

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.092 van 9 maart 2016
in de zaak A. 208.155/XIV-35.032**

In zake : 1. Askandr MIGALAA RIZK ASKANDR
 2. de BVBA SANT SIMON
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Eef Stessens
 kantoor houdend te 2400 Mol
 Colburnlei 22
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te 1700 Dilbeek
Eikelenberg 20
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 maart 2013, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse minister van Financiën, Begroting, Werk, Ruimtelijke Ordening en Sport van 21 december 2012 waarbij het beroep tegen de beslissing van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie van 11 september 2012 tot weigering van een arbeidsvergunning en arbeidskaart B voor Askandr Migalaa Rizk Askandr wordt verworpen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 232.125 van 8 september 2015 wordt het debat heropend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 september 2015.

Kamervoorzitter Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Annik Haegeman, die *loco* advocaat Eef Stessens verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Evelien Verbruggen, die *loco* advocaat Dirk De Greef verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Dieter Decock heeft 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 23 juni 2010 dient Guirgus A. bij het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie als werkgever een aanvraag in tot het bekomen van een arbeidsvergunning en een arbeidskaart B voor eerste verzoeker.

Eerste verzoeker ontvangt een arbeidskaart B geldig voor de periode van 8 oktober 2010 tot 7 oktober 2011.

3.2. Op 21 juli 2011 dient de tweede verzoekende partij, met als zaakvoerder R.R. een aanvraag in voor het bekomen van een arbeidsvergunning en een arbeidskaart B voor eerste verzoeker.

Met een brief van 23 augustus 2011 geeft eerste verzoeker te kennen “niet in te gaan op de job mij aangeboden door [R.R.], Sant Simon bvba [...] en dit wegens onvoorziene omstandigheden. Graag wil ik mijn werkzaamheden voortzetten bij [Guirgus A.] in restaurant Amon Lichtaartseweg 116

2250 Olen, waar ik momenteel tewerkgesteld ben.” De voormelde aanvraag wordt op 22 september 2011 daarom “zonder gevolg” geklasseerd.

3.3. Op 17 augustus 2011 dient Guirgus A. een aanvraag in tot tewerkstelling van eerste verzoeker. Het betreft een hernieuwing van de hiervoor (zie *supra*, punt 3.1.) vermelde arbeidsvergunning en de arbeidskaart. Deze worden toegekend voor de periode van 8 oktober 2011 tot 7 oktober 2012.

3.4. De buitengewone algemene vergadering van de tweede verzoekende partij van 13 maart 2012 besluit met eenparigheid om Guirgus A. tot bijkomende zaakvoerder te benoemen.

Op 1 april 2012 tekent eerste verzoeker het volgende voor ontvangst:

“Bij deze delen wij u mede dat vanaf 01/04/2012 de firma [Guirgus A.] Lichtaartseweg 116-2250 Olen [-] overgenomen wordt door de vennootschap bvba Sant Simon-Lichtaartseweg 116-2250 Olen.

In toepassing van cao 32bis (de waarborg dat al de rechten verworven bij huidige werkgever, behouden zullen blijven, zowel inzake anciënniteit en opzegging, als inzake wedden en andere sociale voordelen) wordt vanuit 01/04/2012 uw arbeidsovereenkomst met [Guirgus A.] overgenomen door bvba Sant Simon, Lichtaartseweg 116, 2250 Olen [...].”

3.5. Op 20 augustus 2012 dient de tweede verzoekende partij, vertegenwoordigd door de zaakvoerder Guirgus A. een aanvraag in tot tewerkstelling van eerste verzoeker voor een termijn van 8 oktober 2012 tot 7 oktober 2013.

Op 11 september 2012 worden de arbeidsvergunning en de arbeidskaart voor de tewerkstelling van eerste verzoeker door het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie geweigerd.

3.6. Het beroep tegen die beslissing wordt op 21 december 2012 door de bevoegde Vlaamse minister ongegrond verklaard en er wordt beslist de gevraagde arbeidsvergunning en arbeidskaart B niet toe te kennen. Dit is de bestreden beslissing.

Ze is gemotiveerd als volgt:

“In het kader van de tewerkstelling van de Egyptische onderdaan Migalaa Rizk Askandr Askandr werd door de werkgever bvba Sant Simon (gevestigd te 2250 Olen) een aanvraag om een arbeidsvergunning en arbeidskaart B ingediend.

Betrokkene zou aangeworven worden in de hoedanigheid van keukenhulp voor een tewerkstelling van 32 uren per week en voor een bruto uurloon van 11,3512 euro.

Deze aanvraag voor het bekomen van een arbeidsvergunning en arbeidskaart B werd op 11 september 2012 geweigerd om volgende redenen:

- inbreuk op artikel 4 § 1 en 5 van de wet van 30/04/1999. De werkgever stelde te werk zonder arbeidsvergunning, en de werknemer heeft de arbeid verricht zonder in het bezit te zijn van een arbeidskaart.
- Aan de hand van de loonstaten zien we dat betrokkene sinds 1/4/2012 bij u tewerkgesteld is;

De raadsman van zowel de werkgever als de werknemer tekende op 21 september 2012 beroep aan tegen deze betekende beslissing.

Dit schrijven werd o.m. als volgt gemotiveerd:

‘Ik heb de eer U mee te delen dat ik werd geraadpleegd door de Heer Migalaa Rizk Askandr Askandr, wonende te 2250 Olen, Lichtaartseweg 116, evenals diens werkgever Sant Simon bvba, met zetel op hetzelfde adres, met name 2250 Olen, Lichtaartseweg 116, met als zaakvoerder de Heer [Guirgus A.]

Cliënten overhandigden mij schrijven uitgaande van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie dd. 11 september ll., waarbij de arbeidsvergunning en arbeidskaart wordt geweigerd.

Cliënt sloot evenwel op 2 december 2009 arbeidsovereenkomst van bepaalde duur af met de Heer [Guirgus A.], waarna aan cliënt op 11 oktober 2010 arbeidskaart B werd afgeleverd en tewerkstelling werd aangevat als keukenhulp, met arbeidsplaats te 2250 Olen, Lichtaartseweg 116.

Betreffende arbeidskaart werd op 4 oktober 2011 verlengd en is thans geldig tot 7 oktober 2012.

De Heer [Guirgus A.] besloot verder, gelet op diens goed draaiende zaak en ter bescherming van beperkte aansprakelijkheid in de maand april 2012 vennootschap op te richten, onder de naam bvba Sant Simon, waarbij de arbeidsovereenkomst welke met de Heer Migalaa Rizk Askandr Askandr werd afgesloten, werd overgenomen.

Tevens werd op 16 maart 2012 de Heer [Guirgus A.] benoemd als zaakvoerder van de bvba Sant Simon en werd de maatschappelijke zetel overgebracht naar het adres te 2250 Olen, Lichtaartseweg 116, waar het restaurant zich bevindt en waar de Heer Migalaa Rizk Askandr Askandr reeds diens tewerkstelling uitvoerde sedert oktober 2010. Enige wijziging welke er zich derhalve heeft voorgedaan is de wijziging van een eenmanszaak naar een vennootschap. Zaakvoerder en loon is ongewijzigd gebleven, tevens werd de

arbeidsovereenkomst met alle voordelen in anciënniteit overgenomen.

Nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werd reeds opgesteld, met het oog op de verlenging van de arbeidsvergunning en arbeidskaart.

Ik ben dan ook van oordeel dat de arbeidsvergunning en arbeidskaart om voormelde redenen totaal onterecht werd geweigerd.'

Uit onze databestanden blijkt dat op 10 augustus 2011 een aanvraagdossier werd ingediend door Sant Simon Bvba voor het bekomen van een arbeidsvergunning en -kaart voor de werknemer Migalaa Rizk Askandr Askandr.

Eveneens blijkt ook dat uit een schrijven (d.d. 23 augustus 2011) van de heer Migalaa Rizk Askandr Askandr dat hij afstand doet van de ingediende aanvraag voor de tewerkstelling bij Sant Simon bvba.

Naar aanleiding van dit schrijven werd de aanvraag dan ook zonder gevolg geklasseerd door de bevoegde administratie.

Op 23 augustus 2011 wordt een aanvraag tot hernieuwing van de arbeidsvergunning en -kaart ingediend door de huidige werkgever [Guirgus A.].

Na onderzoek van het aanvraagdossier werd de arbeidsvergunning en -kaart dan ook toegekend voor een periode van 8 oktober 2011 t.e.m. 7 oktober 2012.

Op 28 augustus 2012 wordt opnieuw een aanvraag ingediend door Sant Simon bvba voor de tewerkstelling van de Heer Migalaa Rizk Askandr Askandr.

Gelet op de eerdere indiening van een aanvraagdossier voor het bekomen van een arbeidsvergunning en -kaart zijn de werkgever en werknemer op de hoogte van de desbetreffende reglementering. Er kan dus geen sprake zijn van te goeder trouw handelen, gelet op de voorkennis die betrokkenen hadden bij reeds eerdere aanvragen voor arbeidsvergunningen en -kaarten.

Uit verder onderzoek blijkt uit de individuele loonfiches dat de betrokkene sinds 1 april 2012 in dienst was bij Sant Simon bvba zonder dat de werkgever over de nodige arbeidsvergunning beschikte en eveneens beschikte de werknemer Migalaa Rizkaskandr Askandr niet over de nodige arbeidskaart B voor de tewerkstelling bij deze werkgever Sant Simon bvba.

Dit zijn inbreuken op artikel 4 § 1 van de wet van 30 april 1999 ('de werkgever die een buitenlandse werknemer wenst tewerk te stellen moet vooraf een arbeidsvergunning hebben verkregen van de bevoegde overheid') en op artikel 5 van voormelde wet ('om arbeid te verrichten, moet de buitenlandse werknemer vooraf een arbeidskaart hebben verkregen van de bevoegde overheid.')

De bevoegde overheid kan echter niet afwijken van artikel 4 § 1 of artikel 5 van voormelde wet (*cfr.* artikel 38 § 2 van voormeld KB).

Ongeacht de arbeidstijdregeling moet de tewerkstelling een bezoldiging opleveren die ten minste gelijk is aan het gewaarborgd gemiddeld minimum maandinkomen zoals bepaald in de intersectorale collectieve arbeidsovereenkomst nr. 43. Voor 2012 werd dit op 1.4720,40 euro per maand gebracht.

Uit de voorgelegde individuele loonfiches blijkt eveneens dat het bruto maandloon van de betrokken werknemer voor de maanden februari 2012, april 2012 t.e.m. juli 2012 niet voldeed aan het gewaarborgd gemiddelde minimum maandinkomen (GMMI) van 2012.

Dit vormt een inbreuk op artikel 34, 4° van het KB 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 wanneer de werkgever de wettelijke en de reglementaire verplichtingen betreffende de tewerkstelling van werknemers niet naleeft.'

Gelet op de inbreuk op artikel 34, 4° KB van 9 juni 1999.

Gelet op de inbreuk op artikel 4 § 1 en artikel 5 van de wet van 30 april 1999.

Gelet op voormelde feiten en mede gelet op de argumenten in het beroepschrift zijn er onvoldoende relevante elementen waarop de bevoegde overheid een

afwijking kan toestaan.

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

IV. Ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring

4. Ter terechtzitting doet de verwerende partij afstand van haar exceptie in verband met de ontvankelijkheid van het beroep. Niets verzet zich tegen deze afstand.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen leiden een enig middel af “uit artikel 62 van de Wet van 15 december 1980” en stellen dat de bestreden beslissing niet of onvoldoende met redenen is omkleed en dat daaruit geen afweging blijkt tussen hun belangen enerzijds en die van de Staat anderzijds. De verzoekende partijen voeren tevens aan dat zowel de rechtspraak van de Raad van State, met name arrest nr. 26.933 van 25 september 1986, als artikel 8 *juncto* artikel 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, (hierna: het EVRM) en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991) voorschrijven dat de motivering in feite en in rechte afdoende moet zijn en “dat uit alle motieven zelf moet blijken dat de Overheid heeft afgewogen of een evenredigheid bestaat tussen de motieven en de door de maatregel veroorzaakte gevolgen”. Zij voeren voorts aan de Raad van State kan nagaan of de verwerende partij bij haar beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan niet in onredelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Inzake het eerste weigeringsmotief dat “nu inbreuk zou zijn gepleegd op artikel 4, § 1 en 5 van de wet van 30/04/1999, aangezien verzoeker reeds tewerkgesteld zou zijn sedert april 2012, zonder in het bezit te zijn van een arbeidsvergunning en -kaart B”, betogen de verzoekende partijen dat (eerste) verzoeker op 2 december 2009 een arbeidsovereenkomst sloot met Guirgus A., waarna aan eerste verzoeker een arbeidskaart B werd afgeleverd. Deze werd verlengd op 4 oktober 2011 en was geldig tot 7 oktober 2012. In april 2012 neemt Guirgus A. de bvba Saint Simon - de tweede verzoekende partij - over, waarbij de overeenkomst met verzoeker wordt overgenomen. Op 13 maart 2012 wordt Guirgus A. aangewezen als nieuwe zaakvoerder en nam hij de vennootschap over. Alsook werd de maatschappelijke zetel overgebracht naar de plaats waar diens restaurant zich bevindt en waar (eerste) verzoeker was tewerkgesteld sinds oktober 2010. Op 1 april 2012 stelt het sociaal secretariaat een overeenkomst op waarin werd vermeld dat vanaf 1 april 2012 de firma A. Guirgus overgenomen wordt door de tweede verzoekende partij en dat “in toepassing van cao 32bis” vanaf 1 april 2012 de arbeidsovereenkomst van eerste verzoeker met Guirgus A. wordt overgenomen door de tweede verzoekende partij. Guirgus A. ging er dan ook van uit dat er geen nieuwe arbeidsvergunning en -kaart B diende te worden aangevraagd, nu deze reeds op diens naam werd afgeleverd. Te goeder trouw werd dan de verlenging aangevraagd, op basis van de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd welke tussen partijen werd afgesloten, “nu enige wijziging welke zich had voorgedaan de wijziging van een eenmanszaak naar een vennootschap betrof”. De verzoekende partijen menen dat de bevoegde minister totaal onredelijk optreedt door de arbeidsvergunning en -kaart te weigeren gelet op de grote gevolgen dat dit met zich meebrengt voor eerste verzoeker die aldus tevens zijn verblijfsvergunning verliest.

Inzake het motief dat aan (eerste) verzoeker niet het vereiste minimumloon voor de sector werd uitbetaald, wijzen de verzoekende partijen er op dat in de intersectorale CAO nr. 43 van 2 mei 1988 geen vereiste van voltijdse tewerkstelling werd opgenomen, doch wel van verloning gelijk aan het minimumloon. Voor deeltijdse tewerkstelling heeft de werknemer volgens de

verzoekende partijen recht op een gemiddeld minimummaandinkomen dat, naar rato van de arbeidsduur, proportioneel wordt berekend op het minimummaandinkomen van de voltijdse werknemer. De verloning van 11,3512 euro bruto per uur voor een deeltijdse arbeidsovereenkomst van 32 uur per week stemt volgens de verzoekende partijen wel degelijk overeen met het minimumloon.

De verzoekende partijen besluiten dat de verwerende partij bij haar beoordeling niet alleen is uitgegaan van onjuiste feitelijke gegevens maar tevens de voorliggende gegevens incorrect heeft beoordeeld en dat zij op die grond tot een onredelijk besluit is gekomen. Voorts is de bestreden beslissing niet of onvoldoende met redenen omkleed en zijn de motieven niet evenredig.

6. De verwerende partij zet in de memorie van antwoord uiteen dat in de mate de verzoekende partijen de schending aanvoeren van artikel 62 van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ (hierna: de vreemdelingenwet), de betwistingen inzake arbeidsvergunningen en -kaarten worden geregeld door de wet van 30 april 1999 ‘betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ (hierna: de wet van 30 april 1999) en het koninklijk besluit van 9 juni 1999 ‘houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers’ (hierna: het koninklijk besluit van 9 juni 1999). Ondergeschikt en in zoverre het middel betrekking heeft op de formelemotiveringsplicht, doet de verwerende partij gelden dat de bestreden beslissing onder meer steunt op loonfiches die door de betrokkenen zelf werden voorgelegd. Uit deze loonfiches wordt onder meer afgeleid dat er een inbreuk wordt gepleegd op de artikelen 4, § 1 en 5, van de wet van 30 april 1999. De vaststelling dat een werknemer werd tewerkgesteld zonder dat reeds een arbeidsvergunning werd verkregen, komt neer op een overtreding van artikel 4, § 1, eerste lid, van de wet van 30 april 1999, waardoor de verwerende partij ertoe gehouden is, overeenkomstig artikel 34, 1° van het koninklijk besluit van 9 juni 1999, de aanvraag voor een arbeidsvergunning en een arbeidskaart te weigeren. Uit de neergelegde loonfiches blijkt dat eerste verzoeker reeds

tewerkgesteld is door de tweede verzoekende partij sedert 1 april 2012, terwijl de aanvraag om tewerkstelling werd ingediend op 28 augustus 2012. Uit wat voorafgaat volgt dat de vaststelling dat artikel 4, § 1, eerste lid, van de wet van 30 april 1999 is overtreden, niet op foutieve gegevens is gebaseerd of op een kennelijk onredelijke beoordeling van deze gegevens en dat de verwerende partij vermocht te oordelen dat de in het kader van de beroepsprocedure aangebrachte bijkomende stukken daar niet aan veranderen. De verwerende partij besluit dat deze vaststelling volstond om de aanvraag te weigeren en dat de overige kritiek van de verzoekende partijen derhalve betrekking heeft op een overtollig motief en niet kan leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

7. In de laatste memorie wijzen de verzoekende partijen er op dat zij overduidelijk niet te kwader trouw hebben gehandeld en dat bovendien, indien de werkgever van de eerste verzoeker geen overstap zou hebben gemaakt van een eenmanszaak naar een vennootschapsvorm, eerste verzoeker thans nog steeds, zonder enig probleem, op dezelfde plaats en onder dezelfde voorwaarden, tewerkgesteld zou zijn geweest.

Beoordeling

Schending van artikel 62 van de vreemdelingenwet

8. De verzoekende partijen voeren in de eerste plaats de schending aan van artikel 62 van de vreemdelingenwet. Deze bepaling heeft evenwel enkel betrekking op beslissingen genomen in het kader van deze wet, terwijl de thans bestreden beslissing is genomen in het kader van de wet van 30 april 1999. De geschonden geachte bepaling is derhalve niet van toepassing op de bestreden beslissing.

9. Het middel is in die mate niet ontvankelijk.

Schending van “de rechtspraak van de Raad van State” en van artikel 8 juncto artikel 14 van het EVRM

10. De verzoekende partijen zetten niet uiteen hoe de bestreden beslissing een schending inhoudt van “de rechtspraak van de Raad van State” en van artikel 8, samen gelezen met artikel 14 van het EVRM.

11. Het middel is derhalve in die mate niet ontvankelijk.

Schending van de materiële motiveringsverplichting

12. De verzoekende partijen voeren aan dat de bestreden beslissing “niet of althans onvoldoende” met redenen is omkleed. Voorts verwijzen zij ook naar artikel 3 van de wet van 29 juli 1991. Uit de uiteenzetting van het middel kan evenwel worden afgeleid dat de verzoekende partijen in wezen de schending van de materiële motiveringsplicht aanvoeren. Zij betwisten immers in substantie de wettigheid van de motieven van de bestreden beslissing en niet de formele motivering van de bestreden beslissing.

Het middel wordt dan ook vanuit dit oogpunt onderzocht.

13. De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden.

Wat deze uitgedrukte motieven betreft, moet worden opgemerkt dat impliciet of expliciet moet blijken dat de argumentatie van de betrokkene in de besluitvorming werd betrokken en moet hieruit minstens impliciet kunnen worden afgeleid waarom de argumenten in het algemeen niet werden aanvaard.

14. De formele motivering van de bestreden beslissing is hierboven weergegeven (zie *supra*, punt 3.6.). Hieruit blijkt dat de aanvraag werd geweigerd om twee redenen: enerzijds wegens schending van de artikelen 4 en 5 van de wet van 30 april 1999 doordat uit de individuele loonfiches van eerste verzoeker blijkt dat hij sinds 1 april 2012 in dienst was bij de tweede verzoekende partij zonder dat die over de nodige arbeidsvergunning beschikte en eerste verzoeker over de vereiste arbeidskaart en anderzijds het gegeven dat uit die loonfiches blijkt dat het bruto maandloon niet voldoet aan het gewaarborgd gemiddelde minimum maandinkomen van 2012, hetgeen een inbreuk vormt op artikel 34, 4°, van het koninklijk besluit van 9 juni 1999.

De wettigheidskritiek gericht tegen het eerste weigeringsmotief wordt hierna onderzocht. Er dient dan ook te worden onderzocht of de verwerende partij wat dit motief betreft, op wettige wijze tot de bestreden beslissing kon komen.

15. Naar luid van artikel 4, § 1, eerste lid, van de wet van 30 april 1999 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 wet van 30 april 1999 is van toepassing op de buitenlandse werknemers en op de werkgevers (artikel 3, eerste lid). Vallen in de eerste plaats hieronder, de vreemdelingen die krachtens een arbeidsovereenkomst zijn aangeworven (*cfr.* Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de

tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *Parl. St. Kamer*, 1998-1999, nr. 49 2072/1, 3). Een arbeidsovereenkomst dient wat het toepassingsgebied van de wet van 30 april 1999 betreft, te worden begrepen in de zin van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’. Ook de begrippen “werkgever” en “werknemer”, gehanteerd in de context van een dergelijke arbeidsovereenkomst, moeten in die zin worden begrepen.

Uit deze bepalingen volgt dat wat het voorliggende geschil betreft, opdat er sprake is van tewerkstelling van een buitenlandse werknemer vooraleer de werkgever de arbeidsvergunning heeft verkregen, tussen de buitenlandse werknemer en de werkgever voorafgaandelijk een arbeidsovereenkomst bestaat in de zin van de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’.

16. Het wordt niet betwist dat er tussen beide verzoekende partijen sinds 1 april 2012 - dit is voorafgaand aan de aanvraag - een arbeidsovereenkomst bestaat. Uit de niet-betwiste stukken van de zaak en in het bijzonder uit de hiervoor aangehaalde verklaring van overgang (zie *supra*, punt 3.4.), blijkt evenwel dat het een op 1 april 2012 overgenomen arbeidsovereenkomst betreft die wordt beheerst door de cao nr. 32bis van 7 juni 1985 ‘betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement’.

De betrokken arbeidsovereenkomst heeft aldus betrekking op een geval van “wijziging van werkgever ingevolge de overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming” zoals bedoeld in artikel 1, eerste lid, 1° van de voormelde cao nr. 32bis. De tweede verzoekende partij heeft aldus in deze context de hoedanigheid van verkrijger in de zin van deze cao. Luidens artikel 7 van deze cao nr. 32bis gaan “de rechten en verplichtingen, welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang [...] bestaande arbeidsovereenkomsten, door deze overgang op de verkrijger over”,

hetgeen een overdracht van rechtswege inhoudt van de arbeidsovereenkomsten. Voorts bepaalt artikel 9, eerste lid van deze cao dat “de wijziging van de werkgever [...] op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag [vormt]”.

Uit de toepassing van deze cao volgt aldus dat de arbeidsovereenkomsten en -verhoudingen die tussen de vervreemder en de werknemers van de overgedragen onderneming bestaan op het tijdstip van overgang, door het enkele feit van de overgang van de onderneming van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger worden overgedragen (HvJ 26 mei 2005, nr. C-478/03, Celtec Ltd, punt 38).

17. Hoewel de verzoekende partijen in het administratief beroepsschrift wijzen op deze overgang, dat de “enige wijziging welke er zich derhalve heeft voorgedaan [...] de wijziging [is] van een eenmanszaak naar een vennootschap” en dat zij van oordeel zijn dat “de arbeidsvergunning en arbeidskaart om voormelde redenen totaal onterecht werd geweigerd”, blijkt uit de formele motivering van de bestreden beslissing impliciet noch expliciet dat het gegeven dat een overgedragen bestaande arbeidsovereenkomst waarop de voormelde cao nr. 32*bis* geldt, in de besluitvorming werd betrokken, noch kan er minstens impliciet uit worden afgeleid waarom dit gegeven in het algemeen niet werd aanvaard. Integendeel, de verwerende partij is er zonder meer van uitgegaan dat de eerste verzoeker zonder over de nodige arbeidskaart B te beschikken, op grond van een arbeidsovereenkomst arbeid verrichtte voor de vervreemder, zonder te onderzoeken of er ingevolge deze overgang van rechtswege van de betrokken arbeidsovereenkomst, te dezen wel sprake is van een op grond van artikel 5, eerste lid, van de wet van 30 april 1999 niet-toegelaten, aan het verlenen van de arbeidskaart voorafgaande arbeidsovereenkomst.

Doordat de bestreden beslissing steunt op het betwiste motief dat eerste verzoeker niet beschikte over de nodige arbeidskaart voor de tewerkstelling bij de verkrijgende werkgever, zonder dat uit de motieven van de bestreden

beslissing noch uit de overgelegde stukken blijkt waarom een overgedragen arbeidsovereenkomst te beschouwen is als een aan de arbeidskaart voorafgaande niet-toegelaten arbeidsovereenkomst, is de Raad van State niet in staat zijn controle op de rechtmatigheid en wettigheid van dit motief van de bestreden beslissing uit te oefenen. Uit wat voorafgaat, volgt dat het eerste motief aldus in rechte niet ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking wordt genomen.

18. Zoals hiervoor reeds is aangehaald, blijkt uit de formele motivering van de bestreden beslissing dat die nog op een tweede motief steunt.

Het onwettig bevinden van het eerste motief kan derhalve enkel tot nietigverklaring leiden indien dit het (enige) determinerende motief betreft. Er dient aldus te worden onderzocht of dit tweede motief, niettegenstaande het onwettig bevinden van het eerste motief, op zich kan volstaan om de bestreden beslissing te dragen en, zo ja, of dit motief al dan niet wettig is. Verzoeker betwist in het middel immers ook de wettigheid van dit tweede motief.

Over deze aangelegenheid is evenwel geen debat gevoerd, zodat de Raad van State niet vermag in deze stand van het geding hierover uitspraak te doen.

VI. Aanvullend onderzoek

19. Het auditoraat heeft zijn onderzoek over de zaak beperkt tot het onderzoek van de wettigheid van het eerste motief, waarvan blijkt dat het niet leidt tot een definitieve oplossing van het geschil. Er is dan ook reden om het auditoraat te gelasten met een aanvullend verslag over de zaak.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met het aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen maart tweeduizend zestien, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques