

RECHTSPRAAK

X/Y***Verhaalsbeding van WAV-boetes niet nietig, tenzij opzet of grove schuld.***

(Cassatieberoep van AR 2015-1188 en AR 2015-0390.) 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. Het Hof Den Bosch heeft hiertoe een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld die door de A-G is geherformuleerd tot: 'Welke gezichtspunten behoren in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling of een bepaling in een overeenkomst van aanneming van werk waarvan nakoming wordt gevorderd - voor zover deze bepaling betrekking heeft op de mogelijkheid van verhaal op een medecontractant van een bestuursrechtelijke boete, krachtens de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) vanwege schending van een of meer bepalingen van die wet opgelegd aan de eisende partij of aan een andere partij voor wier gedragingen de tot verhaal aangesproken wederpartij niet verantwoordelijk is - nietig is wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW?'

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De WAV bevat niet een verbod tot het overeenkomen van een verhaalsbeding als hiervoor bedoeld, noch een verbod om een krachtens de WAV opgelegde bestuurlijke boete op een ander te verhalen. Dat past in het stelsel van de WAV, welke wet (vrijwel) uitsluitend publiekrechtelijke voorschriften bevat die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd, en - behoudens artikel 23 Wav, dat de illegaal tewerkgestelde vreemdeling een sterkere positie geeft met betrekking tot zijn loonvordering - niet de contractuele rechtsverhouding van werkgevers onderling of met derden regelt. Beoordeeld moet dan worden of het verhaalsbeding door zijn inhoud of strekking zodanig in strijd komt met het doel of de strekking van de WAV en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van het opleggen van bestuurlijke boeten, dat het beding als strijdig met de openbare orde of goede zeden nietig is. In het onderhavige geval komt met name de

eventuele strijd met de openbare orde als nietigheidsgrond in aanmerking. In dit verband is onder meer van belang dat bij de invoering van de bestuursrechtelijke handhaving door middel van bestuurlijke boeten in de WAV, door de regering is opgemerkt dat de bestuurlijke boete als punitieve sanctie alleen wordt toegepast 'bij regels met een geringe normatieve lading'. De regering was van mening dat de WAV zich uitstekend leent voor het toepassen van dit bestuursrechtelijke instrument, aangezien het behalen van economisch voordeel voor veel werkgevers een reden is om vreemdelingen illegaal te werk te stellen, en financiële sanctionering direct na constatering van de overtreding een adequate overheidsreactie is die een sterker ontmoedigend effect heeft dan een strafrechtelijk vervolgingsbeleid. Er is voor gekozen overtreding van de WAV niet tevens strafrechtelijk te sanctioneren. Voor zover overtreding van de WAV zou samengaan met ingrijpender overtredingen van andersoortige wetgeving (zoals het op grote schaal ontduiken van de belastingplicht, valsheid in geschrifte, fraude met identiteitsbewijzen, of zelfs mensensmokkel en mensenhandel), maakt dat de overtreding van de WAV op zich niet ernstiger, en blijft het strafrecht van toepassing op de andere strafbare feiten, die afzonderlijk kunnen worden vervolgd. (Zie voor het voorgaande *Kamerstukken II 2003/04, 29523, 3, p. 4-5*, en *Kamerstukken II 2011/12, 33207, 3, p. 18-19*). De hoogte van de boete is dan ook niet afhankelijk van de vraag of sprake is van samenloop met andere overtredingen (*Kamerstukken II 2003/04, 29523, 6, p. 8*). De omstandigheid dat een beboete werkgever het bedrag van de boete op een ander kan verhalen, brengt mee dat deze werkgever uiteindelijk geen nadeel in zijn vermogen ondervindt ter zake van de door hemzelf begane overtreding van artikel 2 lid 1 WAV. In zoverre wordt daardoor afbreuk gedaan aan de beoogde afschrikwekkende werking van de boete en daarmee tevens aan het handhaven van de doelstellingen van de WAV. Daartegenover kan echter op het volgende worden gewezen. In de eerste plaats verzetten doel en strekking van de WAV zich niet ertegen dat een werkgever de zorg voor de nakoming van zijn uit artikel 2 lid 1 WAV voortvloeiende verplichtingen (zoals het zorgdragen voor het verkrijgen van de benodigde vergunningen en de controle daarop) opdraagt aan een derde. Indien die derde daarin tekortschiet en de werkgever een boete op grond van de WAV opgelegd krijgt (omdat hij niet voldoende toezicht heeft gehouden op een juiste gang van zaken), valt niet in te zien waarom de werkgever het bedrag van die boete niet (in beginsel) bij wijze van schadevergoeding wegens wanprestatie zou mogen verhalen op de derde. Daarmee worden de doelstellingen van de WAV en de bestuursrechtelijke handhaving daarvan niet ondergraven, nu op grond van de WAV de desbetreffende werkgever zelf verantwoordelijk blijft voor de naleving van de uit die wet voortvloeiende verplichtingen en hem bij overtreding van die wet een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Weliswaar kan hij trachten het bedrag van die boete te verhalen op zijn contractuele wederpartij, maar het risico van insolventie van die partij blijft op hem rusten. Hetzelfde geldt indien de overtreding van artikel 2 lid 1 WAV is bewerkt doordat een bij de werkgever werkzame leidinggevende opzettelijk en in strijd met de instructies van de directie, zonder vergunning vreemdelingen arbeid heeft laten verrichten. Ook dan valt niet in te zien dat de werkgever het bedrag van de hem opgelegde boete niet op die leidinggevende zou kunnen verhalen (binnen de grenzen die krachtens de arbeidsovereenkomst gelden).

In beide gevallen vindt het verhaal zijn grondslag in een contractuele rechtsverhouding (van

opdracht, resp. arbeidsovereenkomst) met de derde. Ten slotte is van belang dat bij herhaalde overtreding van de WAV door een werkgever, onder de in artikel 17b WAV vervatte voorwaarden, stillegging van bepaalde werkzaamheden voor een bepaalde periode bevolen kan worden. Dit laatste brengt mee dat, ook indien een werkgever de boete voor zijn eigen overtreding van artikel 2 lid 1 WAV kan verhalen op de volgende schakel in de keten, in ieder geval in zoverre een sterke prikkel voor hem blijft bestaan om ook zelf te (blijven) toezien op de naleving van de WAV. Gelet op al het hiervoor overwogene moet geoordeeld worden dat het verhaalsbeding waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft - ook al kan het ten gevolge hebben dat de boete uiteindelijk niet wordt gedragen door degene aan wie deze wegens een eigen overtreding is opgelegd - niet in strijd komt met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard, en derhalve niet in strijd is met de openbare orde.

Ten overvloede merkt de Hoge Raad op dat het voorgaande anders kan liggen indien de partij die zich op het verhaalsbeding beroept zelf een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Artikel 6:248 lid 2 BW biedt dan uitkomst. Voor zover echter bij het aangaan van het verhaalsbeding de bedoeling bij partijen heeft voorgezeten om het incasseren van boeten door het bestuursorgaan op de zojuist bedoelde wijze (of op andere wijze) te frustreren, of voor zover het beding inhoudt dat de partij op wie verhaal wordt gezocht de verhaal zoekende partij moet vrijwaren voor boeten die aan de verhaal zoekende partij opgelegd zijn wegens het door haar met opzet of grove schuld niet naleven van de verplichtingen ingevolge de WAV, kan dat meebrengen dat het beding nietig wordt geoordeeld op grond van een met de openbare orde of goede zeden strijdige inhoud of strekking van het beding.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 11-12-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3568

Zaaknummer: 15/02931

Rechters: E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, A.H.T. Heisterkamp en M.V. Polak

Advocaten: R.P.J.L. Tjittes, J.W. de Jong en M.A.J.G. Janssen

Wetsartikelen: 3:40 BW en 2 WAV