

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 96.579 van 18 juni 2001
in de zaak A. 88.935/IX-2164.**

In zake : Emiliane VAN GUGTE,
wonende te GERAARDSBERGEN,
Edingseweg 361

tegen :

het Vlaams Gewest, vertegenwoordigd door de
Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat D. DE GREEF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
G. Van Haelenlaan 8.

D E R A A D V A N S T A T E , I X e K A M E R ,

Gezien het verzoekschrift dat Emiliane VAN GUGTE op 12 januari 2000 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de beslissing van 19 november 1999 van de Vlaamse minister van Werkgelegenheid en Toerisme, (haar) betekend op 24 november 1999, waarbij '(haar) beroepschrift ongegrond wordt verklaard en derhalve de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B als au pair niet toegekend wordt voor PRZESTRZELSKA Iwona'";

Gelet op het arrest nr. 87.858 van 7 juni 2000 waarbij de schorsing wordt bevolen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend op 5 juli 2000 door de verwerende partij;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur
E. LANCKSWEERDT;

Gelet op de beschikking van 27 november 2000
die de neerlegging ter griffie van het verslag en van
het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan
partijen en gezien de laatste memorie van verzoekster;

Gelet op de beschikking van 28 maart 2001
waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 mei 2001;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter
J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van verzoekster, en
van advocaat O. VERSCHAEVE, die loco advocaat
D. DE GREEF verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur
E. LANCKSWEERDT;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de
wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari
1973;

1. Overwegende dat de gegevens van de zaak
kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Nadat verzoekster op 17 november 1998 door
de inspecteurs van de administratie Werkgelegenheid werd
verhoord in verband met de tewerkstelling "au pair" van
twee Poolse meisjes en daarvan op 25 november 1998 een
proces-verbaal van waarschuwing was opgesteld, dient de
echtgenoot van verzoekster, Johan VAN DE SYPE, op
3 december 1998 een aanvraag in voor een vergunning tot

tewerkstelling au pair van Iwona PRZESTRZELSKA voor een termijn van twaalf maanden.

1.2. De Inspectie maakt op 2 februari 1999 een ongunstig verslag op, waarin wordt opgemerkt dat Iwona PRZESTRZELSKA niet zal worden ingezet voor kinderoppas, dat zij reeds geruime tijd verblijft in België zonder vaste verblijfplaats, waardoor de termijn van twaalf maanden reeds ruimschoots is overschreden, dat zij de bedoeling heeft zich definitief in België te vestigen, dat zij en het andere meisje ingezet worden en zullen worden ingezet voor taken die niets te maken hebben met au pair tewerkstelling.

1.3. Blijkens een brief van 2 maart 1999 wordt de gevraagde arbeidsvergunning niet verleend. De redenen tot weigering worden als volgt omschreven :

"Uit de vaststellingen van het onderzoek uitgevoerd door de afdeling Inspectie blijkt dat :

- betrokkene wordt ingezet voor taken die verband houden met de dokterspraktijk van de heer VAN DE SYPE;
- een gedeelte van het uitbetaalde zakgeld als bedrijfslast wordt ingebracht;
- betrokkene wordt ingezet voor huishoudelijke taken welke niet gebruikelijk zijn binnen het takenpakket van een au pair.

Gelet op voormelde vaststellingen wordt er derhalve niet voldaan aan de voorwaarden gesteld bij art. 18 van het K.B. van 06.11.67 en kan betrokkene niet beschouwd worden als een au pair".

1.4. Op 9 maart 1999 stelt Johan VAN DE SYPE, echtgenoot van verzoekster, beroep in bij de Vlaamse minister van Leefmilieu en Tewerkstelling. In het beroepschrift wordt aangevoerd dat de beslissing steunt op een onwettig onderzoek dat werd ingesteld op grond van een anonieme klacht, en dat de redengeving van de beslissing onjuist en ongegrond is.

1.5. Nadat een verhoor werd afgenomen door twee inspecteurs van de administratie Werkgelegenheid, brengt die administratie op 16 november 1999 een ongunstig advies uit. Zij "stelt voor om de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B als au pair niet toe te kennen, gezien :

- de negatieve inspectieverslagen;
- de bepalingen van artikel 7, 2° in casu geen toelating mogelijk maken;
- de weigeringsmotieven integraal van toepassing blijven".

1.6. Op 19 november 1999 wordt de thans bestreden beslissing genomen.

Na te hebben herinnerd aan artikel 18 van het koninklijk besluit van 6 november 1967 met betrekking tot de indienstneming van au pair jongeren bevat zij de volgende motivering :

"2. Bij de initiële aanvraag werd een verklaring van het gezin gevoegd, gedateerd op 1.12.1998. Deze verklaring bevat het volgende :
'Wij ondergetekenden zouden graag hebben dat Iwona 1 jaar bij ons verblijft als au pair. Het zou haar de mogelijkheid bieden haar Nederlands nog te vervolmaken zodat zij het later voor beroepsdoeleinden kan gebruiken.
Zij zou ons land verder kunnen bezoeken en ontdekken hetgeen haar een enorme sociale voor-sprong in eigen land oplevert. Voor kleine huishoudelijke taken die zij bij ons tussendoor op zich wil nemen hebben wij een vergoeding van 9.000 fr. per maand afgesproken. Dit zakgeld stelt haar dan in de mogelijkheid aan allerlei culturele acties deel te nemen. Voor ons persoonlijk en ook voor ons zoontje, evenals voor alle mensen op de wereld, is het belangrijk met andere culturen te leren samenleven en delen.
De wereld is immers zo klein! Het grote oordeel van een sociaal engagement op die manier is dat men er het resultaat zelf kan van mee beleven alsook de wederzijdse voldoening. Wij hebben dit reeds sinds 1984 gedaan op allerlei manieren en niet alle dagen waren zonneshijn, maar wij koesteren de mooie dagen diep in ons hart.
In de overtuiging in de toekomst zoals in het verleden op uw begrip en medewerking te kunnen

- rekenen danken wij U bij voorbaat en verblijven wij inmiddels met de meeste hoogachting'.
3. De aanvraag gebeurde na een onderzoek van de afdeling Inspectie van 18.11.1998, waarbij vastgesteld werd dat 2 Poolse meisjes bij het gezin ingeschakeld waren voor bepaalde klusjes. Eén van de meisjes PRZESTRZELSKA Iwona, genoot gratis kost en inwoon hiervoor. De andere PERKOWSKA Joanna, verbleef in het gezin om kennis te maken met het gezin met de bedoeling later als au pair terug te komen. Naar aanleiding van dit onderzoek legde Mevr. VAN GUGTE volgende verklaring af :
- 'Momenteel zijn twee Poolse meisjes bij mij aanwezig :
- PERKOWSKA Joanna, geboren op 31 juli 1980, in het bezit van een Pools paspoort BM 2169773. Zij is aangekomen op 12 november 1998. Zij beschikt over een aankomstverklaring bij het gemeentebestuur van Geraardsbergen, afgeleverd op 18 november 1998 en geldig van 12.11.1998 tot 12.2.1999. Zij is hier op vakantie om in te schatten of zij later als au pair bij ons in dienst kan komen. Om deze reden heb ik nog geen aanvraagdossier voor de tewerkstelling als au pair ingediend. Zij zal enige tijd bij ons verblijven. Hoe lang zij hier blijft hangt grotendeels van haar af. Als dit meisje terugkeert om als au pair bij mij te verblijven zal ik een aanvraag voor tewerkstelling als au pair indienen, te meer ik haar loon als bedrijfslasten kan inbrengen.
 - PRZESTRZELSKA Iwona, geboren op 7 mei 1977, in het bezit van een Pools paspoort AA 8337133. Zij is pas vandaag bij mij aangekomen. Zij zal een paar dagen bij ons verblijven. Zij komt regelmatig mee met de bus uit Polen en verblijft dan een paar dagen bij ons. Zij heeft hier een vriend die kortelings met haar voor het eerst meegaat naar Polen.
- Op het ogenblik van de aankomst van de twee inspecteurs waren beide meisjes bezig met scheutjes te steken'.
- Er werd door de inspecteurs een proces-verbaal van waarschuwing afgeleverd.
4. In een onderzoeksverslag van de afdeling Inspectie van 2.2.1999 werden volgende bemerkingen geformuleerd :
- Het au-pairmeisje zal niet worden ingezet voor kinderoppas daar haar zoon van de familie VAN DE SYPE reeds 14 jaar oud is.
 - Ondanks de verklaringen van Mevr. VAN GUGTE bestaat de indruk dat de meisjes voor huishoudelijke taken worden ingezet welke niet gebruikelijk zijn binnen het takenpakket van een au pair.

Bij de controle werden beide meisjes trouwens aangetroffen in de voortuin van de woning.

- PRZESTRZELSKA verblijft reeds geruime tijd in België zonder vaste verblijfplaats. Als deze periodes worden gecumuleerd wordt de termijn van 12 maanden verblijf reeds overschreden. Bovendien dient gemeld dat Mevr. VAN GUGTE bij de in november uitgevoerde controle verklaarde dat haar verblijf niets te maken heeft met au-pairtewerkstelling. Tevens dient gemeld dat PRZESTRZELSKA een Belgische vriend heeft en de bedoeling heeft zich definitief in België te vestigen. De waarde van de verklaring het land te zullen verlaten na 12 maanden dient dus in twijfel getrokken.

- Uit een taakopgave opgemaakt door de familie VAN DE SYPE blijkt dat de au-pairmeisjes worden ingezet voor taken die verband houden met de dokterspraktijk van de heer VAN DE SYPE. Dit is ook gebeurd bij vorige au-pairmeisjes.

Bovendien werd een gedeelte van het uitbetaalde zakgeld als bedrijfslast ingebracht.

Dit wordt bevestigd in een schrijven van de heer L. HAILLEZ, inspecteur bij de controle der belastingen van het Ministerie van Financiën - Geraardsbergen. Hierin wordt aangegeven dat voor de inkomstenjaren 1995-1996-1997 bedrijfslasten werden ingebracht voor au-pairmeisjes.

Voorliggende au-pairaanvraag kan dus onmogelijk gekaderd worden in de au-pairfilosofie zoals bepaald in het KB van 20 juli 1967 en binnen de specifieke voorwaarden van artikel 18 van het KB van 6.11.1967.

5. De inschrijving als bedrijfskost van een vorige au pair wordt bevestigd in het beroepschrift zelf.

Ofwel was de informatie, meegedeeld aan de administratie Werkgelegenheid, manifest onjuist, en werd ten onrechte een dienstnemingscontract binnen het au-pairstelsel ondertekend, ofwel werd betrokkene ten onrechte aangegeven als beroepskost. Gebruik maken van beide stelsels kan niet.

6. Artikel 7 van het KB van 6.11.1967 bepaalt het volgende :

'De arbeidsvergunning en de arbeidskaart worden niet toegekend :

1° wanneer de tewerkstelling niet geschiedt overeenkomstig de loons- en andere arbeidsvoorwaarden die gelden voor de tewerkstelling van Belgische werknemers;

2° wanneer de tewerkstelling strijdig is hetzij met de openbare orde of met de openbare veiligheid, hetzij met de wetten en reglementen, hetzij nog met de internationale overeenkomsten en akkoorden inzake de aanwerving

- en de tewerkstelling van werknemers van vreemde nationaliteit".
- Uit wat voorafgaat blijkt dat in casu inbreuk gepleegd werd op artikel 7, 2° (onderlijnde bepaling), en dat om die reden geen arbeidsvergunning en arbeidskaart kan afgeleverd worden.
7. De weigeringsmotieven, opgenomen in het schrijven van 2.3.1999, blijven van toepassing.";

2.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel aanvoert :

"de ontstentenis van een juiste en voldragen motivering. In de mededeling van de bestreden beslissing, ondertekend door J. BARBÉ, adjunct van de directeur, wordt samenvattend gesteld dat de Minister 'de door u ingeroepen motieven heeft onderzocht en geen enkele reden heeft gevonden die een afwijking van de in eerste aanleg genomen tenlastelegging in gunstige zin te wijzigen'.

De verdere tekst van de beslissing gaat ervan uit dat degene voor wie de aanvraag gedaan wordt nl. Iwona PRZESTRZELSKA, reeds in dienst van verzoeker werkt, dat zij activiteiten ontplooit die niet mogen verricht worden en dat de uitgaven fiscaal afgetrokken worden, terwijl de eigenlijke aanvraag voor Iwona pas gedaan werd op 1 december 1998 (stuk 4) na het P.V. van waarschuwing van 25 november 1998 dat aanzocht tot zulkdanige aanvraag (stuk 3) en op 2 februari 1999 vastgesteld werd dat betrokkene niet aanwezig was (stuk 5); dat zo voorheen de onkosten van de vroegere au pair (fiscaal afgetrokken) werden, zulks gebeurde met toestemming van het fiscaal bestuur er daarin nu geen argument voor de afwijzing van de aanvraag kan gevonden worden; dat verder zonder meer verwezen wordt naar de motieven van de eerste bestreden beslissing, terwijl niet geantwoord wordt op de grieven vervat in het beroepschrift";

2.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt :

"De bestreden beslissing is uitvoerig en afdoende gemotiveerd, steunt op inspectieverslagen en processen-verbaal van verhoor en is in overeenstemming met het advies van de administratie.

- Het gezin van verzoekers telt op het ogenblik van de aanvraag één zoon, Vic Laurent, geboren op 09/10/1984, 14 jaar en het Pools au pair meisje, dat nog geen Nederlands kent, gaat hem helpen bij de huistaken.

- Bij een onderzoek van de afdeling Inspectie van 18/11/1998, werd vastgesteld dat twee Poolse meisjes, waaronder diegene waarvoor later een arbeidsvergunning als au pair, bij het gezin ingeschakeld waren voor tuinwerk.
 - Na een proces-verbaal van waarschuwing, werd dan een aanvraag ingediend op 03/12/1998.
 - Uit de taakopgave opgemaakt door de familie VAN DE SYPE blijkt dat het de bedoeling is het au pair meisje in te zetten, niet enkel in het huishouden, doch ook in de dokterspraktijk van verzoeker!
- Dit is ook gebeurd bij vorige au pair meisjes, waarbij een gedeelte van het zakgeld als bedrijfs-last fiscaal werd ingebracht.
- Op basis van al deze ongeloofwaardige verklaringen van verzoekers die werden tegengesproken door objectieve vaststellingen, kan de minister volkomen terecht afleiden dat de gevraagde aanvraag niet kaderde in de geest van de wet en moest afgewezen worden.
- De relevante wettelijke bepalingen werden ingeroepen en de toepassing op de concrete situatie werd uiteengezet.
- Het middel is derhalve ongegrond.";

2.3. Overwegende dat in het beroepschrift tegen de eerste afwijzende beslissing van 2 maart 1999, waarvan de motivering hiervoren sub 1.3. is weergegeven, was aangevoerd : 1° dat het niet degene voor wie de vergunning werd aangevraagd was die zou zijn ingezet in de dokterspraktijk, 2° dat de aftrek van het zakgeld als bedrijfslast geen betrekking had op het jaar 1997, dat de betrokkene niet rechtstreeks was aangenomen maar door bemiddeling van een tussenpersoon, dat de aftrek wellicht werd aangenomen omdat verzoekster aldus voor een deel ontlast werd van het toezicht op haar 11-jarige zoon en in de praktijk van haar echtgenoot kon werken, terwijl, aangezien de overeenkomst nu rechtstreeks is, de aftrek wellicht niet meer mogelijk zal zijn, 3° dat niet wordt gepreciseerd welke huishoudelijke taken niet gebruikelijk zijn; dat in de thans bestreden beslissing wordt overwogen dat de weigeringsmotieven van de beslissing van 2 maart 1999 van toepassing blijven, doch niet blijkt waarom zulks het geval is;

2.3.1. Overwegende dat meer bepaald wat het 1° betreft, in de bestreden beslissing weliswaar te lezen staat dat uit een taakopgave opgemaakt door de familie VAN DE SYPE blijkt dat de au pair meisjes worden ingezet voor taken die verband houden met de dokterspraktijk, hetgeen ook gebeurde bij vorige au pair meisjes, doch voor de beoordeling van de aanvraag de taakomschrijving van vroeger in dienst genomen au pair meisjes niet relevant is; dat de taakomschrijving van Iwona PRZESTRZELSKA uiteraard wel relevant is, doch dat in die taakomschrijving noch in enig ander stuk van het dossier staat dat Iwona PRZESTRZELSKA ingezet zal worden ten behoeve van de dokterspraktijk van verzoeksters echtgenoot, terwijl wel blijkt dat de au pair zich ertoe verbindt in het kader van de huishoudelijke bezigheden bepaalde taken te verrichten die geen bijzondere bevoegdheid vergen (huishouden, keuken, toezicht op kinderen, enz.), zwaar werk uitgezonderd;

2.3.2. Overwegende wat het 2° betreft, dat ook het weigeringsmotief dat "een gedeelte van het uitbetaalde zakgeld als bedrijfslast wordt ingebracht" volgens de verwerende partij van toepassing zou blijven, hoewel in het beroepsschrift was uiteengezet waarom dit motief niet opgaat; dat dit weigeringsmotief lijkt aan te sluiten bij het eerste, in die zin dat de verwerende partij uit de inbreng als bedrijfslast afleidt dat de au pair in het kader van de dokterspraktijk wordt tewerkgesteld; dat ook wat dat betreft bepaalde vaststellingen in het verleden worden geprojecteerd naar de toekomst; dat enkel voor de inkomstenjaren 1995 en 1996 blijkt dat bepaalde bedragen die betrekking hebben op au pair meisjes, bij de beroepskosten van dokter VAN DE SYPE werden gerekend, doch nadien niet meer; dat uit geen enkele verklaring van dokter VAN DE SYPE blijkt dat het de bedoeling is dat Iwona PRZESTRZELSKA in de artsenspraktijk tewerkgesteld zou worden en dat daarom het zakgeld dat haar uitbetaald zal worden als bedrijfslast

zal worden ingebracht; dat hoe dan ook, gelet op de argumentatie in het beroepschrift, de verwerende partij er niet mee kan volstaan zonder meer aan te nemen dat met betrekking tot Iwona PRZESTRZELSKA het zakgeld als bedrijfslast zal worden ingebracht;

2.3.3. Overwegende dat wat het 3° betreft, bij nader inzien het weigeringsmotief dat de betrokkene wordt ingezet voor huishoudelijke taken welke niet gebruikelijk zijn binnen het takenpakket van een au pair, enkel concreet gestaafd wordt door de vaststelling dat de betrokken meisjes werden aangetroffen bij het steken van scheutjes in de voortuin; dat, wijl verzoekster geen land- of tuinbouwbedrijf uitbaat, het steken van scheutjes in een voortuin niet van die aard lijkt te zijn dat daarmee de grenzen van een normale huishoudelijke arbeid te buiten worden gegaan;

2.3.4. Overwegende, mitsdien, dat de drie weigeringsmotieven van de in eerste aanleg genomen beslissing, die de verwerende partij tot de hare maakt, niet volstaan, terwijl alleszins niet afdoende wordt geantwoord op de argumentatie van het beroepschrift; dat het middel gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing van 19 november 1999 van de Vlaamse minister van Werkgelegenheid en Toerisme, waarbij het beroepschrift van Emiliane VAN GUGTE ongegrond wordt verklaard en derhalve de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B als au pair niet toegekend wordt voor Iwona PRZESTRZELSKA.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op veertienduizend frank, komen ten laste van het Vlaams Gewest.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achttien juni 2000 en een, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. DE BRABANDERE.