

# Afwentelen boetes Wet arbeid vreemdelingen op opdrachtgevers mogelijk uitgesloten

De opdrachtgever, aannemer en onderaannemer krijgen krachtens de Wet arbeid vreemdelingen een boete opgelegd wegens ontbreken van tewerkstellingsvergunningen. Kan de aannemer de opgelegde boetes aan de opdrachtgever en aan haarzelf verhalen op de onderaannemer op grond van een daartoe strekkend beding in de overeenkomst? Of is zo'n beding nietig wegens strijd met de openbare orde? Daarover oordeelt Hof Den Bosch in een recente uitspraak.

Lenneart de Jong  
AKD advocaten  
& notarissen

Op grond van twee arresten van Hof Den Bosch wordt het afwentelen van boetes op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) op (onder)aannemers of andere opdrachtgevers mogelijk uitgesloten.

## Tewerkstellingsvergunning

Als een werkgever werknemers wil inzetten die van buiten de Europese Unie komen, dan moet hij daarvoor een vergunning aanvragen op basis van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Dit wordt een tewerkstellingsvergunning genoemd (twv). Stelt de werkgever de buitenlandse werknemer zonder een twv te werk, dan is dat niet zonder gevolgen. Hij kan dan gesanctioneerd worden met een bestuurlijke boete ter hoogte van 12.000 euro per illegaal tewerkgesteld de werknemer.

## Werkgeversbegrip

Op grond van de Wav heeft elke 'werkgever' de verplichting om na te gaan of de werknemers voor wie een twv vereist is, ook daadwerkelijk werkzaam zijn op basis van een twv. Aan iedere werkgever kan vervolgens een boete worden opgelegd wanneer dat niet het geval blijkt.

Het begrip 'werkgever' wordt daarbij door de wetgever zeer breed uitgelegd. Met het begrip 'werkgever' wordt niet alleen de directe werkgever bedoeld (de werkgever die de 'illegale' werknemer heeft ingehuurd), maar ook de partijen die deze werkgever hebben ingehuurd. Het betreft een zogenoemde 'ketenaansprakelijkheid'. Dit betekent dat alle afzonderlijke partijen in de keten een Wav-boete opgelegd krijgen als blijkt dat een werknemer onterecht zonder twv werkzaam is. Wat betekent dit in een concreet geval?

## Voorbeeld bouwproject

Als voorbeeld is een gemiddeld bouwproject te nemen. Bij de bouw van een appartementencomplex geeft de projectontwikkelaar een opdracht aan een hoofdaannemer om het complex te bouwen. Deze hoofdaannemer zal (een deel van) de werkzaamheden laten uitvoeren door andere aannemers die mogelijk gebruik maken van onderaannemers. Op grond van de Wav worden al deze partijen – van de projectontwikkelaar tot en met de 'laagste' onderaannemer in de keten – beschouwd als 'werkgever'. Als blijkt dat er bij de bouw van het appartementencomplex onterecht werknemers werkzaam zijn zonder twv, kunnen dus ook al deze partijen in de keten een boete opgelegd krijgen.

## Verhaal van boetes mogelijk?

Het beboeten van de partijen die niet de directe werkgever zijn, wordt in de praktijk vaak als onrechtvaardig ervaren. Om die reden zijn deze partijen vaak op zoek naar mogelijkheden om een eventuele boete op de directe werkgever te verhalen. De Wav voorziet echter niet in een dergelijke mogelijkheid. De Wav gaat er namelijk van uit dat alle partijen in de keten een eigen controleverplichting hebben en dat schending daarvan met een boete wordt gesanctioneerd.

## Vrijwaringsbepalingen

Om eventuele boetes toch op de directe werkgever te kunnen verhalen, worden hierover vaak contractuele afspraken gemaakt. Tot voor kort werden dergelijke 'vrijwaringsbepalingen' in de rechtspraak vaak geaccepteerd. Op 16 december 2014 overwoog het Hof Den Bosch in twee zaken echter dat een dergelijke vrijwaring mogelijk in strijd met de openbare orde, en daarmee nietig, is.



## Agristo- en Complete Afbouw-arrest

Het hof overwoog in beide zaken dat wanneer op grond van Wav een boete wordt opgelegd aan een van de partijen in de keten, dat deze partij dan een eigen verplichting heeft geschonden. Het hof acht daarbij van belang dat de wetgever met het opleggen van de boetes aan alle ketenpartijen, heeft beoogd om al deze partijen te prikkelen geen overtredingen meer te begaan. Aan die prikkel wordt volgens het hof ernstig afbreuk gedaan als verhaal van deze boete mogelijk is. Partijen verleggen dan namelijk hun eigen verantwoordelijkheid naar een derde partij.

## In strijd met openbare orde?

Om die reden heeft het hof aangegeven dat hij amts-halve – dat wil zeggen: zonder dat partijen hierop een beroep hebben gedaan – zal onderzoeken of het verhaal van de Wav-boete op een derde in strijd is met de openbare orde. Hoe het hof hierover gaat oordelen is nog niet bekend. In het Agristo-arrest heeft het hof zich hier niet over uitgelaten, omdat zij het hoger beroep op andere gronden heeft laten slagen. In het Complete Afbouw-arrest heeft het hof partijen nog de mogelijkheid gegeven om zich over het standpunt van het hof uit te laten, voordat hij een definitieve beslissing neemt over de vraag of het verhalen van de Wav-boete

op grond van een contractuele afspraak in strijd is met de openbare orde.

## Gevolgen

Wat de gevolgen van deze uitspraken zijn, hangt af van het eindoordeel van het hof inzake Complete Afbouw. Gezien de bewoording van het arrest van het hof wordt verwacht dat hij zal oordelen dat het vrijwaren van een partij voor Wav-boetes in strijd is met de openbare orde en daarmee nietig.

Als het hof (en aansluitend de Hoge Raad) zou oordelen dat het verhalen van de Wav-boete in strijd is met de openbare orde, dan hebben ketenpartijen die geconfronteerd worden met een Wav-boete geen mogelijkheid om deze te verhalen op de partij die de werknemer feitelijk (onterecht) zonder twv te werk heeft gesteld. Dit kan er toe leiden dat ketenpartijen kritischer zullen zijn in het selecteren van hun opdrachtnemers. Zij kunnen het risico van het opgelegd krijgen van een Wav-boete laten verdisconteren in de offertes van potentiële opdrachtnemers of zelf een strikte controle uitvoeren op de aanwezige twv's. Deze gevolgen lijken in lijn met de bedoelingen van de wetgever bij het boetebeleid op grond van de Wav.

<http://tinyurl.com/GHSHE20145353>

<http://tinyurl.com/GHSHE20145342>