

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.263 van 28 januari 2013
in de zaak A. 202.412/IX-7471**

In zake : de BVBA SOHAN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Joachim Vanspeybrouck
 kantoor houdend te 8000 Brugge
 Gulden Vlieslaan 28
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST,
vertegenwoordigd door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mustapha El Karouni
kantoor houdend te 1210 Brussel
Willemsstraat 14/308

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 oktober 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 19 augustus 2011 van de minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering bevoegd voor Tewerkstelling waarbij de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B wordt geweigerd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Adjunct-auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2013.

Staatsraad Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nicolas D’Haenens, die loco advocaat Mustapha El Karouni verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 15 december 2010 dient de verzoekende partij een aanvraag in tot het bekomen van een vergunning voor het tewerkstellen van een buitenlandse werknemer, met name Ismail Hossain, en dit als verkoper.

3.2. Op 29 maart 2011 wordt proces-verbaal opgesteld lastens verzoekende partij en haar zaakvoerder wegens illegale tewerkstelling van de voornoemde buitenlandse werknemer.

3.3. Op 5 mei 2011 wordt de aanvraag tot tewerkstelling geweigerd. De verzoekende partij stelt hiertegen op 6 juni 2011 administratief beroep in.

3.4. Op 19 augustus 2011 verklaart de minister het ingestelde administratief beroep ongegrond en weigert de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart. Deze beslissing steunt op de volgende, hierna bij uittreksel weergegeven formele motivering:

“1. De aanvraag tot toekenning van een arbeidsvergunning en een arbeidskaart, 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, werd geweigerd op 5 mei 2011.

Het beroep betreft een weigering krachtens de volgende gronden :

1° artikel 8 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers ;

2° de artikelen 4, § 1 en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers.

Het K.B. van 7 oktober 2009 sluit geenszins uit dat de Administratie de weigeringsgronden van de artikelen 8 en 4, § 1 en 5 van onderscheidenlijk het K.B. van 9 juni 1999 en van de wet van 30 april 1999 inroept, wanneer de voorwaarden daartoe aanwezig zijn.

Welnu, in overeenstemming met de door de Minister van Werk van de Brusselse Hoofdstedelijk Regering uitgevaardigde richtlijnen met betrekking tot aanvragen van arbeidsvergunning ten gunste van de personen die in beginsel geacht kunnen worden in het toepassingsgebied van het koninklijk besluit van 7 oktober 2009 houdende bijzondere bepalingen met betrekking tot de tewerkstelling van sommige categorieën van buitenlandse werknemers, te vallen, wordt de mogelijkheid om op grond van artikel 38, § 2 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, bij gemotiveerde beslissing voor individuele behartigenswaardige gevallen om economische of sociale redenen af te wijken van het bepaalde van artikel 8 van hetzelfde koninklijk besluit, slechts door de Minister benut voor zover en in de mate dat de aanvraag geen andere weigeringsgronden, bepaald door de wet van 30 april 1999 en/of artikel 34 van het KB. van 9 juni 1999, oproept.

Dit laatste is echter het geval, zoals hierna zal blijken.

2. Het is de werkgever verboden de betrokken werknemer tewerk te stellen zonder eerst over een arbeidsvergunning te beschikken. De werknemer mag evenmin arbeid verrichten zonder eerst een arbeidskaart te hebben verkregen. In de huidige stand van zaken bezit de werkgever geen arbeidsvergunning, de werknemer geen arbeidskaart.

Uit het administratief dossier blijkt dat de werkgever op 21 december 2010 een door hem, op 15 december 2010, ondertekende aanvraag ter verkrijging van de arbeidsvergunning heeft ingediend voor een tewerkstelling vanaf 1 december 2010.

De weigeringsbeslissing van de Directeur van de Directie Werkgelegenheidsbeleid en Meerwaardeneconomie van 5 mei 2011 vermeldt vooreerst de inhoudelijke grond tot weigering :

- de werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid ;
- om arbeid te verrichten, moet de buitenlandse werknemer vooraf een arbeidskaart hebben verkregen van de bevoegde overheid,

om vervolgens te verwijzen naar de wetsartikelen die aan deze weigeringsgronden ten grondslag liggen (onderscheidenlijk artikel 4 § 1 en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers).

Van artikel 4, § 1 noch van artikel 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers kan worden afgeweken.

Ten gronde betwist de beroepsindiener deze weigeringsgronden niet – hij beperkt er zich toe een schending in te roepen van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, volgens hetwelk ‘de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn’.

Wat het door de beroepsindiener aangevoerde middel tot vernietiging (sic) van de bestreden beslissing betreft wegens schending van de wet van 29 juli 1991, dient dit in hoofdorde te worden verworpen om de volgende reden :

(...).

Er kan dus geen rekening worden gehouden met het middel van de beroepsindiener (...).

De weigeringsgronden krachtens de artikelen 4, § 1 en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers worden derhalve gehandhaafd.

Aangaande de weigeringsgrond krachtens artikel 8 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers.

3. Op verzoek van de Administratie om te peilen naar de beschikbaarheid van werkkrachten op de arbeidsmarkt, deelt de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling mee dat, niettegenstaande schriftelijk verzoek, de werkgever niet de nodige verduidelijkingen heeft verschaft aangaande het vereiste functieprofiel.

Bijgevolg besluit de dienst, op grond van de gegevens waarover hij beschikt – een afschrift van het beroep, het aanvraagformulier en de daaraan toegevoegde arbeidsovereenkomst – dat er minstens 547 werkzoekenden beantwoorden aan het door de werkgever gevraagde profiel. Derhalve geeft de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling een ongunstig advies over het beroep.

De reden tot weigering is dus gegrond.
(...).”

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. In een enig middel voert de verzoekende partij de schending aan van de materiële motiveringsplicht, het vertrouwensbeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel. Zij zet uiteen dat in de bestreden beslissing het afleveren van een arbeidskaart afhankelijk wordt gesteld van een arbeidsmarktonderzoek. De gewesten hebben in het verleden beslist om arbeidskaarten B toe te kennen aan vreemdelingen met een regularisatieaanvraag die voorwaardelijk is goedgekeurd door de Dienst Vreemdelingenzaken zonder eerst een arbeidsmarktonderzoek uit te voeren. Artikel 32, § 2, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, voorziet in de mogelijkheid in bepaalde bijzondere situaties af te wijken van de bepalingen van artikel 8 van dit besluit. Klaarblijkelijk hebben de gewesten geoordeeld dat

regularisatie een dergelijke bijzondere situatie is, hetgeen ook wordt erkend in de bestreden beslissing.

De materiële motiveringsplicht is volgens de verzoekende partij miskend doordat de verwerende partij, in weerwil van haar eigen beslissing, toch een arbeidsmarktonderzoek vereist. Door op grond van het feit dat geen gunstig arbeidsmarktonderzoek voorligt, een arbeidskaart B te weigeren, steunt de beslissing op foutieve gronden. De Raad van State dient niet in te gaan op de vraag of het arbeidsmarktonderzoek al dan niet terecht tot een negatieve conclusie kwam, omdat er *in casu* nooit een arbeidsmarktonderzoek had mogen plaatsvinden.

Om precies dezelfde reden is het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* geschonden. De bevoegde Brusselse minister had aangegeven de regelgeving van de andere gewesten mutatis mutandis toe te passen en doet nu net het omgekeerde dan wat was beloofd.

Bovendien maakt het bestuur zich schuldig aan een inbreuk op het vertrouwensbeginsel. Er waren wel degelijk toezeggingen gedaan waarbij een rechtmatig vertrouwen in hoofde van de verzoekende partij was gewekt. Dit is nog meer het geval nu de procedure tot regularisatie en het bekomen van een arbeidskaart al bijna twee jaar aansleept. Er was de toezegging van het bestuur dat zonder probleem een arbeidskaart kon worden bekomen (aan alle andere voorwaarden is immers voldaan).

5. De verwerende partij antwoordt vooreerst dat aan de formele motiveringsplicht is voldaan. Verder stelt zij dat enkel van artikel 8 van het voornoemde koninklijk besluit van 9 juli 1999 kan worden afgeweken indien er geen andere belemmeringen zijn om de arbeidsvergunning toe te kennen. Krachtens deze bepaling is er inderdaad op verzoek gepeild naar de beschikbaarheid van werkkrachten op de arbeidsmarkt. Aangezien de verzoekende partij niet reageerde op het schriftelijk verzoek van de Brusselse

Dienst voor Arbeidsbemiddeling tot verduidelijking van het profiel, werd het marktonderzoek gedaan op basis van de door de verzoekende partij in de aanvraag vermelde functiebeschrijving (“verkoper”). Inzake het argument dat artikel 38, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 9 juli 1999 had moeten worden toegepast omdat de bevoegde minister verwachtingen zou hebben opgewekt bij de verzoekende partij, is het juist te stellen dat de minister zich ertoe verbonden had deze regel op een soepele manier toe te passen in het raam van regularisatieaanvragen ingediend tussen 15 september en 15 december 2009, maar dat deze discretionaire bevoegdheid niet onvoorwaardelijk is. Nooit is beweerd dat de weigeringsgronden vervat in de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers niet zouden worden aangewend. *In casu* werd tijdens de controle van 16 maart 2011 bij de verzoekende partij vastgesteld dat Ismaïl Hossain aan het werk was in de winkel. De zaakvoerder van de verzoekende partij vertelde aan de sociale inspecteurs dat Ismaïl Hossain al in 2009 voor de verzoekende partij werkte. Deze vaststellingen vormen een inbreuk op de artikelen 4, § 1, en 5 van de voornoemde wet van 30 april 1999. De verzoekende partij betwist deze inbreuken niet en in deze omstandigheden kan de verzoekende partij niet eisen van het bestuur dat ze gebruik maakt van de door haar aangehaalde mogelijkheid tot afwijking.

6. De verzoekende partij herneemt in de memorie van wederantwoord haar argumentatie in het verzoekschrift. Ze voegt eraan toe dat het feit dat ze niet antwoordde op het schriftelijk verzoek van de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling niet ter zake doet daar dit ingaat tegen de algemene regels die het bestuur zelf eerder heeft vastgelegd en bevestigd in de bestreden beslissing. Ook het gegeven dat de regularisatie-instructie is vernietigd heeft niks te zien met de gedane toezeggingen van het bestuur daar deze nog rechtsgeldig blijven bestaan. Tot slot betoogt ze dat er geen andere weigeringsgronden voorhanden zijn en dat alles in de bestreden beslissing wordt teruggebracht tot een negatief arbeidsmarktonderzoek.

In de laatste memorie volhardt de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift.

Beoordeling

7. Naar luid van artikel 4, § 1, eerste lid, van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers moet een werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen, vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid. Artikel 5, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt dat, om arbeid te verrichten, de buitenlandse werknemer vooraf een arbeidskaart moet hebben verkregen van de bevoegde overheid.

De verzoekende partij betwist 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 dit 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.

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.

8. De bestreden beslissing berust op twee motieven: enerzijds de weigering op grond van een inbreuk op de artikelen 4, § 1, en 5 van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers en anderzijds de weigering op grond van het niet voldaan zijn aan artikel 8 van het koninklijk besluit van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers.

Uit de zo-even aangehaalde bepalingen volgt dat de bestreden beslissing een voldoende grond vindt in het niet-bestreden weigeringsmotief gesteund op de artikelen 4, § 1, en 5 van de genoemde wet van 30 april 1999. De kritiek van de verzoekende partij op het tweede weigeringsmotief, mocht die al gegrond zijn, heeft betrekking op een overtollig motief. Deze kan niet tot nietigverklaring van de bestreden beslissing leiden. De verzoekende partij heeft tot slot geen belang bij het aanvoeren van de overige in het enig middel aangevoerde beginselen. Ook na een gebeurlijke vernietiging van de bestreden beslissing blijft immers het niet-bestreden weigeringsmotief gestand en is de minister in dit geval op grond van de hiervoor aangehaalde bepalingen die een gebonden bevoegdheid inhouden, verplicht de arbeidskaart B te weigeren.

9. Het enig middel kan niet tot nietigverklaring leiden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 januari 2013, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche