

# Doorleggen Wav-boete

Op 11 december 2015 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen in een kwestie die hem door het gerechtshof 's-Hertogenbosch via een zogenaamde prejudiciële procedure was voorgelegd (ECLI:NI:HR:2015:3568). Deze prejudiciële procedure bestaat sinds een drietal jaren en biedt rechtbanken en gerechtshoven de mogelijkheid om de Hoge Raad direct één of meer vragen voor te leggen zonder dat eerst de reguliere procedures behoeven te worden doorlopen.

Tekst: Bard van Veen

De door het Gerechtshof gestelde vraag had betrekking op een contractueel beding, op grond waarvan het mogelijk was om een krachtens de Wet arbeid vreemdelingen ('Wav') opgelegde boete door te leggen. Overigens bevatten in deze casus zowel de overeenkomst zelf, als de toepasselijke algemene voorwaarden en het bestek vergelijkbare bepalingen. Beargumenteerd werd dat dergelijke bepalingen niet zijn toegestaan, omdat die in strijd zouden zijn met (bestuursrechtelijke) wetgeving, de openbare orde of de goede zeden. Verder speelt de vraag met welke omstandigheden rekening moet worden gehouden bij het beantwoorden van de vraag of een beding toelaatbaar is of niet.

### Ruim werkgeverschap

De Hoge Raad stond eerst stil bij de Wav zelf. Het doel van de Wav is om illegale tewerkstelling te bestrijden via een bestuurrechtelijk en zelfs strafrechtelijk handhavingstraject. Op grond van de Wav is een werkgever boete plichtig als hij arbeid voor een vreemdeling laat verrichten zonder dat daarvoor de vereiste vergunning aanwezig is. De werkgever heeft bewust gekozen voor een ruim werkgeverschap. Daarmee kunnen meerdere werkgevers naast elkaar bestaandijk beboet worden ter zake van de illegale arbeid van één enkele vreemdeling, van belang is dus te beseffen dat een werkgever in de zin van de Wav ook een partij is die zelf niet feitelijk de vreemdeling tewerk stelt. Op deze manier moet worden voorkomen dat via sluwwegen en ingewikkelde constructies de vergunningplicht wordt ontduken. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt onder ontduiking verstaan het geheel trajecten te ontgaan van de boete.

### Contractueel beding

Verder komt de Hoge Raad tot de conclusie dat de Wav zelf geen verbod bevat tot het overeenkomen van een contractueel beding als hier aan de orde is, noch een verbod om de bestuurlijke boete op een ander te verhalen. Ook oordeelt de Hoge Raad dat het beding in kwestie op zich er wel toe leidt dat een werkgever zijn nadeel bij een ander kan wegleggen. Op die manier wordt afbreuk gedaan aan de beoogde afschrikwekkende werking van de boete.

De Hoge Raad plaatst daar echter tegenover dat een werkgever die de zorg voor de nakoming van zijn uit de Wav voortvloeiende verplichtingen aan een derde opdraagt, die derde moet kunnen aanspreken als die verplichting niet of niet correct wordt aangekomen. In dat geval wordt de boete beschouwd als schade die de opdrachtgever lijdt ten gevolge van de wanprestatie van de derde. Verder acht de Hoge Raad van belang dat het enkele beding dat het doorleggen van een boete mogelijk maakt niet geheel risicoloos is, omdat



het insolventierisico van de derde bij de opdrachtgever blijft. Het voorgaande is volgens de Hoge Raad één op één toepasbaar in de keten van opdrachtgever - hoofdaannemer - onderaannemer, et cetera. Juist ook in die situatie is het mogelijk en toelaatbaar dat de 'hoogste' werkgever - de opdrachtgever vaak - die ver weg staat van de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden, in de regel zelf niet degene is die de inschakeling van de arbeidskrachten verzorgt, zijn hoofdaannemer verplicht om de Wav na te leven.

Verder stelt de Hoge Raad vast dat een contractueel beding als het onderhavige er uiteindelijk niet ertoe leidt dat geen boete wordt opgelegd, cq wordt gedragen door een overtreder, de verplichting tot betaling blijft bij de doorleggende werkgever, die deze boete echter op de derde kan verhalen. In zoverre is er dus evenmin sprake van het ontlopen van de boete. Tot slot acht de Hoge Raad een belangrijke omstandigheid dat op grond van de Wav voor een bepaalde periode stillegging van de werkzaamheden kan worden bevolen. Deze mogelijkheid vormt voor een werkgever die de boete wil doorleggen een belangrijke financiële prikkel om zelf te blijven toezien op de correcte naleving van de Wav.

### Conclusies

Het antwoord van de Hoge Raad op de hem gestelde vraag heeft specifiek op het contractueel beding in kwestie betrekking. Toch is dit contractueel beding zodanig algemeen geformuleerd cq zodanig veelvuldig in vergelijkbare versten in contracten opgenomen, dat ik van mening ben dat het oordeel van de Hoge Raad fenelijk voor elke bepaling geldt. Namelijk de bepaling waarin een opdrachtgever aan zijn contractuele wederpartij de verplichting tot naleving van de Wav oplegt en daaraan de consequenties verbindt dat bij het niet naleven de aan de opdrachtgever

opgelegde Wav-boete wordt doorgelegd. De Hoge Raad sluit af met een overweging ten overvloede, waarin hij aangeeft wat voor soort bepaling zijns inziens zeer waarschijnlijk niet doot de beugel kan. Het betreft bedingen die erop zien dat het incasseren van boetes door het bestuursorgaan wordt gefaciliteerd of bedingen die erop neerkomen dat een contractuele wederpartij ook gehouden is om een boete te dragen in het geval sprake is van opzet of grove schuld van de partij die doorlegt, ter zake de nakoming door die partij van de verplichtingen ingevolge de Wav. Ik wijs overigens op een belangrijk vershil met de op 1 juli 2015 in werking getreden Wet aanpak schijnconstructies (Was). In deze wet is wel undrukkelijk bepaald dat het niet mogelijk is om boetes die krachtens de Was worden opgelegd, contractueel door te leggen.

R.H. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel.: (070) 304 55 40. E-mail: b.vanveen@advn.nl. www.severijnhulshof.nl

Voor vragen over dit artikel of een cursus IJAV, IJAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.