

200608760/1.

Datum uitspraak: 11 juli 2007

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

, wonend te
appellante,

tegen de uitspraak in zaak no. AWB 06/4109 van de rechtbank Haarlem van
6 november 2006 in het geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

1. Procesverloop

Bij besluit van 30 juni 2005 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de staatssecretaris) aan appellante een bestuurlijke boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav) opgelegd wegens het zonder tewerkstellingsvergunning hebben laten verrichten van arbeid door en (hierna ook: de vreemdelingen).

Bij besluit van 17 maart 2006 heeft de staatssecretaris het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 6 november 2006, verzonden op 7 november 2006, heeft de rechtbank Haarlem (hierna: de rechtbank) het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 5 december 2006, hoger beroep ingesteld. De gronden zijn aangevuld bij brief van 29 december 2006. Deze brieven zijn aangehecht.

Bij brief van 13 maart 2007 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: de minister) van antwoord gediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 27 april 2007, waar appellante, bijgestaan door mr. M.R. Botman, advocaat te Haarlem, en de minister, vertegenwoordigd door mr. A.H.M. Weeber, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav wordt onder werkgever verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.

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

Ingevolge artikel 18, voor zover thans van belang, wordt het niet naleven van artikel 2, eerste lid, als beboetbaar feit aangemerkt.

Ingevolge artikel 19a, eerste lid, legt een daartoe door de minister aangewezen, onder hem ressorterende ambtenaar namens hem de boete op aan degene op wie de verplichtingen rusten welke voortvloeien uit deze wet, voor zover het niet naleven daarvan is aangeduid als een beboetbaar feit.

Ingevolge artikel 19d, derde lid, stelt de minister beleidsregels vast waarin de boetebedragen voor de beboetbare feiten worden vastgesteld.

Volgens beleidsregel 1 van de Beleidsregels boeteoplegging Wav, zoals die ten tijde van belang luiden (hierna: de beleidsregels), wordt bij de berekening van een boete, als bedoeld in artikel 19a, eerste lid, voor alle beboetbare feiten als uitgangspunt gehanteerd de normbedragen die zijn neergelegd in de 'Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav'

(hierna: de Tarieflijst), die als bijlage bij de beleidsregels is gevoegd.

Volgens beleidsregel 2 wordt voor de werkgever als natuurlijk persoon bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, van de Wav als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het boetenormbedrag gehanteerd.

Volgens de Tarieflijst is het boetenormbedrag voor overtreding van artikel 2, eerste lid, op € 8.000 gesteld.

2.2. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de vreemdelingen arbeid verrichtten ten behoeve van haar restaurant en heeft miskend dat zij niet kan worden aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav, omdat de vreemdelingen ten tijde van de controle door de Arbeidsinspectie een maaltijd voor zichzelf aan het bereiden waren. Voorts heeft de rechtbank, door te overwegen dat niet van belang is wie van de beide vreemdelingen welke werkzaamheden heeft verricht nu beiden op het moment van de controle werkzaamheden verrichtten, miskend dat de vraag wie van hen beiden de bestelling voor de enige klant in het restaurant aan het bereiden was, van groot belang is, omdat op basis hiervan is geconcludeerd dat sprake was van arbeid in de zin van de Wav. Deze onduidelijkheid omtrent de werkzaamheden leidt er volgens appellante toe dat de feitelijke grondslag aan het boetebesluit is komen te ontvallen.

2.2.1. Blijkens het op respectievelijk ambtseed en ambtsbelofte door inspecteurs van de Arbeidsinspectie opgemaakte boeterapport van 13 mei 2005 waren de vreemdelingen op het tijdstip van de controle bezig met het bereiden van een maaltijd, bestaande uit het omscheppen van bami en het roeren in een wokpan. Deze controle vond plaats op een tijdstip waarop het bij de keuken behorende restaurant volgens de daarvoor geldende bedrijfstijd normaal was geopend. Voorts heeft een van de vreemdelingen blijkens het bij het boeterapport behorende proces-verbaal verklaard dat hij sinds tien dagen werkzaam was in de zaak van appellante, de ander heeft blijkens dat proces-verbaal verklaard dat hij heeft meegeholpen in de keuken met afwassen, een gedraging die past in de normale bedrijfsvoering van een restaurantkeuken. De vraag, wie van de vreemdelingen de bestelling voor de klant aan het bereiden was, doet niet af aan de terechte conclusie van het boeterapport, dat sprake was van arbeid in de zin van de Wav.

2.2.2. Blijkens de memorie van toelichting (Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 3, blz. 13) bij de artikelen 1 en 2 van de Wav is diegene die een vreemdeling feitelijk arbeid laat verrichten vergunningplichtig werkgever en is deze werkgever te allen tijde verantwoordelijk voor en aanspreekbaar op het al dan niet aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunning. Of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagverhouding is daarbij niet relevant, aldus de memorie van antwoord (Kamerstukken II, 1993-1994, 23 574, nr. 5, blz. 2). Evenmin is van belang of de arbeid tegen beloning plaatsvindt, aangezien de Wav geen onderscheid maakt tussen betaalde en onbetaalde arbeid. Nu het feitelijk laten verrichten van arbeid van doorslaggevend belang is, is, anders dan appellante betoogt, het al dan niet

dragen van werkkleding evenmin relevant. De rechtbank heeft derhalve in de door appellante gestelde omstandigheden terecht geen grond gezien voor het oordeel dat zij niet als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, onderdeel b, onder 1°, van de Wav is aan te merken en terecht overwogen dat appellante het verbod van artikel 2, eerste lid, van de Wav, heeft overtreden. Het betoog faalt.

2.3. Appellante betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) en artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) de staatssecretaris niet noopten tot matiging van de boete. In dit verband heeft zij aangevoerd dat haar bedrijf in slechte financiële omstandigheden verkeert.

2.3.1. De staatssecretaris heeft in het kader van zijn bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels als bedoeld in artikel 19d, derde lid, van de Wav reeds een afweging gemaakt welke boete bij een bepaalde overtreding evenredig moet worden geacht en is daarbij tot een stelsel van uniforme boetebedragen gekomen, waarbij de hoogte van het boetenormbedrag is afgestemd op zowel de zwaarte van de overtreding als de beoogde afschrikwekkende werking, en - uit een oogpunt van een hanteerbaar en consistent sanctiebeleid - in beginsel wordt geabstraheerd van de omstandigheden waaronder de overtreding wordt begaan. Niet kan worden geoordeeld dat de staatssecretaris aldus tot een onredelijke beleidsbepaling is gekomen dan wel discriminatoir heeft gehandeld. Dit laat onverlet dat bij de besluitvorming in het concrete geval het in artikel 3:4 van de Awb neergelegde beginsel inzake de evenredigheid aan de orde is. Als de toepassing van de beleidsregels voor een belanghebbende gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen, dan moet van deze beleidsregels worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden die tot matiging aanleiding geven gaat het in ieder geval, mede gelet op artikel 4:84 van de Awb, om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. Hetgeen appellante omtrent haar slechte financiële positie heeft aangevoerd, noopte de staatssecretaris in dit concrete geval niet tot matiging van de boete. Dat, zoals appellante stelt, het boetebedrag de totale jaarwinst van haar onderneming overstijgt, leidt niet tot een ander oordeel. Van schending van artikel 6 van het EVRM en artikel 3:4, tweede lid, van de Awb is geen sprake. De rechtbank is terecht tot hetzelfde oordeel gekomen.

2.3.2. Wel betoogt appellante terecht dat de rechtbank bij de beoordeling van haar financiële draagkracht is uitgegaan van enkele feitelijke onjuistheden. Uit de door appellante ingebrachte jaarrekening blijkt dat zij, in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank heeft overwogen, geen leningen heeft verstrekt doch juist geld heeft geleend. Voorts is de constatering van de rechtbank onjuist dat de jaarrekening geen volledig overzicht geeft van de financiële positie van het bedrijf in 2004.

Dit betoog leidt evenwel niet tot het ermee beoogde doel, nu de door appellante overgelegde stukken, zoals hiervoor is overwogen, geen

aanleiding geven de opgelegde boete te matigen. De rechtbank heeft het beroep dan ook terecht ongegrond verklaard.

2.4. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient, zij het met verbetering van de gronden waarop die rust, te worden bevestigd.

2.5. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. B. van Wagtendonk, Voorzitter, en
mr. A.W.M. Bijloos en mr. D. Roemers, Leden,
in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van Staat.

w.g. Van Wagtendonk
Voorzitter

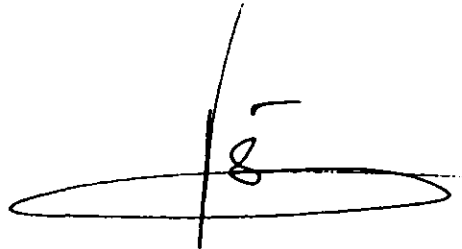
w.g. Groeneweg
ambtenaar van Staat

Uitgesproken in het openbaar op 11 juli 2007

32-510.

Verzonden: 11 JULI 2007

Voor eensluidend afschrift,
de Secretaris van de Raad van State,
voor deze,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line crossing through them.

mr. H.H.C. Visser,
directeur Bestuursrechtspraak

Uw brief
17 juli 2005

Ons kenmerk
AI/JZ/2006/23346

Doorkiesnummer
(070) 333 5190

Onderwerp
Beslissing op bezwaar

Datum
17 MAART 2006

Contactpersoon
mr. Nascimento

Geachte mevrouw

Bij brief van 17 juli 2005 heeft u bezwaar aangetekend tegen de beschikking van 30 juni 2005, kenmerk 070501441/03.

A. Feiten

Op 18 maart 2005 hebben inspecteurs van de Arbeidsinspectie tijdens een controle in uw onderneming, aan de te de heren (beiden met de Chinese nationaliteit en zonder geldige verblijfstitel), aangetroffen die arbeid verrichtten, bestaande uit het met een grote spaan, omscheppen van bami in een grote wokpan en het roeren van een vloeistof in een grote wokpan. Deze personen bleken vreemdelingen in de zin van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) te zijn, zodat u als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid aanhef en onder b sub 1° van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) voor hen in het bezit diende te zijn van tewerkstellingsvergunningen. U beschikte echter niet over deze vergunningen. De inspecteurs constateerden derhalve twee overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav.

Met de kennisgeving van 13 juni 2005 bent u door de boete-oplegger geïnformeerd over het voornemen een bestuurlijke boete op te leggen. U heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid uw zienswijze kenbaar te maken. Op 30 juni 2005 is bij beschikking aan u een boete opgelegd ter hoogte van € 8.000,- wegens het tewerkstellen van twee vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunningen. Op 17 juli 2005, derhalve tijdig, heeft u bezwaar ingediend tegen deze boetebeschikking.

B. Bezwaarschrift

In het bezwaarschrift stelt u dat er geen illegalen bij u in de zaak werken. U heeft slechts één persoon in (vaste) dienst, de heer . Aangezien in de bovenwoning waar uw broer verbleef, geen kookgelegenheid is, was uw broer, de heer , die dag voor zichzelf en zijn gezin eten aan het klaarmaken. Er kwam een Chinese man, de heer , binnen die om eten vroeg, zonder te hoeven betalen. Uw broer heeft deze persoon mee laten eten.

C. Wettelijk kader

In artikel 1, eerste lid aanhef en onder b sub 1° Wav wordt als werkgever aangemerkt, degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Lid 1 aanhef en sub c van dit artikel bepaalt dat onder een vreemdeling wordt verstaan hetgeen daaronder wordt verstaan in de Vw 2000.

Artikel 2, eerste lid Wav bepaalt dat het een werkgever is verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning.

In artikel 18 Wav is overtreding van artikel 2 Wav als beboetbaar feit aangemerkt.

Op grond van de beleidsregels 1 en 2 en de bijlage daarbij van de Beleidsregels boeteoplegging Wav (hierna: beleidsregels) bedraagt de bestuurlijke boete voor een natuurlijke persoon € 4.000,- per overtreding van artikel 2 Wav.

Artikel 6:22 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt dat een besluit waartegen bezwaar is gemaakt, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op bezwaar beslist, in stand kan worden gehouden indien blijkt dat de belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld.

D. Hoorzitting

Gelet op artikel 7:2 Awb, bent u in de gelegenheid gesteld het bezwaarschrift mondeling toe te lichten. Op 20 september 2005 heeft een hoorzitting plaatsgevonden. Een samenvattend verslag van dit gesprek is als bijlage bij deze beschikking gevoegd.

E. Overwegingen

De heer heeft tijdens het verhoor van 18 maart 2005 verklaard sinds tien dagen werkzaam te zijn in uw onderneming. Hij heeft niets verklaard over het feit dat hij voor zijn gezin eten aan het klaarmaken was, zoals u stelt in het bezwaarschrift. De heer is tijdens normale openingstijden van het restaurant aangetroffen terwijl hij arbeid verrichtte, bestaande uit het bakken van bami in een grote wokpan. Gezien het voorgaande is het aannemelijk is geworden dat hij werkzaamheden aan het verrichten was ten behoeve van uw onderneming.

De heer is, al roerend in een grote wokpan met vloeistof, in de restaurantkeuken aangetroffen tijdens normale openingstijden van het restaurant. Tijdens het verhoor van 18 maart 2005 is gebleken dat de heer reeds langer in het restaurant aanwezig was, onder andere blijkende uit het feit dat zijn broek boven in de woning lag. U stelt dat de broek daar lag, omdat de heer daar televisie had gekeken en het prettig vond om dit in zijn onderbroek te doen. De heer heeft tijdens het verhoor van 18 maart 2005 verklaard om eten te hebben gevraagd in uw restaurant en iets terug te willen doen. Hij verklaart te hebben geholpen door af te wassen; het bakken van bami was voor hem zelf. Uit het verhoor van 1 april 2005 blijkt dat er tijdens de controle één klant aanwezig was in de zaak en dat deze klant loempia had besteld. Deze loempia werd in de wokpan bereid, waarmee de heer bezig was.

Artikel 1, eerste lid aanhef en onder b sub 1° Wav kent een ruim werkgeversbegrip: degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten is werkgever. Helpen valt ook onder het begrip arbeid verrichten van de Wav. Het met een grote spaan omscheppen van bami in een grote wokpan en het roeren van een vloeistof in een grote wokpan dient daarom aangemerkt te worden als het verrichten van arbeid. U voert een restaurant. Deze werkzaamheden werden uitgevoerd binnen uw restaurant, zodat u in de uitoefening van uw bedrijf een ander arbeid liet verrichten. Het is hierbij niet relevant of de betrokken vreemdelingen in een gezagsverhouding stonden tot u, of sprake was van een arbeidsovereenkomst of dat loon werd uitbetaald, omdat de Wav deze eisen niet stelt. Degene die vreemdelingen arbeid laat verrichten is vergunningplichtig op basis van de Wav. Gelet hierop was u als werkgever verantwoordelijk voor het aanwezig zijn van de benodigde tewerkstellingsvergunningen voor de heren en .

Ik kom tot de conclusie dat sprake is van twee overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav nu aan alle bestanddelen van deze overtreding wordt voldaan. Deze overtredingen zijn u toerekenbaar en verwijtbaar.

De boetes voor de overtredingen van de Wav worden vastgesteld op basis van de normbedragen die zijn neergelegd in de "Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav", behorende bij de beleidsregels. Beleidsregel 2 bepaalt dat voor de werkgever die als natuurlijk persoon handelt in strijd met artikel 2, eerste lid Wav het uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete 0,5 maal het boetebedrag is. Afwijking van de beleidsregels is geboden als toepassing ervan voor u gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen. In dat geval geeft artikel 4:84 Awb aan dat van de beleidregels moet worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. Op 4 augustus 2005 heeft u een overzicht ingediend van uw financiële situatie. Financiële draagkracht, of het ontbreken daarvan, is echter geen reden tot matiging van de boete. Immers, hieruit blijkt niet van evidente bijzondere omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter.

Uit uw bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting is gebleken dat u door een samenloop van omstandigheden geen zienswijze heeft kunnen geven. In uw bezwaarschrift heeft u aangegeven dat u had gebeld voor de heer maar hij bleek ziek te zijn. Daarop heeft u het bericht achtergelaten dat u teruggebeld wilde worden. Dat is echter niet gebeurd. In casu bent u daardoor niet benadeeld, nu dit gebrek is hersteld in de bezwaarfase. Ik wijs in dat verband op het volgende.

Op basis van artikel 4:8 Awb wordt belanghebbende door het bestuursorgaan in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen, indien de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen. In artikel 19, derde lid Wav wordt bepaald dat in afwijking van afdeling 4.1.2. Awb, de op grond van artikel 19a, eerste lid Wav, aangewezen ambtenaar binnen een door hem te bepalen termijn, de persoon, bedoeld in het eerste lid, in de gelegenheid wordt gesteld om naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen alvorens de boete wordt opgelegd. U heeft tijdens de hoorzitting aangegeven dat u gehoord wilde worden met betrekking tot de kennisgeving. Uit de Memorie van Toelichting van de Algemene wet bestuursrecht blijkt dat indien een belanghebbende ten onrechte niet is gehoord, dit gebrek in beginsel hersteld kan worden in de bezwaarschriftprocedure. Gezien het feit dat in de

bezwaarschriftprocedure schriftelijk een uitwisseling van informatie heeft plaatsgevonden en bovendien een hoorzitting heeft plaatsgevonden, is dit gebrek in de bezwaarschriftprocedure gerepareerd.

Op basis van het voorgaande concludeer ik met toepassing van artikel 6:22 Awb dat ondanks de schending van de hoorplicht de boetebeschikking in stand wordt gelaten, omdat u in dit geval niet in uw belangen bent geschaad.

Gesteld noch gebleken is van bijzondere omstandigheden die mij aanleiding geven af te wijken van mijn beleid, zoals neergelegd in de beleidsregels. Ik concludeer dat terecht een boete is opgelegd van € 8.000,- wegens twee overtredingen van artikel 2, eerste lid Wav. Ook overigens is niet gebleken van feiten of omstandigheden die aanleiding geven de boete te matigen of in te trekken.

F. Beslissing

Gezien uw bezwaren, het verklaarde tijdens de hoorzitting, de bestreden beschikking en de vigerende regelgeving, ben ik tot de volgende beslissing gekomen.

Ik concludeer dat de boete in overeenstemming met de vigerende regelgeving is opgelegd. Het bezwaarschrift geeft geen aanleiding het bestreden besluit in te trekken dan wel de opgelegde boete te matigen.

Gelet op het bovenstaande verklaar ik uw bezwaar als weergegeven in het bezwaarschrift van 17 juli 2005 ongegrond. Dit betekent dat de beschikking van 30 juni 2005 ongewijzigd in stand blijft.

Hoogachtend,
De Staatssecretaris van Sociale Zaken
en Werkgelegenheid,
namens deze,
Algemeen Directeur van de Arbeidsinspectie,



(dr. J.J.M. Uijlenbroek)

uitspraak

RECHTBANK HAARLEM

Sector bestuursrecht

zaaknummer: AWB 06/4109 - WAV

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 6 november 2006

in de zaak van:

wonend te
eiseres,
gemachtigde: mr. M.F.A. Dankbaar, advocaat te Haarlem,

tegen:

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
verweerder.

1. Procesverloop

Bij besluit van 30 juni 2005 heeft verweerder op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), aan eiseres een bestuurlijke boete opgelegd vanwege het tewerkstellen van twee vreemdelingen met Chinese nationaliteit zonder dat eiseres voor dezen in het bezit was van een tewerkstellingsvergunning.

Tegen dit besluit heeft eiseres bij brief van 17 juli 2005 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 17 maart 2006 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft eiseres bij brief van 19 april 2006 beroep ingesteld.

Verweerder heeft op de zaak betrekking hebbende stukken ingezonden en een verweerschrift ingediend.

Het beroep is behandeld ter zitting van 1 september 2006, alwaar eiseres in persoon is verschenen, vergezeld door haar gemachtigde, mr. M.R. Botman in plaats van mr. Dankbaar. Verweerder is verschenen en heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door mr. Nascimento, werkzaam bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

2. Overwegingen

Ten aanzien van de begrippen arbeid en werkgever in de zin van de Wav

- 2.1 Verweerder heeft op 18 maart 2005 bij een controle uitgevoerd in een pand van eiseres te Haarlem twee personen van Chinese nationaliteit aangetroffen die, zonder dat voor hen een tewerkstellingsvergunning was verleend, kookwerkzaamheden verrichtten. Bij kennisgeving van 13 juni 2005 is eiseres op de hoogte gesteld van het voornemen een bestuurlijke boete op te leggen. Verweerder heeft bij besluit van 30 juni 2005 een bestuurlijke boete opgelegd van in totaal € 8.000,-. Verweerder heeft geen aanleiding gezien de opgelegde boete te herzien dan wel het boetebesluit in te trekken en heeft bij besluit van 17 maart 2006 het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard.
- 2.2 In beroep heeft eiseres zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van arbeid in de zin van de Wav, aangezien en eten aan het bereiden waren voor zichzelf, in ruil waarvoor heeft geholpen met de afwas. Daar voegt eiseres aan toe dat , noch was voorzien van werkkleding, dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en evenmin van uitbetaling van loon. Volgens eiseres kan zij dan ook niet worden aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid, onder b, ten eerste Wav.
- 2.3 Verweerder heeft hiertegen aangevoerd dat er wel sprake was van arbeid in de zin van de Wav, nu uit de verklaringen van en van 18 maart 2005 blijkt dat zij niet voor zichzelf aan het koken waren, maar dat zij dat deden ten behoeve van de onderneming van eiseres.
- 2.4 De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt.
- 2.5 Ingevolge artikel 1, eerste lid, onder b, ten eerste, Wav wordt onder werkgever verstaan, degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten.
- 2.6 Anders dan eiseres betoogt, is de rechtbank van oordeel dat en arbeid hebben verricht in de zin van de Wav. Dat er blijkens de beslissing op bezwaar, het verweerschrift alsmede het verhandelde ter zitting, klaarblijkelijk verwarring is ontstaan omtrent de vraag wie precies welke werkzaamheden heeft verricht maakt dit oordeel niet anders. Zoals blijkt uit het boeterapport is immers geconstateerd dat zowel als op het moment van de controle kookwerkzaamheden verrichtten. Voorts heeft tijdens het verhoor van de Arbeidsinspectie van 18 maart 2005 verklaard dat hij sinds tien dagen werkzaamheden verrichtte voor de onderneming van eiseres. Dat bij de overige onderdelen van het formulier van het verhoor 'nvt' of 'onbekend' is vermeld doet hier niet aan af. Hiermee is voldoende aannemelijk geworden dat arbeid verrichtte ten behoeve van (het restaurant van) eiseres en niet voor zichzelf.
- heeft tijdens het verhoor van 18 maart 2005 verklaard dat hij eten had gekregen van eiseres en dat hij vervolgens andere kleren heeft aangetrokken omdat hij aan het helpen was. Nu hij reeds had gegeten is niet aannemelijk dat hij op het moment van de controle opnieuw eten zou bereiden voor zichzelf. Bovendien heeft hij verklaard dat hij als tegenprestatie voor de maaltijd heeft geholpen met afwassen. Hieruit volgt dat ook arbeid heeft verricht ten behoeve van (het restaurant van) eiseres. De grief

faalt.

- 2.7 Voor zover eiseres heeft bedoeld te betogen dat zij geen werkgever is in de zin van de Wav, overweegt de rechtbank als volgt. Op grond van artikel 1, eerste lid, onder b, ten eerste Wav moet onder werkgever worden verstaan degene die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten. Eiseres heeft en in de uitoefening van een bedrijf, namelijk een restaurant, arbeid laten verrichten en is derhalve werkgever in de zin van de Wav. Het feit dat en geen werkkleding droegen, dat er geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en evenmin van uitbetaling van loon is derhalve in dit wettelijk kader niet van belang. Ook deze grief kan niet slagen.

Ten aanzien van (de hoogte van) de opgelegde boete

- 2.8 Eiseres betoogt ten aanzien van het bestreden besluit dat dit in strijd is met het motiverings- en evenredigheidsbeginsel. Volgens eiseres is ten onrechte geen rekening gehouden met de draagkracht. Voorts stelt eiseres, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM, artikel 3:2 en 3:4, tweede lid, Awb en artikel 4:84 Awb, dat er bijzondere omstandigheden zijn op grond waarvan de boete als onevenredig hoog moet worden beschouwd. De vordering van de boete zou immers naar de mening van eiseres verstrekken gevolgen hebben voor haar onderneming en betekent mogelijk zelfs de ondergang van het restaurant, nu de nettowinst over 2004 slechts € 6.876,89 bedroeg.
- 2.9 Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat de boete is vastgesteld op basis van de Beleidsregels. Hiervan wordt slechts afgeweken als toepassing ervan voor eiseres gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen op grond van artikel 4:84 Awb. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een uitzonderlijk karakter. Financiële draagkracht of het ontbreken daarvan is volgens verweerder geen reden tot matiging van de boete. Dit zijn geen evidente bijzondere omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter.
- 2.10 De rechtbank overweegt dienaangaande als volgt.
- 2.11 Ingevolge artikel 2, eerste lid, Wav is het een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning. Het niet naleven van het eerste lid van artikel 2 Wav wordt ingevolge artikel 18 Wav aangemerkt als beboetbaar feit.
- 2.12 Verweerder heeft zijn beleid ten aanzien van beboetbare feiten uitgewerkt in de Beleidsregels Boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen (Stc. 24 december 2004, nr. 249). Als uitgangspunt worden de normbedragen gehanteerd die zijn neergelegd in de "Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wet arbeid vreemdelingen", een bijlage bij de Beleidsregels. Overtreding van artikel 2 Wav vermeldt een boete normbedrag van € 8.000, =. Voor de werkgever als natuurlijk persoon wordt bij een gedraging in strijd met artikel 2, eerste lid, Wav als uitgangspunt voor de berekening van de op te leggen boete gehanteerd: 0,5 maal het boetenormbedrag.

- 2.13 Ingevolge artikel 3:4, tweede lid, Awb mogen de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.
- 2.14 Ingevolge artikel 4:84 van de Awb dient verweerder te handelen overeenkomstig zijn beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter.
- 2.15 In de toelichting bij de Beleidsregels staat het volgende vermeld: "Bij de besluitvorming in het kader van de boete-oplegging spelen uiteraard de in artikel 3:4 Awb neergelegde beginselen van zorgvuldigheid bij de besluitvorming, van de belangenafweging en van de evenredigheid. Als de toepassing van onderhavige beleidsregels voor een of meer belanghebbenden gevolgen hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregels te dienen doelen, dan geeft artikel 4:84 Awb aan dat van deze beleidsregel moet worden afgeweken. Bij bijzondere omstandigheden gaat het om individuele omstandigheden met een zeer uitzonderlijk karakter".
- 2.16 Nu reeds vast is komen te staan dat twee vreemdelingen in de onderneming van eiseres werkten, zonder dat zij voor deze in het bezit was van een tewerkstellingsvergunning kan worden geconcludeerd dat sprake is van een overtreding van het bepaalde in artikel 2, eerste lid, Wav. Verweerder was aldus bevoegd een boete op te leggen. Dit is slechts anders indien eiseres geen enkel verwijt zou treffen. Dit is niet gesteld of gebleken.
- 2.17 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of de hoogte van de boete dient te worden gematigd. De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is en acht daartoe het volgende van belang.
- 2.18 De onderhavige bestuurlijke boete is aan te merken als een punitieve sanctie. Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) brengt met zich mee, dat de rechter vol dient te toetsen of de hoogte van de opgelegde boete in redelijke verhouding staat tot de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding. Hieruit volgt dat artikel 6 EVRM geen betrekking heeft op de gevolgen van het opleggen van de boete, zoals eiseres kennelijk stelt, maar op de verhouding van de boete tot de ernst en verwijtbaarheid van de gedraging. In dat kader is de rechtbank van oordeel dat het door verweerder vastgestelde boetenormbedrag van € 4.000,- per beboetbaar feit niet onevenredig hoog is. Eiseres heeft immers een voorschrift overtreden dat is gesteld ter bestrijding van illegale tewerkstelling van personen. De ratio van deze wetgeving is blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken Tweede Kamer, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p.1) gelegen in het bestrijden van het verdringen van legaal arbeidsaanbod op de arbeidsmarkt in Nederland en de Europese Economische Ruimte, van het overtreden van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden hetgeen kan leiden tot uitbuiting van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen, en van concurrentievervalsing binnen een sector waardoor de bedrijfsvoering van bonafide werkgevers wordt geschaad.

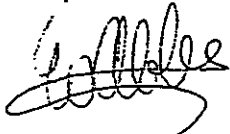
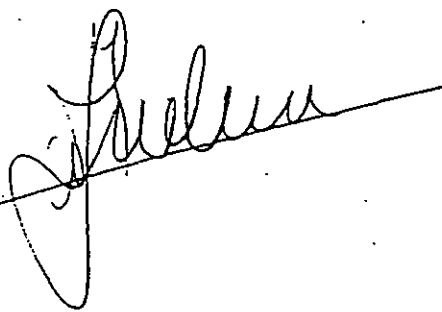
- 2.19 Ook artikel 3:4, tweede lid, Awb noopt verweerder niet tot matiging van de boete. Het gaat immers om de boete in relatie tot de met het besluit te bereiken doelen. Onder verwijzing naar hetgeen onder r.o. 2.18 werd overwogen ten aanzien van artikel 6 EVRM, geldt ook hier dat de boete niet onevenredig is. Daarnaast blijkt uit de toelichting op de Beleidsregels dat verweerder bij het bepalen van de hoogte van de boete het evenredigheidsbeginsel heeft meegewogen.
- 2.20 Wel kan het op grond van artikel 4:84 Awb aangewezen zijn dat verweerder, gelet op bijzondere individuele omstandigheden, gebruik maakt van zijn inherente afwijkingsbevoegdheid en de boete eventueel matigt. In dit kader is aangevoerd de slechte financiële positie van eiseres. Verweerders opmerking ter zitting, dat hiermee geen rekening kan worden gehouden omdat de Beleidsregels hier al in voorzien, wordt niet gevolgd, reeds niet omdat uit de Beleidsregels Boeteoplegging Wav en de toelichting daarop niet blijkt dat de financiële draagkracht is meegewogen. Wel zal, gelet op het feit dat de boetes in het kader van de Wav juist hoog zijn vastgesteld omdat werkgevers financieel voordeel hebben bij het inschakelen van illegale werkkrachten (Memorie van Toelichting, Kamerstukken Tweede Kamer 2003-2004, 29523, nr. 3) de slechte financiële positie niet snel als bijzondere omstandigheid worden aangemerkt. Voorts is het aan degene die een beroep doet op de inherente afwijkingsbevoegdheid om de bijzondere omstandigheden aan te voeren en te onderbouwen.
- 2.21 Eiseres heeft evenwel deze financiële positie ten tijde van het bestreden besluit onvoldoende onderbouwd. Eiseres heeft weliswaar een jaarrekening, samengesteld door Awan Management Services, en kopieën uit het kasboek van de maanden januari en februari 2006 overgelegd, maar hieruit kan niet worden afgeleid dat de opgelegde boete verstrekken gevolgen zal hebben voor het bedrijf van eiseres of zelfs dat dit de ondergang zou kunnen betekenen voor het bedrijf. Immers, anders dan eiseres stelt, bestrijkt de overgelegde jaarrekening slechts de periode van 1 april 2004 tot en met 31 december 2004. Zij geeft derhalve geen overzicht van de financiële positie van het bedrijf over het hele jaar 2004. Bovendien blijkt uit de genoemde jaarrekening dat er een tweetal uitstaande leningen zijn die het bedrijf heeft verstrekt aan en voor een totaal van € 22.500,--. Tot slot kan uit de overgelegde stukken niet worden afgeleid of eiseres, de nettowinst en de privé-opnamen uit haar onderneming daargelaten, anderszins inkomsten heeft gegenereerd.
- 2.22 Aangezien verweerder in het bestreden besluit uitgebreid is ingegaan op de vraag of de boete gematigd zou moeten worden op basis van de financiële draagkracht van eiseres, kan eiseres niet worden gevolgd in haar grief dat verweerder zijn besluit op dit punt niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Ook deze grief faalt.
- 2.23 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat het besluit op goede gronden berust. Het beroep zal ongegrond worden verklaard. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De rechtbank:

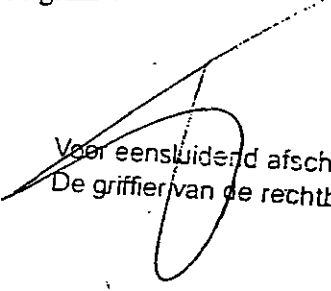
verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. I.M. Ludwig, rechter, en op 6 november 2006 in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van mr. E.E.M. van Abbe, griffier.


afschrift verzonden op: 07 NOV. 2006 

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA Den Haag. Het hoger beroep dient te worden ingesteld door het indienen van een beroepschrift binnen zes weken onmiddellijk liggend na de dag van verzending van de uitspraak door de griffier.


Voor eensluidend afschrift.
De griffier van de rechtbank te Haarlem

Postbus 280
2000 AG HAARLEM

Tel. +31(0)23 5 530 230
Fax +31(0)23 5 530 260
www.pjsadvocaten.nl

• P • j • S •

POT JONKER SEUNKE ADVOCATEN

Nieuwe Gracht 124
2011 NM HAARLEM

Mr. M.R. Botman
botman@pjsadvocaten.nl

AANTEKENEN MET HANDTEKENING RETOUR

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Postbus 20019
2500 EA 's-GRAVENHAGE

(PRO FORMA) HOGER BEROEPSCHRIFT

Onderwerp: Hoger Beroep
Onze ref: BO/el/81493

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
- 5 DEC 2006	
ZAAKNR.	8760
AAN:	VI
BEHANDELD: DD:	PAR:

Haarlem, 4 december 2006

Hoogedelgestreng college,

Namens mevrouw eigenaresse van aan de
voor deze zaak woonplaats kiezende aan mijn kantooradres stel ik hierbij
op nader aan te voeren gronden hoger beroep in tegen de uitspraak van Rechtbank Haarlem van
6 november 2006. Bij deze uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het besluit van 17 maart
2006 ongegrond verklaard.

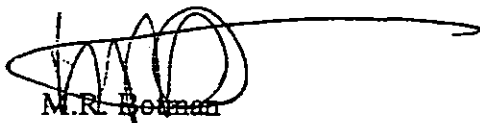
Een kopie van de uitspraak treft u hierbij aan.

Tevens treft u aan een kopie van de aan appellant verleende toevoeging voor het instellen van het
hoger beroep.

De onderdelen van de uitspraak waartegen het beroep zich richt, de gronden van het beroep en de
van uw College gevraagde uitspraak zullen nader worden aangevoerd. Ik verzoek u hiertoe mij een
termijn te stellen.

Ik verzoek u voorts het griffierecht ten laste te brengen van de rekening-courant van mijn kantoor.

Met vriendelijke groet,


M.R. Botman

Bijlage(n)

P.J.S.

Postbus 280
2000 AG HAARLEM

POT JONKER SEUNKE ADVOCATEN

Nieuwe Gracht 124
2011 NM HAARLEMTel. +31(0)23 5 530 230
Fax +31(0)23 5 530 260
www.pjsadvocaten.nlMr. M.R. Botman
botman@pjsadvocaten.nlAANTEKENENMET HANDTEKENING RETOURRaad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
Postbus 20019
2500 EA 's-GRAVENHAGE

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
7659	B 29 DEC 2006
ZAAKNR.	
AAN: V6 - Dursun	
BEHANDELD: DD:	PAR:

*Kopie per telefax: 070 - 365 13 80 (zonder bijlagen)*AANVULLEND BEROEPSCHRIFTOnderwerp: /Hoger Beroep
Onze ref: BO/mh/81493
uw ref: 200608760/1/V6

Haarlem, 29 december 2006

Hoogedelgestreng college,

Namens cliënte, mevrouw eigenaresse van aan de
voor wie ik in deze zaak als raadvrouw en gemachtigde op-
treed, wend ik mij tot u inzake het volgende.

Bij brief van 4 december jl. heb ik namens mevrouw (hierna te noemen: appellante) bij uw Af-
deling hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem d.d. 6 november 2006
(zaaknummer: AWP05/4109-Wav). Dit pro forma beroepschrift wordt als volgt gemotiveerd.

Inleiding

1. Aan appellante is een boete ter hoogte van € 8.000,- opgelegd wegens twee overtredingen van artikel 2, eerste lid van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav), te weten het te werk stellen van twee vreemdelingen zonder verblijfsvergunning. Deze boete is opgelegd nadat tijdens een controle op 18 maart 2005 zou zijn geconstateerd, dat twee vreemdelingen, te weten de heer en de heer kookwerkzaamheden verrichtten in de keuken van het restaurant. De rechtbank heeft bij uitspraak van 6 november 2006 het beroep dat was gericht tegen het besluit van 17 maart 2006, waarbij op bezwaar is beslist, ongegrond verklaard. Appellante is van mening dat de bestreden uitspraak van de rechtbank Haarlem dient te worden vernietigd, en wel om de volgende redenen.

Op alle berichten die aan ons worden verstrekt zijn van toepassing onze algemene voorwaarden, gedeponseed bij de griffie van de rechtbank in Haarlem onder nummer 62/2004. De tekst van deze voorwaarden is afgedrukt op de achterzijde van deze brief en is ook te vinden op onze website. De voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking.
All instructions accepted and carried out by our firm are subject to our General Terms and Conditions, filed with the Haarlem District Court under number 62/2004. These terms are printed on the reverse side of this letter and can also be found on our website. The terms contain a limitation of our professional liability.

Rekeningnummer derdengelden F. van Lanschot Bankiers 26.07.88.988 t.n.v. Stichting Dordengelden Pot Jonker Seunke advocaten.

Netlaw

Primair

2. De rechtbank heeft ten onrechte voldoende aannemelijk geacht dat de heren en arbeid verrichtten ten behoeve van het restaurant van eiseres. Mevrouw kan naar de mening van appellante dan ook niet worden aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 1, eerste lid onder b, ten eerste van de Wav.
3. Niet wordt betwist dat de heren ten tijde van de controle door de arbeidsinspectie bezig waren met het bereiden van een maaltijd. Hieruit kan echter niet de conclusie worden getrokken dat er sprake is van arbeid in de zin van de Wav. De heren en waren namelijk bezig met het bereiden van een maaltijd voor zichzelf.

4. De heer is de broer van appellante en was samen met zijn gezin bij haar op bezoek. Hij woont en werkt in Italië, alwaar hij een verblijfsvergunning heeft. Ten tijde van de controle was hij eten aan het bereiden voor zichzelf en zijn gezin. Aangezien appellante niet beschikt over een keuken in haar appartement op de bovenverdieping, is men gewend het eten klaar te maken in de keuken van het restaurant. Het voorgaande blijkt ook uit de inhoud van het proces-verbaal van verhoor, gedateerd 18 maart 2005, opgemaakt en ondertekend door inspecteur P.F.J. van Swaaij. Blijkens dit proces-verbaal heeft de heer verklaard dat hij kokend is aangetroffen, omdat hij wilde eten.

In het besluit van 17 maart 2006 wordt gesteld dat de heer tijdens het verhoor heeft verklaard, dat hij sinds tien dagen werkzaam is in de onderneming van appellante. Dit komt niet overeen met de weergave van het verhoor in eerdergenoemd proces-verbaal. Aan het feit dat op het inlichtingenformulier staat vermeld dat de heer sinds tien dagen werkzaam is bij het bedrijf, heeft de rechtbank dan ook ten onrechte waarde gehecht, temeer nu bij de overige onderdelen in het formulier (bijvoorbeeld wat het salaris inhoudt of omvang dienstverband) 'nvt' of 'onbekend' staat vermeld. Het betreft bovendien een voorgedrukt invulformulier.

5. De heer was een voor de heer en mevrouw onbekend persoon. Mevrouw heeft hem desgevraagd hulp geboden door hem een maaltijd en die middag onderdak aan te bieden. Ook de heer heeft blijkens het proces-verbaal van verhoor, gedateerd 18 maart 2005, opgemaakt en ondertekend door inspecteur L.D. Heringa, verklaard dat hij met toestemming van appellante voor zichzelf een maaltijd aan het bereiden was. Hierbij heeft hij expliciet aangegeven dat hij niet werkzaam was voor appellante. In het geval van de heer is door pagina 2 van het inlichtingenformulier een grote streep gezet. Kennelijk werd dit niet van toepassing geacht. Als dank voor een maaltijd heeft hij geholpen met de afwas. De redenering van de rechtbank in rechtsoverweging 2.6, dat het niet aannemelijk is dat de heer voor zichzelf eten aan het bereiden was, nu hij eerder op die dag al gegeten had, kan appellante niet volgen. Een persoon eet immers meerdere malen op een dag. Daarbij komt dat de rechtbank de omstandigheid dat de heer zou hebben afgewassen als dank voor de maaltijd ten onrechte heeft betrokken bij de beoordeling van het besluit van 17 maart 2006. In het besluit wordt de heer niet verweten dan hij zou hebben afgewassen; de conclusie dat de heer arbeid heeft verricht is hierop niet gebaseerd. De keuken in het restaurant is tevens de privé-keuken van appellante. Het afwassen bij iemand in de keuken betreft geen arbeid in de zin van de Wav. Dit is een te ruime toepassing van deze wet.

6. Appellante is voorts van mening dat de rechtbank onvoldoende waarde heeft gehecht aan de onzorgvuldigheid waarmee het besluit van 17 maart 2006 tot stand is gekomen. Hiertoe wordt het volgende aangevoerd.
7. In het besluit van 17 maart 2006 wordt, onder verwijzing naar het verhoor van appellante op 1 april 2005, overwogen dat de heer [] bezig was met bereiden van een loempia in een wokpan voor een klant. Echter, in het verslag van het verhoor van 1 april 2005 wordt appellante met behulp van een foto voorgehouden dat één van de inspecteurs heeft waargenomen dat *de broer* van appellante (de heer []) bezig was met het bereiden van de loempia in de betreffende wokpan. Kennelijk bestaat er onduidelijkheid over wie de loempia heeft bereid. In het boeterapport wordt overigens überhaupt niet gesproken over een loempia of een klant, ook niet onder het kopje 'waarnemingen en constatering'.
op het moment van de controle bezig was met de wokpan waarmee de loempia werd bereid. De inspecteurs hebben tijdens de controle geconstateerd dat de heer [] bezig was met de rechter wokpan waarin de loempia werd bereid. De heer [] was bezig met het bereiden van de bami. Daaraan wordt toegevoegd dat de loempia werd bereid voor de klant. Niet blijkt overigens waarop deze aanname is gebaseerd. Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder tegelijkertijd het standpunt ingenomen dat niet uitgesloten is dat de heer [] in beide pannen stond te roeren.
8. Zoals ook blijkt uit rechtsoverweging 2.6 in de uitspraak van de rechtbank, is de verwarring omtrent de vraag wie wat heeft bereid tijdens de behandeling van de zaak op de zitting alleen maar vergroot. Gemachtigde van verweerder heeft ter zitting, zo blijkt uit het verweerschrift, gesteld dat er door een kennelijke verschrijving in het besluit op bezwaar is opgenomen dat de heer [] op het moment van de controle bezig was met de wokpan waarmee de loempia werd bereid. De inspecteurs hebben tijdens de controle geconstateerd dat de heer [] bezig was met de rechter wokpan waarin de loempia werd bereid. De heer [] was bezig met het bereiden van de bami. Daaraan wordt toegevoegd dat de loempia werd bereid voor de klant. Niet blijkt overigens waarop deze aanname is gebaseerd. Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder tegelijkertijd het standpunt ingenomen dat niet uitgesloten is dat de heer [] in beide pannen stond te roeren.
9. Met het oordeel van de rechtbank dat niet van belang is wie welke werkzaamheden heeft verricht, nu immers is geconstateerd dat zowel de heer [] als [] op het moment van de controle werkzaamheden verrichtten, kan appellante zich niet verenigen. De vraag wie de loempia aan het bereiden was, is juist van groot belang omdat verweerder op grond hiervan tot de conclusie komt dat er arbeid wordt verricht in de zin van de Wav. De loempia zou immers bestemd zijn voor de enige klant die in de onderneming aanwezig was. Nu niet duidelijk is aangegeven welke gedragingen van de heren aan appellante wordt verweten, komt de feitelijke grondslag aan het boetebesluit te ontvallen.
10. Appellante stelt zich op het standpunt dat er, mede gezien het voorgaande, geen aanknopingspunten zijn die kunnen leiden tot het oordeel dat mevrouw [] de heren hun bezigheden in uitoefening van haar bedrijf heeft laten verrichten. Mevrouw [] kan dan ook niet worden aangemerkt als werkgever in de zin van de Wav. De omstandigheden waaronder de heer [] en de heer [] zijn aangetroffen tijdens de controle wijzen hier ook niet op. De heren droegen immers geen werkkleding. Er is geen sprake van een arbeidsovereenkomst en er werd geen loon uitbetaald. Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat deze omstandigheden niet van belang zijn bij de vraag of er sprake is van werk in de zin van de Wav.

Subsidiair

11. Subsidiair voert appellante aan dat de hoogte van de boete, gezien omstandigheden waaronder het feit is begaan in combinatie met haar financiële draagkracht, dient te worden gematigd.

Evenredigheid

12. Het punitieve karakter van een bestuurlijke boete als de onderhavige brengt met zich dat de sanctie in overeenstemming moet zijn met artikel 6 van het EVRM en het daarin neergelegde evenredigheidsvereiste; er dient evenredigheid te bestaan tussen de *ernst* van de overtreding en de *zwaarte* van de opgelegde sanctie. Per geval dient te worden bekeken of de op te leggen boete niet in absolute zin tot een onevenredige sanctie leidt, gelet op alle van belang zijnde feiten en omstandigheden.

De toepasselijkheid van artikel 6 EVRM heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de bestuursrechter de opgelegde sanctie aan het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel moet toetsen: de bestuursrechter dient de opgelegde sanctie 'vol' te toetsen. Deze toets is indringender dan de marginale toets die normaalgesproken in het kader van artikel 3:4 van de Awb plaatsvindt. Dit heeft de rechtbank miskend.

13. In het licht van het voorgaande meent appellante dat de rechtbank in rechtsoverweging 2.18 ten onrechte heeft geoordeeld, dat artikel 6 EVRM geen betrekking heeft op de *gevolgen* die het opleggen van een sanctie heeft, nu enkel dient te worden gekeken naar de verhouding tussen van de *hoogte* van de boete tot de *ernst* van de verweten gedraging. Dit is een te beperkte toepassing van artikel 6 EVRM. De redenering van de rechtbank zou ertoe leiden dat de persoonlijke omstandigheden waarin een overtreder verkeert, en in het bijzonder zijn financiële draagkracht, nimmer rol zouden kunnen spelen bij de vraag of de boete evenredig is. Dat de rechtbank hiermee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, blijkt ook uit de Memorie van Toelichting bij de (het wetsvoorstel van de) Vierde Tranche van de Awb (Kamerstukken II 2003/2004, 29702, nr. 3). Hierin wordt op pagina 141 e.v. het volgende opgemerkt:

" Bij de beoordeling van de evenredigheid van de in concreto op te leggen of opgelegde boete moeten bestuur en rechter zo nodig rekening houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. In voorkomende gevallen kan daarbij, in lijn met artikel 24 WvSr, ook de draagkracht van de overtreder een rol spelen. Dit betekent niet, dat het bestuursorgaan steeds een onderzoek naar deze draagkracht moet instellen. In de meeste gevallen zal het bestuursorgaan er van mogen uitgaan dat de draagkracht geen beletsel vormt voor het opleggen van een boete. Maar zeker bij hogere boeten zal het bestuursorgaan zich er van moeten vergewissen dat de boete, mede gelet op de draagkracht van de overtreder, geen onevenredige gevolgen heeft. Wat een hoge boete is, zal daarbij mede van de context afhangen. "

Zelfs indien de hoogte van de boete bij wettelijk voorschrift is bepaald, dient volgens de Memorie van Toelichting de boete te worden gematigd indien *'het bestuur aanwijzingen heeft dat de hoogte van de boete in een bepaalde casus onevenredig uitpakt, bijvoorbeeld vanwege de geringe draagkracht van de overtreder'* (zie MvT Vierde tranche Awb, p. 143).

De boeteregeling in de Vierde Tranche zoekt aansluiting bij het strafrecht. In artikel 24 van het Wetboek van Strafrecht, dat in de Memorie van Toelichting wordt aangehaald, is bepaald dat de rechter bij vaststelling van een geldboete rekening houdt met de draagkracht van een verdachte

'in de mate waarin hij dat nodig ucht met het oog op een passende bestraffing van de verdachte zonder dat deze in zijn inkomen en vermogen onevenredig wordt getroffen'.

Weliswaar is de Vierde Tranche van de Awb nog niet inwerking getreden, in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel wordt duidelijk weergegeven hoe bij het toepassen van de bestuurlijke boete invulling dient te worden gegeven aan artikel 6 EVRM en het daarin neergelegde evenredigheidsvereiste. De vertaling van artikel 6 EVRM in het bestuursrecht is niet afhankelijk van de invocering van de Vierde Tranche.

14. Het voorgaande geldt evenzeer voor zover de rechtbank heeft geoordeeld dat de financiële draagkracht van een overtreder niet dient te worden betrokken bij de toetsing aan het in artikel 3:4 van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel. Artikel 3:4 van de Awb dient te worden geïnterpreteerd in het verlengde van artikel 6 EVRM.
15. De overweging van de rechtbank onder 2.19, dat artikel 3:4 van de Awb verweerder niet noopt tot matiging van de boete, nu het immers gaat om 'de boete in relatie tot de met het besluit te bereiken doelen', kan appellante niet plaatsen. De algemene norm die de Wav beoogt te beschermen staat naar de mening van appellante los van de vraag of een boete in een individueel geval evenredig is. Doel van het boetebesluit is punitief. Dit doel wordt in het geval van appellante ook bereikt door een lagere boete op te leggen.
16. Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank, gelet op het bepaalde in artikel 6 EVRM en 3:4 van de Awb, niet de juiste toetsingsmaatstaf heeft aangelegd om te kunnen bepalen of € 4000,-- boete per overtreding evenredig is in het geval van appellante.
17. De omstandigheid dat de Staatssecretaris het boetebedrag heeft vastgesteld op basis van de Beleidsregels boeteoplegging Wav en de daarbij behorende normbedragen die zijn neergelegd in de Tarieflijst boetenormbedragen bestuurlijke boete Wav, doet aan het voorgaande niet af (zie ook uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van 20 september 2005, AB 2005/406, nr. AWB 04/415). Dit geldt temeer, nu in genoemde beleidsregels expliciet is bepaald dat 'bij de besluitvorming in het kader van de boeteoplegging artikel 3:4 van de Awb een belangrijke rol speelt'. Bij het bepalen van de hoogte van de boete in het beleid heeft er slechts een abstracte toets plaatsgevonden.

Financiële draagkracht appellante

18. Appellante stelt zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij haar financiële positie onvoldoende heeft onderbouwd. Bij de beoordeling van dit punt heeft de rechtbank bovendien geoordeeld in strijd met het bepaalde in artikel 8:69 van de Awb.
19. Appellante heeft in bezwaar en beroep gemotiveerd aangevoerd dat haar financiële situatie dient te leiden tot matiging van de boete. De nettowinst over het jaar 2004 bedroeg voor appellante niet meer dan € 6.876,89; een bedrag dat minder is dan de opgelegde boete. Dit blijkt uit de jaarrekening die appellante heeft overgelegd. Hieronder valt tevens inkomen van appellante. Deze jaarrekening is samengesteld door Awan Management Services (bijlage 1). Ter nadere onderbouwing van het voorgaande legt appellante thans de belastingaangifte over het jaar 2004 over (bijlage 2). De winst is sinds 2004 niet toegenomen, integendeel.

Vports is overgelegd de verklaring omtrent inkomen en vermogen die appellante ten behoeve van de toevoeging heeft ingevuld. Een toevoeging wordt enkel verleend indien het inkomen van een belanghebbende hiertoe aanleiding geeft. Appellante heeft ter onderbouwing van haar financiële situatie tevens kopieën van het kasboek overgelegd van de maanden januari 2006 en februari 2006 (bijlage 3). Hieruit volgt dat de uitgaven de ontvangsten overtreffen.

20. De rechtbank heeft geoordeeld dat uit bovengenoemde stukken niet kan worden afgeleid dat de boete de ondergang van het restaurant betekent. Dit oordeel heeft de rechtbank gebaseerd op een onjuiste lezing van de door appellante ingebrachte stukken (rechtsoverweging 2.21). In de eerste plaats is onjuist dat appellante aan de heren een tweetal leningen heeft verstrekt van € 22.500,--. Appellante heeft dit bedrag van de heren geleend, zoals ook blijkt uit de bijgevoegde leningovereenkomsten (bijlagen 4a en 4b). Deze schuld dient zij nog altijd terug te betalen. Deze interpretatie van de jaarstukken is uiteraard van groot belang voor de vraag of appellante in staat is om de boete te betalen. In de tweede plaats is onjuist dat appellante geen inzicht heeft gegeven over het gehele jaar van 2004; appellante is haar onderneming met ingang van 16 april 2004 gestart, zoals blijkt uit het bijgevoegde uittreksel van de Kamer van Koophandel (bijlage 5). Mevrouw heeft dit ook aangegeven in de belastingaangifte en het formulier voor de toevoegingsaanvraag. Derhalve is het niet mogelijk voor appellante gegevens van daarvoor te verstrekken. Tenslotte is onjuist dat uit de stukken niet kan worden afgeleid of appellante nog anderszins inkomsten heeft gegenereerd. Met de overgelegde stukken heeft appellante een volledig inzicht gegeven in haar financiële situatie. Het is niet mogelijk te bewijzen dat zij anderszins geen inkomsten heeft gegenereerd. Wellicht biedt het feit dat appellante voor instellen van hoger beroep (wederom) een toevoeging heeft gekregen (met een eigen bijdrage van € 90,--) enig aanknopingspunt hiervoor (bijlage 6). Dit betekent dat haar inkomen in ieder geval niet hoger is dan € 15.500,-- per jaar. De inkomsten van een belanghebbende worden met ingang van 1 april 2006 door de Raad voor Rechtsbijstand opgevraagd bij de belastingdienst. Hieruit kan worden afgeleid dat zij ook volgens de gegevens bij de belastingdienst geen andere inkomsten heeft die leiden tot een hoger inkomen.
21. Appellante noch verweerder heeft zich tijdens de zitting kunnen uitlaten over de feiten die onjuist zijn weergegeven en waarop het oordeel de rechtbank in rechtsoverweging 2.21 is gebaseerd. In dat geval had appellante eventuele onduidelijkheden kunnen wegnemen. Dit maakt dat de rechtbank het recht op hoor en wederhoor heeft geschonden, alsmede heeft gehandeld in strijd met artikel 8:69 van de Awb. Appellante is hierdoor ernstig in haar belangen geschaad.
22. Strijdigheid met artikel 8:69 van de Awb geldt temeer, nu verweerder de financiële stukken niet inhoudelijk heeft beoordeeld. Verweerder heeft in het bestreden besluit immers aangegeven dat financiële draagkracht in het algemeen geen rol kan spelen bij de vraag of de boete dient te worden gematigd. Ter zitting heeft verweerder dit standpunt gehandhaafd. Het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 2.22 dat 'verweerder in het bestreden besluit uitgebreid is ingegaan op de vraag of de boete gematigd zou moeten worden op basis van de financiële draagkracht van appellante' kan appellante dan ook niet volgen. Ook dit is feitelijk onjuist. De rechtbank treedt met de beoordeling van de stukken in zoverre buiten de omvang van het geschil.
23. De opgelegde boete heeft zeer verstrekken gevolgen voor het bedrijf van appellante en betekent mogelijk zelfs de ondergang van het restaurant. Een boete die meer bedraagt dan de jaar-

winst van het bedrijf is onevenredig hoog. Dit gegeven, in combinatie met de omstandigheden waaronder het feit is begaan, maakt dat de boete dient te worden gematigd.

Bijzondere omstandigheden

24. De rechtbank heeft geoordeeld dat in het kader van artikel 4:84 van de Awb, in tegenstelling tot het kader van de evenredigheid, wél rekening kan worden gehouden met de financiële positie van de overtreder. De rechtbank heeft evenwel geoordeeld dat dit in het geval van appellante niet noopt tot matiging. Hierboven is al uiteengezet dat dit oordeel van de rechtbank gebaseerd is op onjuiste feiten.
25. De opvatting van de Staatssecretaris dat in het geval van appellante niet kan worden afgeweken van de beleidsregels omdat er geen sprake is van 'individuele omstandigheden met een bijzonder karakter' in de zin van artikel 4:84 van de Awb, kan reeds op hetgeen hierboven is uiteengezet geen stand houden. Hierbij wordt overigens opgemerkt dat in de beleidsregels in dit kader aansluiting wordt gezocht bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 5 september 2002, JB 2002/338. Deze uitspraak ziet echter op een beleidslin in het kader van immateriële schade wegens een ziekte als gevolg van blootstelling aan asbestvezels.

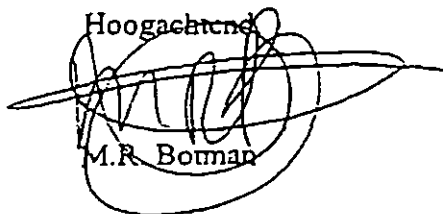
Motivering

26. Tenslotte meent appellante dat de rechtbank ten onrechte heeft nagelaten de gronden in beroep te beoordelen, waarin is aangevoerd dat het bestreden besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen en onvoldoende is gemotiveerd.

Conclusie

27. Op grond van al het voorgaande meent appellante dat de bestreden uitspraak van de rechtbank Haarlem niet in stand kan blijven. Appellante verzoekt uw Afdeling dan ook om de uitspraak te vernietigen en vervolgens zelf in de zaak te voorzien.

Hoogachtend



M.R. Botman