

werkgever niet nageleefd. Van deze bepaling kan de bevoegde overheid niet afwijken (cfr. art. 38, §2 van het KB van 9/6/1999)”.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. In een enig middel wordt de schending aangevoerd van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 34 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en van het “principe van goed bestuur”. Tevens wordt “afwezigheid of ontoereikendheid van wettelijk toegestane middelen” aangevoerd, alsook “manifeste dwaling in de beoordeling”.

De verzoeker argumenteert dat de bestreden beslissing werd genomen op basis van een verslag van een controle van april 2010, zonder rekening te houden met de concrete elementen van het dossier van Nancui Lin en van de verzoeker. Bovendien werd geen rekening gehouden met de elementen waar de verwerende partij zelf om gevraagd had, namelijk een diepgaand verslag omtrent de vraag of de loons- en arbeidsvoorwaarden werden gerespecteerd. Uit het verslag van mevrouw Adam blijkt dat de loonsvoorwaarden werden nageleefd. De verwerende partij heeft niet gewacht op dit verslag om haar beslissing te nemen, terwijl de raadsman van de verzoeker voordien de verwerende partij met een bundel bewijsmateriaal had aangetoond dat de loonsvoorwaarden werden nageleefd.

5. De verwerende partij repliceert dat zij niet op de hoogte was en geen kennis heeft van een verslag dat zou zijn opgesteld door de dienst Toezicht Sociale Wetten. Zij vermocht de bestreden beslissing te nemen op grond van het controleverslag van haar eigen inspectiediensten en van de negatieve adviezen van deze inspectiedienst en van het Vlaams Subsidieagentschap Werk en Sociale Economie. De afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie heeft haar

bevindingen ter informatie bezorgd aan de dienst Toezicht Sociale Wetten, maar zij heeft niet de bevoegdheid om een onderzoek door deze dienst te bevelen. Noch de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie, noch het Vlaams Subsidieagentschap Werk en Sociale Economie, noch de bevoegde Vlaamse minister kregen een kopie van het voornoemde verslag van de dienst Toezicht Sociale Wetten voor toevoeging aan hun dossier. In de veronderstelling dat dit verslag toegevoegd zou zijn aan een proces-verbaal van de dienst Toezicht Sociale Wetten, heeft die dienst trouwens niet de bevoegdheid dit verslag over te maken aan derden. Daarover kan enkel de bevoegde arbeidsauditeur beslissen. De verzoeker toont ook niet aan dat dit verslag hem van alle inbreuken zou vrijpleiten. De brief van de raadsman van de verzoeker van 23 augustus 2010 bracht geen elementen aan het licht die de vaststellingen van het controleverslag onderuit zouden halen.

In de motivering van de bestreden beslissing wordt zeer duidelijk aangegeven dat uit het inspectieverslag duidelijk blijkt dat de loons- en arbeidsvoorwaarden die gelden voor Belgische werknemers en de engagements opgenomen krachtens de arbeidsovereenkomst, door de werkgever niet nageleefd worden. Dit blijkt uit de vaststellingen in het controleverslag naar aanleiding van de controles op 19 en 28 april 2010. Bovendien werden er naderhand nieuwe loonstaten en andere documenten opgesteld om de werkelijke situatie te maskeren.

6. De verzoeker stelt in zijn memorie van wederantwoord dat de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie, door het dossier door te sturen naar de dienst Toezicht Sociale Wetten, deze dienst om advies heeft gevraagd. Hierdoor heeft de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie beslist om zich niet definitief uit te spreken over de naleving van de sociale wetgeving, maar om slechts een vroegtijdig negatief advies te geven. De verwerende partij heeft echter, zonder te wachten op het verslag van de dienst Toezicht Sociale Wetten, een beslissing genomen in overeenstemming met het voormelde vroegtijdig negatief advies, waardoor zij vooruitliep op de bevindingen van de dienst Toezicht Sociale Wetten. Zelfs indien de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie de dienst

Toezicht Sociale Wetten op eigen initiatief had geraadpleegd, dan nog had de verwerende partij geen beslissing mogen nemen vooraleer die dienst zich had uitgesproken. De adviesprocedure moet immers regelmatig zijn en effectief, wat inhoudt dat het advies daadwerkelijk gevraagd en verkregen moet zijn vóór het nemen van de beslissing en dat de geraadpleegde instantie over voldoende tijd moet beschikken om haar advies te kunnen geven. Door vroegtijdig te beslissen heeft de verwerende partij in haar beslissing de redenen niet kunnen opgeven waarom zij afweek van het advies van de dienst Toezicht Sociale Wetten. Hierdoor heeft de verzoeker geen duidelijk beeld kunnen krijgen van de feitelijke en juridische motieven. De verzoeker heeft de wettigheid en de gepastheid van de bestreden beslissing niet kunnen beoordelen in het licht van artikel 34 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 en heeft dus niet ten volle de kans gekregen om de bestreden beslissing in rechte te betwisten. Wanneer er twee tegengestelde adviezen voorhanden zijn, mag de verwerende partij zich bovendien niet beperken tot een motivering door een verwijzing naar één advies.

Beoordeling

7. De verzoeker stelt in wezen dat de verwerende partij ten onrechte niet gewacht zou hebben op een advies van de dienst Toezicht Sociale Wetten alvorens de bestreden beslissing te nemen, terwijl uit dit advies zou blijken dat de verzoeker de loonsvoorwaarden heeft nageleefd. Hieruit leidt de verzoeker af dat de bestreden beslissing niet deugdelijk gemotiveerd is, aangezien die beslissing mee gesteund is op de vaststelling dat de loonsvoorwaarden niet werden nageleefd.

Anders dan de verzoeker lijkt voor te houden, bestaat er geen rechtsregel die de verwerende partij ertoe verplicht om over een voorgenomen beslissing met betrekking tot het afleveren van een arbeidsvergunning en een arbeidskaart advies te vragen aan de dienst Toezicht Sociale Wetten. De verzoeker wijst zelf ook geen dergelijke rechtsregel aan. Aangezien in deze zaak geen adviesverplichting voorhanden is, kan de verzoeker ook niet met goed gevolg

aanvoeren dat de adviesprocedure niet regelmatig of niet effectief zou zijn verlopen.

De verzoeker toont voorts niet aan, en evenmin blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij uit eigen beweging een advies zou hebben gevraagd aan de dienst Toezicht Sociale Wetten. Er blijkt zelfs niet dat een dergelijk advies zou zijn gegeven, vóór of na het nemen van de bestreden beslissing.

8. De bestreden beslissing werd genomen op basis van de stukken die zich bevinden in het administratief dossier, met name het aanvraagdossier, het controleverslag dat werd opgesteld op 29 april 2010 door de sociaalrechtelijk inspecteur van de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie naar aanleiding van een controlebezoek bij de verzoeker op 19 april 2010 en een verhoor dat werd afgenomen op 28 april 2010, het beroepschrift van de verzoeker met de bijbehorende stukken en het advies van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie.

De feitelijke overwegingen in de bestreden beslissing met betrekking tot de tewerkstelling van Nancui Lin na het verstrijken van de eerste arbeidsvergunning en met betrekking tot de effectieve loonsvoorwaarden worden door de verzoeker niet betwist. Evenmin betwist de verzoeker de stelling in de bestreden beslissing dat de door hem bezorgde loonstaten, waaruit alsnog zou moeten blijken dat aan Nancui Lin wel degelijk het overeengekomen loon werd uitbetaald, eerst naderhand werden opgesteld. De verzoeker weerlegt ten slotte ook niet de stelling in de bestreden beslissing dat het loon dat werd uitbetaald volgens deze naderhand opgestelde loonstaten, namelijk een basismaandloon van 1.140 euro, nog steeds minder bedraagt dan het loon dat werd overeengekomen in de arbeidsovereenkomst die gevoegd was bij de aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B. Aangezien naar luid van artikel 34, 4° en 5°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 de arbeidskaart en de arbeidsvergunning worden geweigerd indien de werkgever de wettelijke en de reglementaire verplichtingen betreffende

de tewerkstelling van werknemers niet naleeft en indien de tewerkstelling niet geschiedt overeenkomstig de loons- en andere arbeidsvoorwaarden die voor de tewerkstelling van Belgische werknemers gelden, volstaan de voormelde motieven om de bestreden beslissing te dragen.

9. Het enige middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoeker wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 15 maart 2012, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Jeroen Van Nieuwenhove,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

André Vandendriessche