

ECLI	ECLI:NL:RVS:2016:64
Datum uitspraak	13 januari 2016
Inhoudsindicatie	Bij besluit van 2 juni 2014 heeft de minister [appellant sub 1] een boete opgelegd van € 24.000,00 wegens twee overtredingen van artikel 2, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 19d, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Volledige tekst

201504181/1/V6.

Datum uitspraak: 13 januari 2016

AFDELING

BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. [appellant sub 1], wonend te [woonplaats], handelend onder de naam [bedrijf], (hierna: [appellant sub 1])
2. de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, appellanten,

tegen de uitspraak van de rechtbank Limburg van 24 april 2015 in zaak nr. 14/3739 in het geding tussen:

[appellant sub 1]

en

de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 2 juni 2014 heeft de minister [appellant sub 1] een boete opgelegd van € 24.000,00 wegens twee overtredingen van artikel 2, eerste lid, gelezen in verbinding met artikel 19d, tweede lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

Bij besluit van 4 november 2014 heeft de minister het daartegen door [appellant sub 1] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 24 april 2015 heeft de rechtbank het daartegen door [appellant sub 1] ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 4 november 2014 vernietigd, de boete vastgesteld op € 18.000,00 en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak hebben [appellant sub 1] onderscheidenlijk de minister hoger beroep

ingesteld.

[appellant sub 1] onderscheidenlijk de minister hebben een verweerschrift ingediend.

De minister heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 november 2015, waar [appellant sub 1], vertegenwoordigd door mr. I.P. Sigmond, advocaat te Heerlen, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J.J.A. Huisman, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

Overwegingen

1. Op dit geding is de Wav van toepassing zoals deze luidde tot 1 april 2014.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

Ingevolge artikel 19d, tweede lid, verhoogt de op grond van artikel 19a, eerste lid, aangewezen ambtenaar de op te leggen boete met 100% van het boetebedrag, vastgesteld op grond van het zesde lid, indien binnen een tijdvak van vijf jaar voorafgaand aan de dag van constatering van de overtreding een eerdere overtreding, bestaande uit het niet naleven van eenzelfde wettelijke verplichting of verbod of het niet naleven van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen soortgelijke verplichtingen en verboden, is geconstateerd en de bestuurlijke boete wegens de eerdere overtreding onherroepelijk is geworden.

2. Bij Besluit van 15 oktober 2015, tot wijziging van de Beleidsregel boeteoplegging Wav 2015 (Stcrt. 2015, nr. 36169) heeft de minister, naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling van 7 oktober 2015 in zaak nr. 201409962/1/V6), het boetenormbedrag van € 12.000,00 voor overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav teruggebracht tot € 8.000,00. Dit betekent dat voor een werkgever als natuurlijk persoon een boetebedrag van € 4.000,00 wordt gehanteerd. De minister heeft zich in hoger beroep in zijn brief van 10 november 2015 op het standpunt gesteld dat, gelet op het vorenstaande, moet worden uitgegaan van een opgelegde boete van € 16.000,00. Dit betekent dat de Afdeling reeds om die reden het hoger beroep van [appellant sub 1] gegrond zal verklaren.

3. Het door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 1 mei 2014 (hierna: het boeterapport) houdt in dat arbeidsinspecteurs op 31 oktober 2013 hebben waargenomen dat [vreemdeling 1] en [vreemdeling 2], beiden van Chinese nationaliteit (hierna tezamen: de vreemdelingen), werkzaamheden verrichtten in de keuken van het [bedrijf], bestaande uit het bakken van vlees op een teppanyakiplaat onderscheidenlijk het snijden van rauwe vis. Verder houdt het boeterapport in dat de arbeidsinspecteurs op 23 januari 2014 hebben waargenomen dat de vreemdelingen werkzaamheden verrichtten in de keuken van voormeld restaurant, bestaande uit het afwassen van vorken, lepels en glazen onderscheidenlijk het snijden van rauwe vis. Het UWV Werkbedrijf heeft aan [appellant sub 1] voor de vreemdelingen tewerkstellingsvergunningen voor het verrichten van arbeid als frituurkok Chinese keuken verleend. Voor de geconstateerde werkzaamheden is geen tewerkstellingsvergunning verleend, aldus het boeterapport.

4. Blijkens het Stappenplan voor de vervulling van vacatures in de Chinees-Indische Horeca en de aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning (hierna: het Stappenplan) dat door [appellant sub 1] aan de aanvraag van de tewerkstellingsvergunningen ten grondslag is

gelegd en door het UWV Werkbedrijf is toegepast, omvatten de werkzaamheden van een frituurkok het volgende:

"Klaarmaken van voor- en hoofdgerechten die gebakken, gefrituurd en geroosterd moeten worden. Marineren van vleeswaren die gebakken, gefrituurd en geroosterd moeten worden. Uitvoeren van de bereidingen, bewaken/controleren van de kwaliteit, gaarheid, smaak, kleur, vloeibaarheid e.d. en het uitvoeren van bijstellingen/bijdoseringen. In een klein restaurant is de frituurkok in noodgevallen ook plaatsvervangend chefkok. Schoonmaken van de werkomgeving, keukenapparatuur en -machines. Goede kennis van de Oosterse ingrediënten. Een goede teamspeler die zich flexibel opstelt en beschikt over goede communicatievaardigheden."

5. [appellant sub 1] betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de door de arbeidsinspecteurs waargenomen werkzaamheden niet onder de verleende tewerkstellingsvergunningen voor het verrichten van arbeid als frituurkok Chinese keuken vallen. Hiertoe voert hij aan dat gezien de in het Stappenplan weergegeven functieomschrijving, het bakken van vlees op een teppanyakiplaat en het snijden van vis voor sushi tot de werkzaamheden van een frituurkok behoren. Daar komt bij dat een frituurkok zich gelet op de functieomschrijving flexibel moet opstellen, hetgeen de vreemdelingen met de door hen verrichte werkzaamheden hebben gedaan. Verder moet in aanmerking worden genomen dat de geconstateerde werkzaamheden niet structureel van aard zijn, naast de werkzaamheden als frituurkok werden verricht en dat het restaurant klein is en weinig werknemers heeft. Voorts is het voor een werkgever moeilijk om een scherpe lijn te trekken tussen werkzaamheden die wel en niet onder de verleende tewerkstellingsvergunningen vallen en leidt dit bovendien tot een onwerkbare situatie, aldus [appellant sub 1].

De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de door [vreemdeling 1] verrichte werkzaamheden, bestaande uit het bakken van vlees op een teppanyakiplaat en het afwassen van vorken, lepels en glazen, incidenteel van aard waren. Volgens de minister hebben de vreemdelingen structureel werkzaamheden verricht die niet tot de werkzaamheden van een frituurkok Chinese keuken behoren. De rechtbank heeft de boete voor de tewerkstelling van [vreemdeling 1] dus ten onrechte gematigd met 50%, aldus de minister.

5.1. [appellant sub 1] heeft tewerkstellingsvergunningen voor de vreemdelingen aangevraagd voor het verrichten van arbeid als frituurkok in een Chinees restaurant waarbij hij zich heeft gebaseerd op de functieomschrijving van een frituurkok uit het Stappenplan. Blijkens de als bijlage bij het boeterapport gevoegde brief van [appellant sub 1] aan het UWV Werkbedrijf van 15 februari 2012 naar aanleiding van deze aanvraag (hierna: de brief van 15 februari 2012), was aanvankelijk een punt van discussie of [bedrijf] niet overwegend de Japanse keuken voert, maar naar aanleiding van de aanvullende informatie in deze brief heeft het UWV Werkbedrijf de gevraagde tewerkstellingsvergunningen voor het verrichten van arbeid als frituurkok Chinese keuken verleend.

Uit de brief van 15 februari 2012 is af te leiden dat de minister onderscheid maakt tussen het verrichten van arbeid in de Chinese keuken en het verrichten van arbeid in de Japanse keuken. Ter zitting bij de Afdeling heeft de minister toegelicht dat hij dit onderscheid maakt, omdat ten tijde van de aanvragen om de tewerkstellingsvergunningen voor de werving van arbeidskrachten voor de Chinese keuken het Stappenplan van toepassing was en deze werving anders was dan die voor de Japanse keuken. Voor het verrichten van arbeid in de Chinese keuken werd gemakkelijker een tewerkstellingsvergunning verleend dan voor het verrichten van arbeid in de Japanse keuken.

Uit het boeterapport volgt dat de vreemdelingen hoofdzakelijk arbeid verrichtten voor de Japanse keuken. Hierbij worden de aan het boeterapport gehechte verklaringen van de vreemdelingen in aanmerking genomen, waaruit volgt dat het restaurant voornamelijk de Japanse keuken voert, [vreemdeling 2] Japanse gerechten frituurt en ook vreemdeling [vreemdeling 1] verantwoordelijk is voor het frituren van voornamelijk Japanse gerechten. Verder blijkt uit de bij het boeterapport gevoegde foto van de buitenkant van het restaurant dat [bedrijf] zich ten tijde van de controles presenteerde als Japans restaurant.

Gelet op het vorenstaande en de op 31 oktober 2013 en 23 januari 2014 geconstateerde werkzaamheden, bestaande uit het bakken van vlees op een teppanyakiplaat en het snijden van rauwe vis voor sushi, heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat de vreemdelingen structureel werkzaamheden hebben verricht die niet tot de werkzaamheden van een frituurkok Chinese keuken behoren. Reeds hierom heeft de minister zich terecht op het standpunt gesteld dat [appellant sub 1] artikel 2, eerste lid, van de Wav heeft overtreden en heeft de rechtbank ten onrechte de boete wegens de tewerkstelling van vreemdeling [vreemdeling 1] met 50% gematigd. Voor zover [appellant sub 1] heeft betoogd dat hij niet wist dat de werkzaamheden niet onder de tewerkstellingsvergunningen vielen, leidt dit niet tot een ander oordeel nu [appellant sub 1], gezien de aanvragen om de tewerkstellingsvergunningen en de brief van 15 februari 2012, wist welke werkzaamheden tot die van een frituurkok Chinese keuken behoorden en op de hoogte was van het door de minister gemaakte onderscheid tussen de Chinese en de Japanse keuken.

Het betoog van [appellant sub 1] faalt en het betoog van de minister slaagt.

6. De hoger beroepen van de minister en [appellant sub 1] zijn gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd voor zover de rechtbank de boete heeft vastgesteld op € 18.000,00 en heeft bepaald dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. De aangevallen uitspraak moet voor het overige worden bevestigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 2 juni 2014 herroepen. De Afdeling zal zelf in de zaak voorzien door, gelet op hetgeen in 2 is overwogen, uit te gaan van een boetenormbedrag van € 4.000,00 dat wegens recidive met 100% wordt verhoogd, en de boete vast te stellen op € 16.000,00, alsmede bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 4 november 2014.

7. De minister dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verklaart het hoger beroep van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gegrond;

II. verklaart het hoger beroep van [appellant sub 1], handelend onder de naam [bedrijf], gegrond;

III. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Limburg van 24 april 2015 in zaak nr. 14/3739, voor zover de rechtbank de boete heeft vastgesteld op € 18.000,00 en heeft bepaald dat haar uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

IV. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

V. herroept het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 2 juni

2014, kenmerk 071402230/03;

VI. bepaalt dat het bedrag van de aan [appellant sub 1], handelend onder de naam [bedrijf], opgelegde boete wordt vastgesteld op € 16.000,00;

VII. bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 november 2014, kenmerk WBJA/JA-WAV/1.2014.1321.001/bob;

VIII. veroordeelt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot vergoeding van bij [appellant sub 1], handelend onder de naam [bedrijf], in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.488,00 (zegge: veertienhonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

IX. gelast dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan [appellant sub 1], handelend onder de naam [bedrijf], het door hem betaalde griffierecht van in totaal € 248,00 (zegge: tweehonderdachtenveertig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. G.M.H. Hoogvliet, leden, in tegenwoordigheid van mr. L. Groenendijk, griffier.

w.g. Parkins-de Vin w.g. Groenendijk
voorzitter griffier

Uitgesproken in het openbaar op 13 januari 2016

164-800.