

RECHTSPRAAK

X Groenonderhoud en Bedrijfsdiensten B.V./hoofdaannemer Y

Verhaal WAV-boete krachtens contractueel beding op andere ketenpartners is niet nietig. Referte aan conclusie A-G inzake prejudiciële vraag Hoge Raad.

Partijen hebben op 17 april 2014 een overeenkomst van onderaanneming (hierna: de aannemingsovereenkomst) gesloten waarbij X Groenonderhoud en bedrijfsdiensten zich als onderaannemer jegens hoofdaannemer heeft verbonden tot het verrichten van hovenierswerkzaamheden (groenonderhoud) te Y. De gemeente Maastricht was opdrachtgever van hoofdaannemer. In deze overeenkomst is bepaald dat eventuele boetes opgelegd aan de hoofdaannemer zullen worden verhaald op de onderaannemer. Tijdens een inspectie op 21 mei 2014 heeft de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SZW) onder meer geconstateerd dat twee personen die als vreemdeling in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV) dienden te worden aangemerkt, de hovenierswerkzaamheden verrichtten, zonder dat voor die werkzaamheden een tewerkstellingsvergunning was afgegeven. De personen waren voor het verrichten van het werk feitelijk ingeschakeld door X Groenonderhoud en bedrijfsdiensten. De gemeente, de hoofdaannemer en X hebben een boete ontvangen van € 33.000. De hoofdaannemer heeft deze boete verhaald op de onderaannemer (door facturen niet te betalen). X vordert thans betaling van openstaande facturen.

Het hof oordeelt als volgt. De vraag die hier aan de orde is, namelijk of een contractuele bepaling die verhaal mogelijk maakt op een medecontractant van een bestuursrechtelijk opgelegde boete krachtens de WAV vanwege eigen overtredingen van die wet, nietig is wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW, is door dit hof bij tussenarrest van 21 april 2015 in een andere procedure (ECLI:NL:GHSHE:2015:2432) als een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad ter beantwoording voorgelegd (zaaknummer HR 15/02931). In het kader hiervan heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad, mr. F.F. Langemeijer, op 27 oktober 2015 een conclusie uitgebracht, aan welke conclusie de advocaat van hoofdaannemer tijdens het pleidooi heeft gerefereerd. Zoals in de genoemde conclusie is vermeld, verbiedt de WAV op zichzelf het sluiten van een overeenkomst op grond waarvan opgelegde bestuurlijke boetes voor eigen overtredingen kunnen worden verhaald op de onderaannemer niet, zodat zo'n beding als zodanig niet in strijd is met de wet. Met de WAV is met name beoogd om verdringing van het legaal aanbod van arbeidskrachten, de uitbuiting

van illegaal tewerkgestelde arbeidskrachten en concurrentievervalsing door het genieten van financieel voordeel door inschakeling van illegaal geworven personeel tegen te gaan. Deze doelstellingen worden niet geschaad wanneer, via een verhaalsbeding als hier aan de orde, het financiële nadeel daadwerkelijk wordt gedragen door de partij die feitelijk de vreemdeling heeft ingeschakeld voor het verrichten van de arbeid. Op zichzelf is het juist dat door een beding als het onderhavige de financiële prikkel voor de partij die verhaal zoekt wordt weggenomen om zich actief in te spannen en na te gaan welke personen feitelijk te werk zijn gesteld en of voor hen de benodigde tewerkstellingsvergunning is verleend. Dat brengt evenwel nog niet mee dat zo'n beding in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Dit kan onder omstandigheden anders zijn, bijvoorbeeld indien de partij die verhaal zoekt een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning te werk zijn gesteld. Dergelijke omstandigheden zijn evenwel niet gesteld en zijn het hof ook niet gebleken. Zoals hiervoor is vastgesteld, zijn de personen feitelijk tewerkgesteld door X Groenonderhoud en bedrijfsdiensten. Daarnaast heeft X Groenonderhoud en bedrijfsdiensten geen identiteitsbewijzen van de personen aan hoofdaannemer overhandigd waardoor hoofdaannemer niet op de hoogte was van de tewerkstelling van de personen. Hoofdaannemer kan daarom geen ernstig verwijt worden gemaakt van de overtredingen in verband waarmee haar een boete is opgelegd. Het hof acht het bepaalde in artikel 23 van de aannemingsovereenkomst voor zover daarmee verhaal mogelijk wordt gemaakt voor de aan hoofdaannemer opgelegde boetes wegens overtredingen van de WAV voorshands niet in strijd met artikel 3:40 BW. Gelet op het voorgaande moet er naar het voorlopig oordeel van het hof van worden uitgegaan dat hoofdaannemer de boetes die haar zijn opgelegd, vermeerderd met de in artikel 23 van de aannemingsovereenkomst genoemde verhoging, op grond van het bepaalde in dit artikel kan verhalen op X Groenonderhoud en bedrijfsdiensten en dat zij haar vordering kan verrekenen met de openstaande facturen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 24-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4757

Zaaknummer: HD 200.169.155/01

Rechters: L.W. Louwerse, E.K. van Veldhuijzen Zanten en Th. Groenewald

Advocaten: A.M.A.M.H. Verberne, M.C.J. Schoenmakers en M.A. Poelman

Wetsartikelen: 3:40 BW