

RECHTSPRAAK

## X Bouw/Y Complete Afbouw

***Vrijwaring voor WAV-boetes in aanneemovereenkomsten is – behoudens bijzondere omstandigheden – nietig want in strijd met de openbare orde.***

X was de hoofdaannemer van een in 2012 gerealiseerd nieuwbouwproject, het GGZ-gebouw. De stichting Pro Persona GGZ was ten behoeve van dit project de opdrachtgever van X. Voor de uitvoering van dit nieuwbouwproject heeft X Y als onderaannemer ingeschakeld met betrekking tot het leveren en aanbrengen van systeemplafonds, het uitvoeren van stukadoorwerken en het uitvoeren van schilderwerken bij het project. In de daartoe gesloten overeenkomst, alsmede de algemene voorwaarden en de bestekvoorwaarden is bepaald dat de opdrachtnemer(s) zich aan de WAV dienen te houden en eventuele boetes op de onderaannemer kunnen worden verhaald. Nadat in maart 2012 de Arbeidsinspectie op de bouwplaats een controle heeft uitgevoerd zijn aan Pro Persona GGZ, X en Y boetes opgelegd, wegens overtreding van de WAV (16 vreemdelingen). De centrale vraag in deze procedure is of X de opgelegde boetes aan X en Pro Persona GGZ mag afwentelen op Y. Volgens de rechtbank ontbreekt hier een causaal verband, omdat de boetes zijn opgelegd aan X en Pro Persona GGZ wegens het schenden van hun eigen onderzoeksplicht. X stelt zich op het standpunt dat uit het bestek volgt dat er een contractuele verplichting is de boetes te betalen door Y.

Het hof oordeelt als volgt. Naar het oordeel van hof heeft het eventueel tekortschieten door Y voor de vordering tot nakoming geen betekenis, immers zo'n vordering (in dit geval instaan voor de opgelegde boetes) kan toewijsbaar zijn ongeacht of Y toerekenbaar tekort is geschoten in haar eigen verplichting zorg te dragen voor een tewerkstellingsvergunning. Overigens geldt mogelijk wel het omgekeerde: het eigen tekortschieten door X kan aan toewijzing van de vordering tot nakoming in de weg staan. Het hof gaat dan ook voorbij aan de verweren van Y die zijn gegrond op haar betwisting van het hiervoor bedoelde tekortschieten. Het hof gaat ook voorbij aan de stellingen van Y ten aanzien van het – ook door de rechtbank vastgestelde – ontbreken van causaal verband tussen de eventuele tekortkomingen van Y en de door X geleden schade.

Het hof neemt verder in overweging dat de onderhavige kwestie in zoverre specifiek van aard is dat uit de in de artikel 1 en 2 van de WAV neergelegde regelgeving voortvloeit dat zowel de opdrachtgever (Pro Persona GGZ), de aannemer (X) als de onderaannemer (Y) elk voor zich is aan te merken als werkgever en dus ook ieder voor zich gehandeld heeft in strijd met de WAV en ook alle drie eigen boetes opgelegd hebben gekregen. In de onderhavige zaak wil X de aan

haar en aan Pro Persona GGZ opgelegde boetes voor hun eigen handelen in strijd met de WAV verhalen op Y, die dus ook al een boete opgelegd heeft gekregen. Deze situatie verschilt van die waarbij een werkgever als kentekenhouder (dus niet als degene die zelf de verkeersovertreding heeft begaan) een verkeersboete opgelegd krijgt voor een verkeersovertreding door een werknemer begaan tijdens de uitoefening van de werkzaamheden. In dat geval kan de werkgever in beginsel (dus behoudens bijzondere omstandigheden) de boete afwentelen op de werknemer, HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8791 en *NJ* 2009/302. In deze situatie spelen overigens wettelijke bepalingen van arbeidsrecht een rol. Uit dit arrest kan mogelijk wel worden afgeleid dat de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat de wetsovertreder in beginsel zelf de opgelegde boete dient te dragen en dat alleen het bestaan van een arbeidsrechtelijke verhouding tussen partijen onvoldoende is voor het verleggen van de draagplicht. Dat het vermogen van X (tweemaal € 88.000 aan boetes) als gevolg van het betalen van de haar opgelegde boetes en van het (vrijwillig) vrijwaren van Pro Persona GGZ verminderd is neemt evenwel niet weg dat het hier gaat om een heel specifieke vorm van schade. Voor een bestuursrechtelijke boete geldt immers dat de wetgever daarmee beoogt dat de wetsovertreder die ook zelf in zijn eigen vermogen zal voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen overtrekking meer te begaan. Aan deze strekking zou op onaanvaardbare wijze afbreuk kunnen worden gedaan, en het boetestelsel zou op onaanvaardbare wijze worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als verhaal van die 'schade' mogelijk zou zijn. Vorenstaande brengt het hof ertoe om – ambtshalve – in overweging te nemen of de tussen partijen geldende contractuele bepalingen, voor zover die zien op het verhaal van een hier bedoelde opgelegde boete (dus een boete vanwege haar eigen schending van de norm door X en Pro Persona GGZ), al dan niet nietig zijn wegens strijd met de openbare orde, artikel 3:40 BW. Het hof wijst erop dat een beding dat ertoe strekt dat in strijd met de wet wordt gehandeld (hier: in strijd met de strekking van de wet de boete niet wordt gedragen door degene aan wie die boete is opgelegd) nietig kan zijn, vgl. HR 21 april 1995, *NJ* 1997/570. Als de bepalingen waarvan X nakoming verlangt, in zoverre nietig zijn, en de boete niet verhaald kan worden, zal dit oordeel in beginsel meebrengen dat de advocaatkosten die gemoeid zijn geweest met de bestrijding van die boete, als onlosmakelijk verbonden met die boete, evenmin verhaalbaar zijn. Het hof gaat er hierbij niet aan voorbij dat onder bijzondere omstandigheden verhaal wel mogelijk zou kunnen zijn. Van bijzondere omstandigheden is het hof voorshands niet gebleken. Het hof zal partijen in de gelegenheid stellen onderbouwd standpunt in te nemen met betrekking tot de genoemde nietigheid en daartoe de zaak verwijzen naar de rol voor het nemen van aktes. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 16-12-2014

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2014:5353

**Zaaknummer:** HD 200.145.148/01

**Rechters:** C.M. Aarts, W.H.B. den Hartog Jager en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

**Advocaten:** G.H. Hermanides en B. Martens

**Wetsartikelen:** Wet arbeid vreemdelingen, 6:74 BW en 3:40 BW