

AB 2016/371**AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE**

8 juli 2015, nr. 201408348/1/V6
 (Mrs. H. Troostwijk, J.J. van Eck, J.Th. Drop)
 m.nt. P.J. van der Woerd en C.M. Saris*

Art. 2 lid 1, 15 lid 1 Wav; art. 5:46 lid 2 Awb

ABkort 2015/257
 ECLI:NL:RVS:2015:2120

Bestuurlijke boete en financiële draagkracht: onder omstandigheden mag de financiële situatie van de moederonderneming worden betrokken bij bepaling van de financiële draagkracht dochteronderneming.

Anders dan de rechtbank ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat in het onderhavige geval de financiële situatie van de moederonderneming kan worden betrokken bij de bepaling van de draagkracht van de dochteronderneming. Daartoe is onder meer redengevend dat uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat de moeder enig aandeelhouder en bestuurder van de dochter is, de moeder geen werkzame personen heeft en dat in dat register bij activiteiten "holding, stamrecht- en pensioen B.V." staat. Onder deze omstandigheden zijn moeder en dochter voor de bepaling van de draagkracht feitelijk als één entiteit te beschouwen. De financiële situatie van de moeder, gezien tezamen met die van de dochter, geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de gezamenlijke draagkracht onvoldoende is om de boete te kunnen dragen.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. appellant 1,
 2. de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
- appellanten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 september 2014 in zaak nr. 13/7204 in het geding tussen:
 appellant 1
 en
 de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 4 juni 2012 heeft de minister appellant 1 een boete opgelegd van € 106.000 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, en artikel 15, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: de Wav).

* advocaten bij Stibbe

Bij besluit van 1 november 2013 heeft de minister het daartegen door appellant 1 gemaakte bezwaar gegrond verklaard, voor zover het de hoogte van de boete betreft, het besluit van 4 juni 2012 in zoverre herroepen en de boete vastgesteld op € 90.000.

Bij uitspraak van 2 september 2014 heeft de rechtbank het daartegen door appellant 1 ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd, het besluit van 4 juni 2012 herroepen, bepaald dat de boete wordt vastgesteld op € 42.750 en bepaald dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak hebben appellant 1 en de minister hoger beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 14 april 2015, waar appellant 1, vertegenwoordigd door gemachtigde, bijgestaan door mr. A. van Driel, advocaat te Alkmaar, en de minister, vertegenwoordigd door mr. R.E. van de Kamp, werkzaam bij het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zijn verschenen. Tevens zijn verschenen persoon A. en persoon B.

Overwegingen

1. Gelet op artikel XXV van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving (Stb. 2012/462) is op dit geding de Wav van toepassing zoals deze wet luidde tot 1 januari 2013.

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

Ingevolge artikel 15, eerste lid, draagt de werkgever die door een vreemdeling arbeid laat verrichten bij een andere werkgever er bij de aanvang van de arbeid door de vreemdeling onverwijld zorg voor dat de werkgever bij wie de arbeid feitelijk wordt verricht een afschrift van het document, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder 1° tot en met 3°, van de Wet op de identificatieplicht (hierna: afschrift van het identiteitsdocument), van de vreemdeling ontvangt.

Ingevolge artikel 1f van het Besluit uitvoering Wav (hierna: het Besluit), zoals dat ten tijde van belang luidde, is het verbod, bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wav, niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling die in Nederland wordt tewerkgesteld als stagiair en rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onder e, van de Vreemdelingenwet 2000, dan wel die beschikt over een vergunning tot verblijf voor studie als

bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, onder n, van het Vreemdelingenbesluit 2000.

Volgens paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels Wav behorende bij het Delegatie- en uitvoeringsbesluit Wav (hierna: de Uitvoeringsregels) kan voor vreemdelingen die arbeid verrichten die noodzakelijk is ter voltooiing van hun opleiding, voor maximaal een jaar een twv worden verleend zonder toepassing van artikel 8, eerste lid, aanhef en onder a, b en d, van de Wav.

2. Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wav om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van de minister. De minister moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, zoals thans neergelegd in artikel 5:46, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav, heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn als zodanig niet onredelijk. Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

In situaties waarin verwijtbaarheid volledig ontbreekt bestaat geen grond voor boeteoplegging. Die situatie doet zich in elk geval voor indien de overtreder aannemelijk heeft gemaakt dat hij al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was heeft gedaan om de overtreding te voorkomen. Een verminderde mate van verwijtbaarheid kan aanleiding geven de opgelegde boete te matigen. In dit verband kan een rol spelen dat uit feiten en handelingen blijkt dat de overtreder de overtreding niet opzettelijk heeft begaan.

3. Het door een arbeidsinspecteur van de Inspectie SZW op ambtsbelofte opgemaakte boeterapport van 21 maart 2012 (hierna: het boeterapport) houdt in dat uit onderzoek is gebleken dat in de periode van augustus 2010 tot

en met februari 2011, elf vreemdelingen van Chinese nationaliteit namens appellant 1 promotiewerkzaamheden hebben verricht voor bedrijf 1, bedrijf 2, bedrijf 3, dan wel bedrijf 4, zonder dat daarvoor twv's waren verleend. Het boeterapport houdt voorts in dat appellant 1 aan geen van deze ondernemingen een afschrift van het identiteitsdocument van de desbetreffende vreemdelingen heeft verzonden.

4. Het betoog van appellant 1 dat de rechtbank ten onrechte niet heeft overwogen dat de gebrekkige redactie van het toenmalige artikel 1f van het Besluit grond oplevert voor nihilstelling, althans voor een extra matiging van de opgelegde boete, wordt niet gevolgd. Daartoe is redengevend dat de rechtbank, onder verwijzing naar de nota van toelichting bij artikel 1f van het Besluit (*Stb.* 2006/521, p.4), gemotiveerd heeft uiteengezet dat en waarom voldoende duidelijk blijkt dat dit artikel geldt voor studenten die een stage in het kader van hun opleiding willen volgen en dat appellant 1 deze overweging in hoger beroep niet gemotiveerd heeft betwist. De klacht van appellant 1 dat de rechtbank in de uitspraak van de Afdeling van 31 maart 2010 in zaken nrs. 200806537/1/V6 en 200806646/1/V6 ten onrechte bevestiging heeft gezien voor dit bestreden oordeel, omdat de Afdeling volgens haar in die uitspraak geen oordeel heeft gegeven over de betekenis van het tweede zinsdeel van artikel 1f van het Besluit, leidt niet tot het ermee beoogde doel. Daartoe is redengevend dat hoewel de Afdeling in voormelde uitspraak niet expliciet op het tweede zinsdeel van dat artikel is ingegaan, de Afdeling uit artikel 1f van het Besluit, mede gelet op voormelde uitspraak, afleidt dat de vrijstelling uitsluitend geldt voor vreemdelingen die als stagiair worden tewerkgesteld.

Gelet hierop faalt ook de stelling van appellant 1 dat eerst met de wijziging van artikel 1f van het Besluit op 12 maart 2014 (*Stb.* 2014/124) duidelijk is geworden hoe het artikel moet worden gelezen. Dat de tekst van dat artikel 1f is verduidelijkt, maakt niet dat de aanvankelijke bepaling gebrekkig was.

5. Appellant 1 betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de arbeidsmarktaantekening, zoals deze op de achterzijde van de aan de vreemdelingen uitgereikte verblijfsdocumenten was afgedrukt, voor appellant 1 richtinggevend had moeten zijn en tot nader onderzoek noopte. Volgens appellant 1 was duidelijk dat de vreemdelingen, gelet op artikel 1f van het Besluit, waren vrijgesteld van het twv-vereiste.

5.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 3 oktober 2007 in zaak nr. 200701639/1) is het de eigen verant-

woordelijkheid van een werkgever in de zin van de Wav, om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of de voorschriften van die wet worden nageleefd.

Gemachtigde, managing director van appellant 1, heeft tijdens de hoorzitting in bezwaar verklaard dat altijd alleen de voorkant van de legitimatiebewijzen van de vreemdelingen werd gecontroleerd. Door na te laten de achterzijde van die documenten te controleren, heeft appellant 1 niet aan de hiervoor genoemde verantwoordelijkheid voldaan. Indien, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, zij de achterkant van de documenten had bekeken, had zij gezien dat voor werkzaamheden door de vreemdelingen een twv was vereist. Ook als appellant 1 van mening was dat artikel 1f van het Besluit op de vreemdelingen van toepassing was, had de tekst op de achterkant van de verblijfsdocumenten van de vreemdelingen voor haar aanleiding moeten vormen nader onderzoek te doen. De gevolgen van het nalaten daarvan, komen voor rekening van appellant 1.

Het betoog faalt.

6. Appellant 1 klaagt voorts dat de rechtbank ten onrechte de boete niet verder heeft gematigd vanwege de onverbindendheid van paragraaf 24 van de Uitvoeringsregels. Volgens appellant 1 is die paragraaf onverbindend, omdat artikel 17 van Richtlijn 2004/114/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 betreffende de voorwaarden voor de toelating van onderdanen van derde landen met het oog op studie, scholierenuitwisseling, onbezoldigde opleiding of vrijwilligerswerk (PB L 375/12; hierna: de Richtlijn) niet op juiste wijze is geïmplementeerd.

6.1. Nu, zoals ook door appellant 1 ter zitting is bevestigd, het antwoord op deze rechtsvraag niet van betekenis is voor beantwoording van de vraag of in dit geval een twv is vereist, gaat de Afdeling aan dit betoog voorbij.

7. Appellant 1 betoogt voorts dat de rechtbank, gelet op hetgeen zij hiervoor onder 4, 5 en 6 heeft aangevoerd, ten onrechte geen aanleiding heeft gezien voor een verdergaande matiging dan met 50% en dat de rechtbank de boete volledig had dienen kwijt te schelden.

Het betoog faalt reeds omdat, zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen, die betogen falen.

8. Appellant 1 betoogt voorts dat de rechtbank ten onrechte geen aanleiding heeft gezien om de boete die is opgelegd voor overtreding van artikel 15, eerste lid, van de Wav te vervangen door een waarschuwing dan wel terug te brengen tot een symbolische boete ter hoogte van de minimaal in het Nederlands strafrecht geldende geldboete. Ter toelichting verwijst appellant 1 naar de brief van de minister aan de Voorzitter

van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 26 mei 2014 betreffende Monitoren van de Fraudedwet en rapportage fraudeaanpak en handhaving (*Kamerstukken II*, 2013/14, 17 050, nr. 474).

8.1. Voor zover uit voormelde brief is af te leiden dat de minister voornemens is om door middel van een wetwijziging de bevoegdheid tot het geven van een waarschuwing in de Wav te introduceren, klaagt appellant 1 tevergeefs dat de minister in deze zaak had moeten volstaan met het geven van een waarschuwing. De door appellant 1 bedoelde wetwijziging is immers nog niet tot stand gebracht. Vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 5 december 2012 in zaak nr. 201204105/1/V6.

9. Appellant 1 betoogt tot slot dat de rechtbank de boete ten onrechte niet met 75% heeft gematigd vanwege haar financiële omstandigheden.

De minister betoogt daarentegen dat de rechtbank in de financiële omstandigheden van appellant 1 ten onrechte aanleiding heeft gezien om de boete met de helft te matigen. Volgens de minister blijkt uit de door appellant 1 in beroep overgelegde stukken dat in 2013 winst is behaald en dat de prognose voor 2014 positief was. Tot slot stelt de minister dat hij bij de bepaling van draagkracht rekening mag houden met de financiële positie van het moederbedrijf. Volgens de minister bestaat in dit geval een economische verbondenheid tussen appellant 1 en het moederbedrijf bedrijf 5 en bestaat een zodanige band tussen appellant 1 en bedrijf 6 dat appellant 1 niet feitelijk autonoom functioneert. Nu bedrijf 6 blijkens openbare gegevens over ruime middelen beschikt, zou een boete van € 90.000 door haar moeten kunnen worden betaald, aldus de minister.

9.1. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 31 oktober 2012 in zaak nr. 201202163/1/V6 is de minister ingevolge het in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel verplicht de opgelegde boete te matigen, indien deze de beboete werkgever, gelet op diens financiële situatie, bezien in het geheel van de zich voordoende omstandigheden, onevenredig treft.

9.2. De rechtbank heeft overwogen dat appellant 1 onevenredig door de boete wordt getroffen. Daarbij heeft zij van belang geacht dat het boetebedrag het 20-voudige bedraagt van het in 2013 behaalde netto resultaat, dat, zelfs indien appellant 1 gebruik zou maken van de aangeboden betalingsregeling, zij maandelijks een bedrag zou moeten betalen dat tweemaal zo hoog is als het in 2013 behaalde netto resultaat en de boete het vijf-voudige is van het eigen vermogen van appellant 1.

De rechtbank heeft voorts overwogen dat de omstandigheid dat appellant 1 voor de Belasting-

dienst als dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormt met de moedermaatschappij, niet maakt dat zij niet onevenredig door de opgelegde boete wordt getroffen. Volgens de rechtbank betekent deze constructie niet dat de moedermaatschappij en de dochtermaatschappij instaan voor elkaars betalingsverplichtingen en geeft het dossier geen aanleiding om te concluderen dat sprake is van een zodanige financiële verstrengeling tussen bedrijf 6 en appellant 1, dat dit om die grond wel zou moeten. Evenmin biedt het dossier aanknopingspunten om aan te nemen dat sprake is van misbruik van de holding-constructie, aldus de rechtbank.

9.3. Anders dan de rechtbank ziet de Afdeling aanleiding voor het oordeel dat in het onderhavige geval de financiële situatie van bedrijf 6 kan worden betrokken bij de bepaling van de draagkracht van appellant 1. Daartoe is redengevend dat uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat bedrijf 6 enig aandeelhouder en bestuurder van appellant 1 is, bedrijf 6 geen werkzame personen heeft en dat in dat register bij activiteiten "holding, stamrecht- en pensioen B.V." staat. Uit de door appellant 1 overgelegde stukken blijkt voorts dat tussen haar en bedrijf 6 een rekening courant verhouding bestaat.

Onder deze omstandigheden zijn appellant 1 en bedrijf 6 voor de bepaling van de draagkracht feitelijk als één entiteit te beschouwen en is het betrekken van de financiële gegevens van bedrijf 6, zoals ook de minister betoogt, geoorloofd.

9.4. De financiële situatie van bedrijf 6, zoals deze blijkt uit de door de minister in beroep overgelegde laatst gepubliceerde jaarrekening van bedrijf 6, bezien tezamen met die van appellant 1, geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de gezamenlijke draagkracht onvoldoende is om de boete te kunnen dragen.

9.5. Het voorgaande betekent dat de rechtbank in de door appellant 1 overgelegde financiële stukken, die slechts betrekking hebben op haar financiële situatie en niet op die van bedrijf 6, ten onrechte aanleiding heeft gezien om de opgelegde boete met 50% te matigen. Het betoog van de minister slaagt en het betoog van appellant 1 faalt.

10. De rechtbank heeft overwogen dat de redelijke termijn, als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, met minder dan zes maanden is overschreden. De rechtbank heeft daarin aanleiding gezien om de aan appellant 1 opgelegde boetes met 5% te verminderen, met een maximum van € 2.500. Tegen deze overweging is in hoger beroep niet opgekomen, zodat bij de beoordeling van het hoger beroep van de juistheid daarvan dient te worden uitgegaan.

11. Het hoger beroep van appellant 1 is ongegrond. Het hoger beroep van de minister is

gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd voor zover de rechtbank de aan appellant 1 opgelegde boete heeft vastgesteld op € 42.750 en heeft bepaald dat de uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de door haar vernietigde besluit. De aangevallen uitspraak dient voor het overige te worden bevestigd. De Afdeling ziet voorts aanleiding om op hierna te melden wijze zelf in de zaak te voorzien en te bepalen dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het door de rechtbank vernietigde besluit.

12. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep van appellant ongegrond;
- II. verklaart het hoger beroep van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gegrond;
- III. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 2 september 2014 in zaak nr. 13/7204 voor zover de rechtbank de aan appellant 1 opgelegde boete heeft vastgesteld op € 42.750 en heeft bepaald dat de uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het door haar vernietigde besluit;
- IV. bepaalt dat het bedrag van de boete voor appellant wordt vastgesteld op € 87.500 (zegge: zeventachtigduizendvijfhonderd euro);
- V. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het door de rechtbank vernietigde besluit van 1 november 2013;
- VI. bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige.

Noot

1. De uitspraak van de Afdeling van 8 juli 2015 verdient alsnog aandacht in dit tijdschrift. Daarin heeft de Afdeling voor zover ons bekend voor het eerst geoordeeld dat onder omstandigheden ook de financiële situatie van de moederonderneming mag worden betrokken bij het bepalen van de financiële draagkracht van de beboete dochteronderneming. Met deze 'gezamenlijke draagkracht' introduceert de Afdeling een nieuw begrip in het kader van de evenredigheidstoets bij bestuurlijke boetes. Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *ABkort* 2015/257.

2. De zaak. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (minister) had aan een (dochter)onderneming die zich bezig houdt met het organiseren van evenementen (in heroverweging) bestuurlijke boetes opgelegd wegens elf

overtredingen van art. 2 en art. 15 Wav. Opvallend genoeg spreken zowel de rechtbank als de Afdeling over één opgelegde boete van in totaal € 90.000. Zie afbeelding 1.



2/3 Uitspraak rechtbank: matiging boetes met 50%, financiële situatie van de moeder niet betrekken bij draagkracht dochter

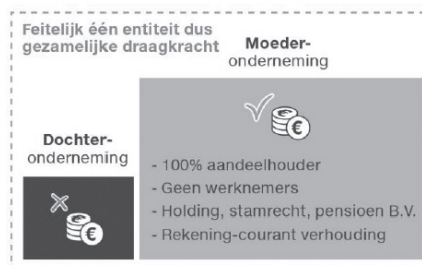


3. De dochteronderneming gaat tegen deze boetes in beroep en betoogt (onder meer) dat betaling van het volledige boetebedrag zal leiden tot haar faillissement. De hoogte van de boetes zou in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel. De minister is echter van mening dat de dochteronderneming niet failliet zal gaan, omdat de moeder en tevens 100% aandeelhouder, in de uitspraak van de rechtbank aangeduid als “firma 4”, volgens de minister kapitaalkrachtig genoeg is om, indien dat nodig zou zijn, de liquiditeit van de dochteronderneming te versterken. Volgens de minister zijn de boetes daarom niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

4. De rechtbank volgt dit betoog van de minister niet (Rb. Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5930) en matigt de boetes met 50%. Op basis van de door de dochteronderneming overgelegde financiële gegevens is haar draagkracht te beperkt en zijn de boetes volgens de rechtbank onevenredig. Dat de dochteronderneming voor de belastingdienst weliswaar een fiscale eenheid vormt met de moederonderneming maakt dat volgens de rechtbank niet anders. Een dergelijke constructie betekent niet dat moeder- en dochteronderneming ook instaan voor elkaars betalingsverplichtingen. Ook ziet de rechtbank in het dossier geen aanleiding om te concluderen dat sprake is van een zodanige financiële verstrengeling op grond waarvan dit wel zou moeten. Tot slot ziet de rechtbank geen aanknopingspunten om aan te nemen dat misbruik was gemaakt van de holdingconstructie. Onder deze omstandigheden hoefde de moederonderneming naar het oordeel van de rechtbank niet in te staan voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde boetes. De financiële situatie van de moederonderneming speelde naar het oordeel van de rechtbank daarom geen rol bij het bepalen van de financiële draagkracht van de beboete dochteronderneming. Zie afbeelding 2.

5. De Afdeling ziet wel aanleiding om de financiële situatie van de moederonderneming, (in haar uitspraak aangeduid als “bedrijf 6”), te betrekken bij het bepalen van de financiële draagkracht van de dochteronderneming. Daartoe acht de Afdeling redengevend dat (i) uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel blijkt dat het moederbedrijf enig aandeelhouder en bestuurder is van de dochteronderneming, (ii) het moederbedrijf zelf geen werkzame personen in dienst heeft, (iii) dat de activiteiten van het moederbedrijf in het Handelsregister slechts zijn omschreven als “holding, stamrecht- en pensioen B.V.” en (iv) dat er tussen de moeder- en dochteronderneming een rekening-courant verhouding bestaat. Onder deze omstandigheden is de Afdeling van oordeel dat beide bedrijven feitelijk als één entiteit zijn te beschouwen, zodat voor de vraag of de boetes al dan niet kunnen worden betaald, de gezamenlijke draagkracht van moeder én dochter daarvoor bepalend is. Omdat uit de jaarrekening van de moeder en dochter gezamenlijk geen financiële nood situatie blijkt, draait de Afdeling de matiging van de rechtbank terug. Zie afbeelding 3.

3/3 Uitspraak Afdeling: boetes dochter blijven in stand



6. Het criterium 'gezamenlijke draagkracht', moet dus los worden gezien van de vraag of de overtreding waarvoor aan de dochteronderneming boetes zijn opgelegd, kan worden toegerekend aan de moederonderneming. De door de Afdeling ontwikkelde criteria ter bepaling van de vraag of sprake is van één entiteit zijn daarvoor geschikt. Interessant zal nog zijn om te zien hoe de conclusie uitpakt als slechts aan één of twee van de genoemde omstandigheden zou zijn voldaan. Met andere woorden het is de vraag of de criteria al dan niet cumulatief zijn. De enkele invloed van een moederbedrijf als (enig) aandeelhouder en bestuurder op een dochterbedrijf of een tussen beide bedrijven bestaande rekening-courant verhouding maakt immers niet zonder meer dat deze bedrijven (naar buiten toe) feitelijk als één bedrijf kunnen worden aangemerkt. Gezamenlijke draagkracht zal naar ons idee dan ook met name aan de orde zijn bij vennootschapsconstructies die bestaan uit één of meerdere werkmaatschappijen die beschikken over de contracten, de gronden, de installaties, de gebouwen en het personeel en een holdingmaatschappij die slechts het vermogen beheert. Dergelijke constructies zijn veelal gedreven door fiscale voordelen en bescherming tegen mogelijke aansprakelijkheid, terwijl feitelijk sprake is van hetzelfde bedrijf.

7. Voor zover ons bekend heeft de Afdeling met het criterium 'gezamenlijke draagkracht' een nieuw begrip geïntroduceerd bij de evenredigheid van boetes. Ons is één uitspraak van het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) bekend waaruit kan worden afgeleid dat het bij de beoordeling van de financiële draagkracht van de beboete onderneming onder omstandigheden rekening houdt met de financiële situatie van de (gehele) vennootschapsstructuur. Wij doelen hierbij op de uitspraak van 24 november 2014 naar aanleiding van een door de AFM opgelegde bestuurlijke boete op grond van de Wft (ECLI:NL:CBB:2014:446, JOR 2015/12 m.nt. C.W.M. Lieverse). Het CBB overwoog in die zaak enkel dat uit de stukken van appellante niet bleek dat: "zij en de met haar verbonden vennootschappen thans de opgelegde boete financieel niet kunnen dragen". Omdat dit oordeel niet verder is onderbouwd, blijft het gissen of het CBB daarmee bedoelt dat feitelijk ook sprake was van één entiteit.

8. De onderhavige uitspraak doet nog twee vragen rijzen. De eerste vraag die wij ons stellen is of de uitkomst in deze zaak anders zou zijn geweest als er tussen de moeder- en dochteronderneming een contractuele afspraak was gemaakt dat de moeder direct noch indirect zal bijdragen aan de betaling van aan de dochteronderneming

opgelegde boetes. Hierbij plaatsen wij alvast de kanttekening dat de rechter mogelijk door zo'n constructie zal heen prikken. Helemaal in de situatie dat sprake is van misbruik en de dochter slechts als stroman fungeert. In de tweede plaats werpen wij de vraag op of het bevoegd gezag op basis van deze uitspraak het boetebedrag ook kan invorderen bij de moederonderneming als die (deels) onbetaald blijft. Wij gaan ervan uit dat er geen grondslag is om het onbetaalde boetebedrag in te vorderen bij de moeder. Omdat de boetes zijn opgelegd aan de dochter, is zij de schuldenaar. De moeder is niet de (mede)overtreder en is daarmee niet aan te merken als schuldenaar, waardoor invordering bij haar uitgesloten lijkt. P.J. van der Woerd en C.M. Saris

AB 2016/372

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

31 maart 2016, nr. 14/7199 MAW

(Mrs. J.J.A. Kooijman, K.J. Kraan, M.C.D. Embregts)
m.nt. A.M.L. Jansen

Art. 8:60 lid 1 Awb

ABkort 2016/158

TAR 2016/94

ECLI:NL:CRVB:2016:1215

Vaststelling brief als ambtsbericht. De minister heeft, gelet op de verweten gedragingen en hetgeen betrokkene daarover heeft verklaard, in redelijkheid tot het vaststellen van een ambtsbericht kunnen overgaan. Niet onderbouwd waarom getuige had moeten worden opgeroepen. Geen aanleiding om getuige op te roepen om te worden gehoord nu dit redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak.

De minister heeft, gelet op de aan appellant verweten gedragingen en hetgeen hij daarover heeft verklaard, in redelijkheid tot het vaststellen van een ambtsbericht kunnen overgaan.

Appellant heeft voorts betoogd dat de rechtbank ten onrechte functie medewerker S. niet als getuige heeft opgeroepen. Deze beroepsgrond slaagt evenmin. Het gaat hier om een processuele bevoegdheid van de rechtbank ingevolge art. 8:60, lid 1, Awb. Appellant heeft, ondanks het verzoek daartoe, nagelaten te onderbouwen waarom S. als getuige moest worden opgeroepen. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de rechtbank niet in redelijkheid heeft mogen afzien van het oproepen van deze getuige. De Raad tekent daarbij aan dat appellant S. ook zelf had kunnen oproepen of meebrengen