

Hof Den Bosch acht afwenteling van Wav-boetes in strijd met de openbare orde

De Wet arbeid vreemdelingen (“**Wav**”) geeft aan onder welke voorwaarden vreemdelingen toegang hebben tot de Nederlandse arbeidsmarkt. De Wav geldt voor zowel de ondernemer als de particulier. Het werkgeversbegrip is onder de Wav veel ruimer dan de civielrechtelijke definitie. Dit betekent dat een vreemdeling die arbeid verricht meer dan één werkgever kan hebben en dat de werkgever die de vreemdeling niet zelf in dienst heeft eveneens onder de reikwijdte van de Wav kan vallen.

Nu de vreemdeling meer dan één werkgever kan hebben, dienen ook al deze werkgevers te voldoen aan de vereisten van de Wav. Indien dit niet het geval is, krijgt elke werkgever een boete opgelegd. Dit kan vergaande financiële gevolgen hebben. Het is echter vaak de praktijk dat bijvoorbeeld een opdrachtgever/hoofdaannemer werk aanneemt, waarna dit werk door meerdere (onder)aannemers wordt uitgevoerd en de hoofdaannemer geen zicht meer heeft op de personen die het werk uitvoeren. Dit neemt niet weg dat de hoofdaannemer evengoed verplicht is te voldoen aan de vereisten uit de Wav.

Om het risico op het moeten dragen van een boete te neutraliseren, is het thans de praktijk dat contractueel tussen de hoofdaannemer en de (onderaan)nemers overeen wordt gekomen dat de opdrachtgevers/onderaannemers bij het tewerkstellen van personeel niet in strijd zullen handelen met de Wav. Indien blijkt dat de onderaannemers zich niet hebben gehouden aan de Wav, kan in dit geval de hoofdaannemer de opgelegde boete in beginsel verhalen op de onderaannemer(s). Eerder heeft het Hof Den Haag te kennen gegeven dat deze ‘afwenteling’ alleen kan plaatsvinden indien partijen dit met zo veel woorden zijn overeen gekomen.¹

Het Hof Den Bosch (“**Hof**”) overweegt echter in twee recente uitspraken dat voornoemde contractuele afspraak (behoudens bijzondere omstandigheden) in strijd is met de openbare orde en dus nietig.² Het Hof geeft ter onderbouwing hiervoor aan dat voor een opgelegde bestuursboete geldt dat de wetgever daarmee beoogt dat de wetsovertreder deze ook zelf in zijn eigen vermogen dient te voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen

¹ Hof Den Haag 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3416.

² Hof Den Bosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353 (X Bouw/Y Complete Afbouw) jo. Hof Den Bosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5342 (New Cleaning/Agristo).

overtreding te begaan. Aan deze strekking zou volgens het Hof op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan en het boetestelsel zou op onaanvaardbare wijze worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als verhaal van die 'schade' mogelijk zou zijn.

Gezien het voorgaande lijkt de mogelijkheid van het contractueel afwentelen van een Wav-boete verleden tijd. Het laatste woord is hier echter nog niet over gesproken nu het Hof partijen in de zaak X Bouw/Y Complete Afbouw de mogelijkheid heeft gegeven op het door het Hof ambtshalve ingenomen standpunt te reageren.³ Voorts laat het Hof in bovenstaande overweging ruimte voor 'bijzondere omstandigheden' waardoor de contractuele afspraak niet in strijd is met de openbare orde. Het is evenwel de vraag wanneer er van 'bijzondere omstandigheden' sprake zal zijn. Tot slot is er nog de mogelijkheid voor partijen om in cassatie te gaan tegen de nog te volgen eindbeslissing van het Hof en is het maar de vraag of de Hoge Raad de opvatting van het Hof deelt.

Indien u vragen heeft over dit onderwerp neem dan contact op met mr. S.J.R. Barbas of een van de andere advocaten van de sectie arbeidsrecht.
Bijgewerkt tot 1 januari 2015

³ In de zaak New Cleaning/Agruisto is het Hof hieraan voorbij gegaan, nu in deze zaak noch gesteld noch gebleken is dat er een dergelijke contractuele afspraak is overeengekomen tussen partijen.