

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.020 van 28 juni 2012
in de zaak A. 199.981/IX-7118**

In zake : 1. de BVBA BACCA ORIENTAL FOOD
 2. Shalika Ram GAUTAM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Liesbeth Ruelens
 kantoor houdend te 3700 Tongeren
 18^{de} Oogstwal 37 bus 1
 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 26 april 2011, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse minister van Financiën,
Begroting, Werk, Ruimtelijke Ordening en Sport om een arbeidsvergunning en
arbeidskaart B niet toe te kennen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 25 mei 2011 wordt aan de tweede
verzoeker het voordeel van de kosteloze rechtspleging verleend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Wouter De Cock heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 mei 2012.

Staatsraad Jeroen Van Nieuwenhove heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Liesbeth Ruelens, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Wouter De Cock 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. Op 22 maart 2010 dient Shrestha Chij Kumar in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de eerste verzoekende partij bij het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie een aanvraag in tot tewerkstelling voor onbepaalde duur van de tweede verzoeker als keukenhulp.

Bij de aanvraag wordt een arbeidsovereenkomst gevoegd die op 22 maart 2010 werd afgesloten tussen de verzoekende partijen, alsook een aangetekende zending van 10 maart 2010 van de Dienst Vreemdelingenzaken waarin aan de tweede verzoeker wordt meegedeeld dat de Dienst “onder voorbehoud van de voorlegging van een door uw bevoegde gewestelijke overheid afgeleverde arbeidskaart B, instructies tot afgifte van een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister, dat één jaar en één maand geldig is, zal versturen naar het gemeentebestuur van uw verblijfplaats”.

3.2. Op 16 juni 2010 voert de afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie een onaangekondigde controle uit bij de eerste verzoekende partij. In het inspectieverslag staat te lezen dat Shrestha Chij Kumar met betrekking tot de tewerkstelling van de tweede verzoeker de volgende verklaring aflegde:

“Hij werkt voltijds voor mij sinds 2-5-2009. Hij is bij mij in dienst gekomen met een arbeidskaart C. U zegt mij dat hij volgens uw informatie slechts een geldige C-kaart had tot 8-2-2009. Ik zal u de kopie van die kaart doorfaxen. Ik heb voor hem een arbeidscontract opgemaakt in het kader van zijn regularisatieprocedure. Mijn advocaat [...] meldde mij dat hij mocht werken als ik hem zou inschrijven en belastingen voor hem betaal”.

Voorts wordt in het inspectieverslag vermeld dat de arbeidsovereenkomst van de tweede verzoeker op 16 juni 2010 werd beëindigd. Er wordt geconcludeerd dat er sprake is van een “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”. In het verslag wordt geadviseerd “de arbeidsvergunning en/of -kaart” voor de tweede verzoeker te weigeren.

3.3. Op 4 augustus 2010 beslist het diensthoofd Migratie van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie om “de arbeidsvergunning en arbeidskaart” te weigeren.

3.4. Met een aangetekende brief van 2 september 2010 wordt namens de tweede verzoeker administratief beroep ingesteld tegen de voormelde beslissing bij het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie.

3.5. Op 20 oktober 2010 wordt opnieuw een onaangekondigde inspectie uitgevoerd bij de eerste verzoekende partij. Tijdens een verhoor na de controle ter plaatse verklaart Shrestha Chij Kumar zaakvoerder te zijn van drie ondernemingen, namelijk de eerste verzoekende partij, de bvba Bacca Homecare Services, een dienstenchequebedrijf actief in de poetsindustrie, en de bvba Bacca Mediteraneo, een horecaonderneming. In het inspectieverslag van 25 november 2010 wordt vermeld dat “bij de drie ondernemingen [...] inbreuken [werden] vastgesteld tegen de wet van 30 april 1999” en dat “de gegevens van de drie ondernemingen werden opgevraagd aangezien de heer Shrestha tijdens de controle aangaf dat deze duidelijk verbonden zijn en bij verlies elkaar zullen compenseren”.

In het inspectieverslag wordt tevens melding gemaakt van een overtreding op artikel 4, § 1, van de wet van 30 april 1999. Op grond hiervan en rekening houdend met “de (beperkt ontvangen) financiële resultaten van BVBA Bacca Oriental” en “de financiële resultaten van de twee andere ondernemingen” wordt geadviseerd de arbeidsvergunning en arbeidskaart voor de tweede verzoeker te weigeren.

3.6. Bij een niet-gedateerde beslissing van de minister bevoegd voor werk wordt het administratief beroep ongegrond verklaard en worden de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B niet toegekend. Dit is de bestreden beslissing, die gemotiveerd is als volgt:

“Overwegende :

- De Nepalese onderdaan Gautam Shalika Ram kwam op 30 juni 2005 naar België en vroeg het statuut van vluchteling aan. De oude asielprocedure werd op 27 december 2005 ontvankelijk verklaard. Op 26 november 2007 besliste de Commissaris generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen om betrokkene het vluchtelingenstatuut te weigeren en hem eveneens het statuut van subsidiaire bescherming niet toe te kennen. Op 7 december 2007 werd tegen deze beslissing een schorsend beroep ingediend bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Deze procedure is nog steeds hangende.
- In toepassing van artikel 17,1° van het KB van 9/6/1999, een kandidaat vluchteling wiens asielaanvraag ontvankelijk is, werd betrokkene in het bezit gesteld van arbeidskaarten C. De laatst toegekende arbeidskaart C was geldig van 9 februari 2008 tot 8 februari 2009.
- De huidige aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B werden ingediend door de werkgever Bacca Oriental Food uit Antwerpen voor een tewerkstelling in de hoedanigheid van keukenhulp. De arbeidstijdregeling zou 38 uur per week omvatten tegen een bruto uurloon van 11,10 euro. Deze aanvraag betreft een aanvraag in het kader van een regularisatie van verblijf van betrokkene ingediend tussen 15 september 2009 en 15 december 2009.
- Door de Afdeling inspectie WSE werd op 16 juni 2010 voorafgaand aan een eventuele toekenning van de arbeidsvergunning en arbeidskaart B een onderzoek ingesteld bij de werkgever Bacca Oriental Food naar aanleiding van de tewerkstelling van Gautam Shalika Ram. Dit resulteerde in volgende bevindingen en conclusies :

‘Controle

Op 16/6/2010 betrad inspectie onaangekondigd de BVBA Bacca Oriental Food. Nadat we ons gelegitimeerd hadden, troffen we 3 werknemers aan het werk aan. Het betrof :

- SHALIKA RAM GAUTAM (Nepal, ° 11/9/1981): hij was noedels aan het wokken;
- DORJEE LOBSANG (China, Attest van Immatriculatie model A, geldig van 4/5/2010 tot 4/8/2010, RR 790001 11757): nam de bestellingen op aan de toonbank. Hij is niet gemachtigd tot een verblijf in België van meer dan drie maanden.
- DHAN BAHADUR RANABHAT (Nepal, RR 720703611 84, elektronische B-kaart geldig tot 27/10/2014): hij begon net met zijn shift.

De heer SHALIKA RAM GAUTAM vormde het telefoonnummer van zijn werkgever en gaf ons de telefoon. De zaakvoerder SHRESTHA, Chij Kumar bevond zich op het moment van de controle in Nederland. We maakten met hem een afspraak op 22 juni. Tijdens de afspraak verklaarde hij het volgende:

‘Ik ben samen met een collega zaakvoerder van Bacca Oriental Food BVBA. U brengt mij op de hoogte van uw controle vorige week woensdag 16-06-2010. Ik bevestig dat er toen drie werknemers aan het

werk waren in mijn zaak aan de Groenplaats 18 te 2000 Antwerpen. Het gaat om de volgende mensen:

- Dhan Bahadur RANABHAT, nn: 720703 611 84, Nepalese nationaliteit. Hij werkt voltijds voor mij.
- Ram Shalika GAUTAM, nn. 810911 507 54, Nepalese nationaliteit. Hij werkt voltijds voor mij sinds 2-5-2009. Hij is bij mij in dienst gekomen met een arbeidskaart C. U zegt mij dat hij volgens uw informatie slechts een geldige C-kaart had tot 8-2-2009.
Ik zal u de kopie van die kaart doorfaxen. Ik heb voor hem een arbeidscontract opgemaakt in het kader van zijn regularisatieprocedure. Mijn advocaat [...] meldde mij dat hij mocht werken als ik hem zou inschrijven en belastingen voor hem betaal.
- Dorjee LOBSANG, nn. 790001 11757, Chinese nationaliteit. Hij werkt 12 uur per week met een contract van bepaalde duur. Hij is in het bezit van een geldig Attest van Immatriculatie. Ik dacht dat hij mocht werken met zo'n oranje kaart. Hij is bij mij in dienst sinds 13-5-2010. Ik heb ook nog 2 andere werknemers in dienst, die echter niet aanwezig waren op het ogenblik van de controle:
- Abishek PRADHAN, nn: 830721 393 90, Nepalese nationaliteit. Hij werkt sinds 10-8-2007 voor mij. Ook van hem meldde u mij dat hij niet mag werken omdat hij geen verblijfstitel bezit. Ik dacht dat ik hem voltijds moest tewerkstellen om zijn verblijf in orde te brengen. Ik dacht dat hij een oranje kaart had, maar ook bij hem zegt u mij dat dit niet het geval is. Ik heb hem, samen met dhr. Gautam en Ranabhat uit dienst laten zetten naar aanleiding van uw controle.
- Sangay Tenzig GERHPCON: u zegt mij dat hij ook niet in orde is; dat hij wel een verblijfskaart type A heeft, maar dat voor zijn tewerkstelling een arbeidskaart vereist is. Ik zeg u dat ik dacht dat hij in orde was. Ik ben ook nog zaakvoerder van twee andere zaken aan de Groenplaats: Bacca Mediteraneo, met ondernemingsnummer 0811 958 294, en daarnaast ook van Bacca Home Care, een poetsfirma met dienstencheques.'

Na onze controle beëindigde de werkgever op 16 juni 2010 de arbeidsovereenkomst van twee werknemers, SHALIKA RAM GAUTAM en ABISHEK PRADHAN (en niet DHAN BAHADUR RANABHAT zoals in de verklaring vermeld). Hetzelfde deed hij op 18 juni 2010 met de overeenkomst van DORJEE LOBSANG. Deze laatste had een contract van bepaalde duur (tot 8/7/2010). Hij overhandigde ons de door beide partijen ondertekende beëindiging.

De werkgever heeft steeds al zijn personeelsleden Dimona-gemeld (met de daaraan gekoppelde RSZ-bijdragen en bedrijfsvoorheffing), waarvan er 4 voltijds en 2 deeltijds werken. Sociaal secretariaat is Handel, Diensten, Industrie (Arbeidsstraat 12,A te Aalst).

De dag na het verhoor, nam de zaakvoerder opnieuw contact met IWSE op. Hij meldde ons dat de heer Sangay Tenzig GERHPCON wel degelijk over een Arbeidskaart C beschikt en hij faxte deze ogenblikkelijk door. Het betrof een arbeidskaart C van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, nr.RBCBHG 725288 geldig tot 1/7/2010.

Conclusie :

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

Gelet op de vaststellingen;

Gelet op de inbreuken:

Betreffende de heer SHALIKA RAM GAUTAM, DORJEE LOBSANG en PRADHAN ABISHEK

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, 1°, a) van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers : De werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers die, in strijd met de bepalingen van deze wet of van de uitvoeringsbesluiten ervan, arbeid doen of laten verrichten door een buitenlandse onderdaan die niet is toegelaten of gemachtigd tot een verblijf in België van meer dan drie maanden of tot vestiging.

Wordt advies gegeven tot de weigering van de arbeidsvergunning en/of -kaart voor de tewerkstelling van de Nepalese onderdaan de heer SHALIKA RAM GAUTAM.'

- Naar aanleiding van de bevindingen van de Afdeling Inspectie WSE werd de aanvraag om arbeidsvergunning en arbeidskaart B op 4 augustus 2010 geweigerd. De redenen van weigering werden opgenomen in de conclusie van het inspectieverslag van 25 juni 2010.
- Door de raadsman van de werkgever werd op 3 september 2010 beroep aangetekend tegen de weigeringsbeslissing van 4-8-2010.

In zijn beroep stelt de raadsman :

'Ik richt mij tot u als raadsman van de heer Shrestha Chij Kumar, met woonplaats, Groenplaats 18 te 2000 Antwerpen. Mijn cliënt wilde zo vlug mogelijk de heer Gautam Shalika Ram, tewerk stellen.

Mijnheer Gautam heeft altijd gewerkt voor dit bedrijf met een arbeidskaart C in de periode dat hij asielzoeker was. Tijdens de regularisatie heeft hij dan ook een aanvraag ingediend op grond van het hebben van werk. Toen hij in maart een schrijven kreeg van DVZ dat dit kon worden toegestaan deed de werkgever onmiddellijk het nodige om dit in orde te maken. Hij is dan ook zeer verbaasd dat dit nu uiteindelijk geweigerd wordt.

Mijn cliënt valt niets te verwijten en hij heeft steeds legaal werk aangeboden en steeds zijn werknemers ingeschreven. De werkgever heeft dit dan ook zelf gemotiveerd waarom hij deze werknemer wel degelijk nodig heeft. Dat hier zeker geen enkele intentie van sociale fraude of bedrog aan de basis ligt en dat hij alles in het werk stelt om zijn werknemers in te schrijven. Dat er ook meer dan voldoende werk is en dat deze werknemer noodzakelijk is voor het goed functioneren van

het bedrijf. Dat de andere werknemer waarvan sprake is in een gelijkaardige situatie zit.

Dat hier nooit bedrieglijke intenties aan de basis van de aanvraag gelegen hebben integendeel dat de beide werknemers ingeschreven zijn en beantwoorden aan de voorwaarden voor het bekomen van een arbeidskaart volgens de instructies van 19 juli 2009. Dat er dan ook geen enkele reden is om de arbeidskaart te weigeren.'

- Naar aanleiding van het beroep werd de Afdeling Inspectie gevraagd om nogmaals een onderzoek in te stellen naar de tewerkstelling van Gautam Shalika Ram bij de bvba Bacca Oriental Food.

Op 20 oktober 2010 werd door de afdeling Inspectie een bijkomend onderzoek gedaan. Dit resulteerde in volgende bevindingen en conclusies :

'Op 16 juni 2010 voerde inspectie een onaangekondigde controle uit in de bvba Bacca Oriental Food te Antwerpen. Ter plaatse werden inbreuken op de wet van 30 april 1999 voor de tewerkstelling van drie werknemers.

Op 4 augustus 2010 werd de aanvraag tot arbeidskaart door de dienst migratie geweigerd. Op 6 september 2010 ontving de dienst migratie van VSAWSE een beroep tegen deze weigeringsbeslissing.

Controle

Op 20 oktober 2010 voerde inspectie werk en sociale economie, onaangekondigd controle uit bij BVBA Bacca Oriental Food, Groenplaats 18 te 2000 Antwerpen (ondernemingsnummer 890.959.153). Op dit adres baat de BVBA een wokrestaurant uit. Er is zowel een afhaalgedeelte als een restaurantgedeelte.

Op dat moment worden volgende personen aan het werk aangetroffen:

- GURUNG Khagendra (RR 700430 587 11), Portugal, E kaart;
- K.G. Mohan (RR 780520 515 73), Nepal, Attest van Immatriculatie op basis van gezinshereniging met een Europeaan, vrijgesteld van arbeidskaart.

Beide personen staan vermeld op de Dimona lijst.

Op de Dimona lijst staat eveneens vermeld de heer MICLAUS Ioan Christian, Roemenië, E-kaart (RR 760222 413 52). De heer Miclaus is niet in het bezit van een arbeidskaart.

De zaakvoerder wordt uitgenodigd voor verhoor in de kantoren van Inspectie te Antwerpen.

De heer Shrestha verklaarde onder andere het volgende :

'ik ben zaakvoerder van volgende ondernemingen :

BVBA Bacca Oriental Food (ondernemingsnummer 890959153)

BVBA Bacca Homecare Services (ondernemingsnummer 463 000 202)

BVBA Bacca Mediteraneo (ondernemingsnummer 811 958294)

Mevrouw Beke is mede zaakvoerder van bovenstaande ondernemingen maar is niet actief. Ze werkt zelf niet in de drie ondernemingen. Ik neem alleen de beslissingen over wie er al dan niet aangenomen wordt. BVBA Bacca Homecare is een dienstencheque-bedrijf, actief in de poetsindustrie. De twee andere ondernemingen zijn actief in de horeca. Volgende personen zijn in dienst van BVBA Bacca Homecare Services:

- Miclaus Ioan Christian (RR 760222 413 52) in dienst sinds 10/9/2010. Vanaf 3/8/2010 eveneens in dienst van BVBA Bacca Oriental Food.
- Miclaus Marioara Carmen (RR 730324530 13), in dienst sinds 8/6/2010.
- Zsoldi Niculina (RR 690603612 13), in dienst van 14/8/2009 tot 7/6/2010. Vanaf 19/6/2009 eveneens in dienst van BVBA Bacca Mediteraneo. Volgens mij werkt Niculina Zsoldi eveneens als zelfstandige.

Zij zijn allen in het bezit van een E kaart en hebben allen de Roemeense nationaliteit. U vraagt me van deze drie personen. De arbeidsovereenkomsten te bezorgen. Ze hebben allen een arbeidsovereenkomst als poetsvrouw.

Er is al verschillende keren controle geweest in BVBA Bacca Oriental Food en BVBA Bacca Mediteraneo en er is me nooit gewezen op de tewerkstelling van de Roemenen zonder arbeidskaart. Voor het in dienst nemen van de 3 Roemenen heb ik nergens nagegaan of zij mochten werken zonder arbeidskaart. Ik ging ervan uit dat aangezien zij een E kaart met 5 jaar geldigheid hebben, zij mochten werken zonder arbeidskaart.

Voor in dienst nemen van een persoon, doe ik zelf de Dimona melding voor een aantal dagen als student om te kijken of de persoon voldoet. Nadien zal ik een contract opstellen met een proeftijd. Ik bekijk zelf of iemand de nodige documenten heeft om in België tewerkgesteld te worden. Er is geen extra controle door boekhouder, sociaal secretariaat of tweede zaakvoerder (mevr. Beke). Als een persoon geen rijksregisternummer heeft, dan bezorg ik per fax een kopie van hun identiteitsdocument naar het sociaal secretariaat die de Dimona melding doen.

U brengt me op de hoogte van het feit dat zonder arbeidskaart de drie Roemenen niet in dienst kunnen blijven.

Op 16 november 2010 ontving inspectie werk en sociale economie per fax de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Miclaus Ioan Cristian. Op 15/11/2010 ontving inspectie per mail de individuele rekening van de heer Miclaus Ioan Cristian.

De heer Shrestha is zaakvoerder van 3 ondernemingen. Inspectie heeft de drie ondernemingen gecontroleerd en volgende inbreuken vastgesteld:

- BVBA Bacca Oriental Food : PJ voor de tewerkstelling van 1 Roemeen
- BVBA Bacca Homecare Services - PJ voor de tewerkstelling van 3 Roemenen en 1 Nepalees
- BVBA Bacca Mediteraneo - PJ voor de tewerkstelling van 1 Roemeen en 1 Nepalees .

Bij de drie ondernemingen werden door inspectie inbreuken vastgesteld tegen de wet van 30 april 1999.

Inspectie vroeg op 21 oktober 2010 [...] de financiële gegevens van de drie ondernemingen op aan de boekhouder de heer Franky Van Bokstael. De gegevens van de drie ondernemingen werden opgevraagd aangezien de heer Shrestha tijdens de controle aangaf dat deze duidelijk verbonden

zijn en bij verlies elkaar zullen compenseren. Deze gegevens werden op 21 november 2010 per mail aan inspectie bezorgd. Hieruit kan inspectie het volgende afleiden :

- BVBA Bacca Homecare Services : 1/7/2008 - 30/6/2009 : 2868,08 euro verlies
1/7/2009 - 30/6/2010: 7340,79 euro winst
- BVBA Bacca Mediteraneo : 1/4/2009 - 30/9/2010: 54963,81 euro verlies
- BVBA Bacca Oriental Food : 1/7/2008 - 30/6/2009: 19517 euro verlies (te bestemmen verlies = 12911 euro, compensatie door winst vorig boekjaar)
1/7/2009 - 30/6/2010: geen gegevens opgeleverd
1/7/2010 - 30/9/2010: winst 26.721,11 euro (minimaal rekening gehouden met lopende afschrijvingen).

Dit geeft geen globaal beeld van de resultaten van de onderneming. De gegevens van boekjaar 2009 - 2010 werden door de boekhouder niet bezorgd.

Conclusie :

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

Gelet op de vaststellingen;

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 10, 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.

Gelet op de (beperkt ontvangen) financiële resultaten van BVBA Bacca Oriental;

Gelet op de financiële resultaten van de twee andere ondernemingen;

Wordt advies gegeven tot de weigering van de arbeidsvergunning en/of -kaart voor de tewerkstelling van SHALIKA RAM GAUTAM.'

- Uit het Inspectieverslag van 25 november 2010 blijkt duidelijk dat :
 - de werkgever inbreuk pleegde op de artikelen 4,§1 en 5 van de wet van 30/4/1999. De werkgever stelde te werk zonder arbeidsvergunning, en de werknemer heeft arbeid verricht zonder in het bezit te zijn van een arbeidskaart.

- De werkgever mag de diensten van deze werknemer enkel gebruiken binnen de perken van deze vergunning.
- Dergelijke inbreuk is sanctioneerbaar op basis van artikel 12,1,a van de wet van 30/4/1999. De wettelijke en reglementaire bepalingen werden derhalve niet gerespecteerd (= art. 34, 1° van het KB van 9/6/1999).
- 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.

De bevoegde overheid niet kan afwijken van deze bepalingen (cfr. art. 38, § 2 van het KB van 9/6/1999).

Om deze redenen beslist de Vlaamse minister van Financiën, Begroting, Werk, Ruimtelijke Ordening en Sport om het beroepschrift ongegrond te verklaren en derhalve de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B niet toe te kennen”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Eerste verzoekende partij

Uiteenzetting van de exceptie

4. De verwerende partij werpt op dat geen bewijs voorligt dat de daartoe bevoegde zaakvoerder op 26 april 2011 beslist heeft om een annulatieberoep in te stellen.

Beoordeling

5. Uit stuk 9 van het bundel bij het verzoekschrift blijkt dat de statutair bevoegde zaakvoerder van de eerste verzoekende partij zich op 20 april 2011 akkoord verklaarde met de aanstelling van zijn raadsman met het oog op het instellen van het onderhavige beroep bij de Raad van State.

De exceptie mist feitelijke grondslag.

B. Tweede verzoeker

Uiteenzetting van de exceptie

6. De verwerende partij werpt op dat de tweede verzoeker geen administratief beroep heeft kunnen instellen omdat hij niet voldoet aan de voorwaarde van een wettig verblijf in België. Hierdoor was hij geen partij bij de bestreden beroepsbeslissing en kan hij niet op ontvankelijke wijze een beroep bij de Raad van State instellen.

Beoordeling

7. De bestreden beslissing is genomen op grond van het koninklijk besluit van 7 oktober 2009 houdende bijzondere bepalingen met betrekking tot de tewerkstelling van sommige categorieën van buitenlandse werknemers. Dit besluit werd genomen ter uitvoering van onder meer artikel 4, § 2, tweede lid, van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. Artikel 9 van die wet voorziet in een georganiseerde administratieve beroepsmogelijkheid voor “de buitenlandse werknemer die wettig in België verblijft en wiens arbeidskaart wordt geweigerd of ingetrokken, alsmede [voor] de werkgever wiens arbeidsvergunning wordt geweigerd of ingetrokken”. Hieruit volgt dat voor de tweede verzoeker enkel een georganiseerd beroep mogelijk was indien hij wettig in België verblijft.

Aangezien bij de bestreden beslissing zowel een arbeidsvergunning als een arbeidskaart B wordt geweigerd, wordt de rechtspositie van de tweede verzoeker door de bestreden beslissing nadelig beïnvloed, aangezien hij daardoor niet als werknemer kan worden tewerkgesteld. Aangezien de tweede verzoeker tussen het indienen van de aanvraag en het nemen van de bestreden beslissing niet wettig in België verbleef, kon hij geen administratief beroep instellen tegen de eerste weigeringsbeslissing van 4 augustus 2010 en kan

het niet instellen van een dergelijk administratief beroep dan ook niet leiden tot de onontvankelijkheid van het onderhavige annulatieberoep.

De exceptie is niet gegrond.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

8. In een enig middel wordt de schending aangevoerd van artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de motiveringsplicht en van het rechtszekerheidsbeginsel.

De verzoekende partijen stellen dat de weigering van de aanvraag voor een arbeidskaart en een arbeidsvergunning in de bestreden beslissing gemotiveerd wordt door inbreuken gepleegd op artikel 4, § 1, van de wet van 30 april 1999, door de (beperkt ontvangen) financiële resultaten van de eerste verzoekende partij en door de financiële resultaten van de twee andere ondernemingen. Hiermee worden andere voorwaarden opgelegd dan de voorwaarden die worden opgesomd in de instructie van 19 juli 2009, terwijl in de bestreden beslissing niet wordt betwist dat voldaan is aan de voorwaarden in die instructie.

Van de personen die bij de controlebezoeken onwettig tewerkgesteld bleken te zijn, werd de arbeidsovereenkomst onmiddellijk beëindigd, ook al waren die personen ingeschreven op de Dimonalijst en werden de nodige sociale lasten en bijdragen betaald. Desondanks wordt in de bestreden beslissing geoordeeld dat de eerste verzoekende partij een inbreuk pleegde op de artikelen 4 en 12 van de wet van 30 april 1999. De laatstgenoemde bepaling is evenwel een strafbepaling, waarvan alleen een strafrechter de overtreding kan vaststellen. Hierdoor eigent de minister zich een bevoegdheid toe die hij niet

bezit, zonder dat hij de eerste verzoekende partij enig strafrechtelijk verweer gunt.

Nergens blijkt dat een overtreding van bepalingen van de wet van 30 april 1999 een weigeringsgrond vormt voor het verlenen van een arbeidskaart B en een verblijfsvergunning (lees: arbeidsvergunning). Voorts vormen de financiële gegevens van de eerste verzoekende partij en van de twee andere genoemde vennootschappen evenmin een dergelijke weigeringsgrond, evenmin als de overweging dat er geen “globaal beeld” van de onderneming voorhanden is, nog afgezien van de vaststelling dat niet duidelijk (en dus rechtsonzeker) is wat hieronder verstaan moet worden.

9. De verwerende partij repliceert dat de arbeidskaart B in het kader van een regularisatieaanvraag wegens duurzame lokale verankering slechts kan worden verleend indien de algemene regels met betrekking tot het verlenen van arbeidsvergunningen en arbeidskaarten werden nageleefd. De arbeidskaart B hangt samen met de arbeidsvergunning. Bij de twee inspecties werd vastgesteld dat werknemers werden tewerkgesteld bij de eerste verzoekende partij zonder arbeidsvergunning en arbeidskaart. In de bestreden beslissing wordt dan ook terecht overwogen dat overeenkomstig artikel 34, 1^o, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers de arbeidsvergunning en de arbeidskaart worden geweigerd indien de voorwaarden bedoeld in de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan niet zijn vervuld. Artikel 38, § 2, van hetzelfde besluit laat niet toe om voor individuele behartenswaardige gevallen af te wijken van de eerstgenoemde bepaling.

10. De verzoekende partijen merken in hun memorie van wederantwoord nog op dat de verwerende partij geen verweer voert ten aanzien van het middelonderdeel dat handelt over de vaststelling dat de bestreden beslissing ook steunt op een verwijzing naar de financiële gegevens van de eerste verzoekende partij en van twee andere ondernemingen.

In hun laatste memorie voegen de verzoekende partijen niets toe aan hun argumentatie.

Beoordeling

11. De bestreden beslissing berust onder meer op het motief dat de werkgever een inbreuk heeft gepleegd op de artikelen 4, § 1, en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers. Naar luid van artikel 4, § 1, eerste lid, moet een werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen, vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid.

De verzoekende partijen betwisten niet dat de aanvraag die heeft geleid tot de bestreden beslissing werd ingediend op grond van het koninklijk besluit van 7 oktober 2009 houdende bijzondere bepalingen met betrekking tot de tewerkstelling van sommige categorieën van buitenlandse werknemers. Naar luid van artikel 2 van het laatstgenoemde besluit zijn de bepalingen van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers betreffende de toekenningsvoorwaarden en de aflevering voor de arbeidsvergunning en de arbeidskaart van toepassing, met uitzondering van de artikelen 10, 12, eerste lid, en 34, 7°, van hetzelfde besluit. Naar luid van het aldus toepasselijke artikel 34, 1°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 worden de arbeidsvergunning en de arbeidskaart geweigerd wanneer de voorwaarden vermeld in de wet of in de uitvoeringsbesluiten niet zijn vervuld.

12. De vaststelling in de bestreden beslissing dat een inbreuk werd gepleegd op artikel 4, § 1, van de wet van 30 april 1999 houdt bijgevolg niet meer in dan de toepassing van het voormelde artikel 34, 1°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999. Het gegeven dat artikel 12 van de wet van 30 april 1999 aan de niet-naleving van artikel 4 ook nog strafsancties verbindt, staat los van het gevolg dat artikel 34, 1°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 eraan verbindt,

namelijk de weigering van de arbeidsvergunning en van de arbeidskaart. De loutere vermelding van die strafrechtelijke sanctioneerbaarheid in de bestreden beslissing doet geen afbreuk aan de deugdelijkheid van het voormelde weigeringsmotief.

Aangezien artikel 34, 1°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 op onvoorwaardelijke wijze is gesteld en niet voorziet in uitzonderingen, volstaat dit weigeringsmotief om de bestreden beslissing te dragen. Van zodra wordt vastgesteld dat een inbreuk op de wettelijke of reglementaire voorwaarden voorligt, is de overheid verplicht om de arbeidsvergunning en de arbeidskaart te weigeren.

13. De kritiek die de verzoekende partijen formuleren met betrekking tot de vermelding in de bestreden beslissing van de financiële gegevens van de drie door hen aangehaalde vennootschappen, waaronder de eerste verzoekende partij en de stelling in de bestreden beslissing dat die financiële gegevens “geen globaal beeld [geven] van de resultaten van de onderneming”, heeft betrekking op overtollige motieven. Kritiek op overtollige motieven kan niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing leiden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 juni 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