

BESPREKING VAN DE PREJUDICIËLE BESLISSING VAN 11 DECEMBER 2015

148. Is een verhaalsbeding voor Wav-boeten geldig of nietig?

MR. A.N.L. DE HOOGH

De Hoge Raad heeft op 11 december 2015¹ een prejudiciële beslissing gegeven waarin het leerstuk van de ongeoorloofde overeenkomst ex artikel 3:40 lid 1 BW centraal stond. De prejudiciële vraag die door het hof aan ons hoogste rechtscollege werd voorgelegd, had betrekking op de mogelijke nietigheid van een beding in een aannemingsovereenkomst, op grond waarvan bestuurlijke boeten, opgelegd wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: 'Wav'), konden worden verhaald op de andere contractspartij.

Inleiding artikel 3:40 lid 1 BW

De complexe regeling van artikel 3:40 BW vormt een begrenzing van de contractsvrijheid: de vrijheid van partijen om zelf te bepalen met wie zij contracteren en om de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Op grond van het beginsel van maatschappelijke aanvaardbaarheid houdt elk rechtstelsel zich het recht voor om een overeenkomst ongeldig (nietig of vernietigbaar) te achten wanneer zij in strijd is met de voor de desbetreffende samenleving aanvaarde uitgangspunten die in het objectieve recht worden weerspiegeld.²

In dit verband heeft de wetgever in artikel 3:40 lid 1 BW neergelegd dat een rechtshandeling die verplicht of strekt tot een bij de wet verboden prestatie, nietig is. Als voorbeeld kan worden genoemd: (1) de intentie van partijen tot het verrichten van een rechtshandeling die tot benadeling van de crediteuren leidt (onzedelijke strekking);³ en (2) het in een vaststellingsovereenkomst bewust opzij zetten van regels van dwingend sociaal zekerheidsrecht (strijdig met de openbare orde).⁴

Hoewel de letterlijke tekst van artikel 3:40 lid 1 BW doet vermoeden dat iedere rechtshandeling die verplicht of strekt tot een bij de wet verboden prestatie, nietig is, volgt uit het arrest *Esmilo/Mediq*⁵ dat deze soep niet zo heet als opgediend wordt gegeten. De enkele omstandigheid dat

de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, brengt aldus de Hoge Raad niet per definitie mee dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod. Er is namelijk een groot aantal wettelijke verboden, doorgaans van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen had. Mocht de overeenkomst in strijd komen met een dergelijk verbod, dan hoeft dat niet per sé strijdig te zijn met de openbare orde.

Dat brengt mij bij het Hof 's-Hertogenbosch⁶ dat zich geconfronteerd zag met een verhaalsbeding in een aannemingsovereenkomst dat bepaalde dat bestuurlijke boeten, opgelegd wegens overtreding van de Wav, konden worden verhaald op de andere contractspartij.

Feiten

In opdracht van de Stichting Pro Persona GGZ (hierna: 'opdrachtgever') werd in 2012 een GGZ-gebouw als nieuwbouwproject gerealiseerd. De hoofdaannemer van het project was W. Bouw B.V. (hierna: 'hoofdaannemer') die voor het leveren en het aanbrengen van de systeemplafonds, het uitvoeren van stukadoorwerkzaamheden en het uitvoeren van schilderwerkzaamheden M. Complete Afbouw B.V. (hierna: 'onderaannemer') inschakelde.

Tussen de opdrachtgever en de hoofdaannemer was een verhaalsbeding overeengekomen met betrekking tot eventuele bestuurlijke boeten wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav). Op grond van dit beding

6 Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353.

1 HR 11 december 2015, *RvdW* 2016, 43 ECLI:NL:HR:2015:3568.

2 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III, 2014, nr. 303.

3 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650.

4 HR 21 april 1995, NJ 1997, 570, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711.

5 HR 1 juni 2012, *RvdW* 2012, 765, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (*Esmilo/Mediq*). Zie voor een nadere bespreking van dit arrest: M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, 'Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW', *MvV* 2013, p. 60-64.

was de opdrachtgever dan ook gerechtigd om eventuele boeten op de hoofdaannemer te verhalen. Eenzelfde verhaalsbeding is de hoofdaannemer overeengekomen met de onderaannemer.

Tijdens de bouw heeft de Arbeidsinspectie (thans Inspectie SZW) tal van legitimatiebewijzen van buitenlandse werknemers gecontroleerd, hetgeen aanleiding vormde

De complexe regeling van artikel 3:40 BW vormt een begrenzing van de contractsvrijheid.

voor nader onderzoek. Daaruit bleek dat ten aanzien van zestien werknemers sprake was van schending van artikel 2 lid 1 Wav.⁷ De Arbeidsinspectie merkte zowel de opdrachtgever als de hoofdaannemer aan als ‘werkgever’ in de zin van de Wav, waarna beide partijen een boetekennisgeving ontvingen.

Daarop erkende de hoofdaannemer jegens de opdrachtgever haar aansprakelijkheid voor de voldoening van deze boete. Met een beroep op het verhaalsbeding richtte de hoofdaannemer vervolgens haar pijlen op de onderaannemer, voor de voldoening van de aan de opdrachtgever en de hoofdaannemer opgelegde boeten. In eerste aanleg vorderde de hoofdaannemer kort gezegd een verklaring voor recht dat de onderaannemer, gelet op het overeengekomen verhaalsbeding, contractueel gehouden is om de opgelegde boeten te voldoen. De rechtbank wees de vordering echter af,⁸ waarna de hoofdaannemer in hoger beroep ging.

Prejudiciële vraag

Het hof zat enigszins met het verhaalsbeding in zijn maag. In (het systeem van) de wet zijn, aldus het hof, tal van regels te vinden die een grens stellen aan de mogelijkheden tot verhaal op een ander op grond van een contractueel beding en/of tot exoneratie.⁹ In dat verband kan een beding dat ertoe strekt dat in strijd met de wet wordt gehandeld (hier: dat in strijd met de strekking van de wet de sanctie (lees: boete) niet wordt gedragen door degene aan wie die boete is opgelegd), mogelijk nietig zijn.¹⁰ Om die reden besloot het hof¹¹ – mede omdat het antwoord op deze vraag ook van belang is voor de beslechting van tal van andere geschillen – de volgende prejudiciële vraag te stellen aan de Hoge Raad:¹²

“Is een contractuele bepaling, waarvan nakoming wordt gevorderd, voor zover die bepaling betrekking heeft op de mogelijkheid van verhaal op de medecontractant van een bestuursrechtelijk opgelegde boete krachtens de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) vanwege eigen schendingen van bepalingen van die wet, nietig wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden als bedoeld in artikel 3:40 BW?”

Hoge Raad

Voor de beantwoording van de vraag neemt de Hoge Raad een lange aanloop. Zo wordt eerst naar het doel en de strekking van de Wav gekeken. Sterk samengevat benadrukt de Hoge Raad dat de Wav ertoe strekt illegale tewerkstelling te bestrijden. Omdat de Wav – ter voorkoming van het ontlopen van verantwoordelijkheid – een ruime omschrijving kent van het begrip ‘werkgever’, heeft iedere werkgever in de keten een eigen verantwoordelijkheid om na te gaan of een geldige tewerkstellingsvergunning is afgegeven. Meerdere werkgevers kunnen dus naast elkaar bestuurlijk beboet worden ter zake van de illegale arbeid van één vreemdeling. Met de invoering van (hoge) bestuurlijke boeten is dan ook beoogd illegale tewerkstelling te ontmoedigen en het daarmee behaalde financiële voordeel weg te nemen; de boete is door haar afschrikwekkende werking gericht op preventie van illegale tewerkstelling.¹³

De Hoge Raad overweegt daarop dat de Wav geen verbod tot het overeenkomen van een verhaalsbeding bevat.¹⁴ Beoordeeld moet dan ook worden of het verhaalsbeding door zijn inhoud of strekking zodanig in strijd komt met het doel en de strekking van de Wav dat het beding als strijdig met de openbare orde nietig is¹⁵ (lees: strijdig met 1. fundamentele beginselen van de rechtsorde of 2. met algemene belangen van fundamentele aard).¹⁶

In eerste instantie lijkt het erop dat de Hoge Raad die mening is toegedaan. Er wordt namelijk voorop gesteld dat het boetestelsel wel degelijk wordt belemmerd c.q. ondermijnd als verhaal van de boete op een contractuele wederpartij mogelijk zou zijn:

“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 (...). 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 (...).”¹⁷

Toch is dit enkele gegevens voor de Hoge Raad niet voldoende om strijdigheid met artikel 3:40 lid 1 BW aan

7 Het artikel luidt: “Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden bij die werkgever.”

8 De reden daarvan is mij niet bekend; de uitspraak is niet gepubliceerd.

9 Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014 (r.o. 3.8)
ECLI:NL:GHSHE:2014:5353.

10 R.o. 3.9. Het hof verwijst specifiek naar HR 21 april 1995, NJ 1997, 570, ECLI:NL:HR:1995:ZC1711.

11 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495.

12 Artikel 392 Rv e.v. geeft de rechter, op verzoek van partijen of ambts-halve, de mogelijkheid om een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad

testellen.

13 R.o. 3.2.1-3.2.4.

14 Anders zou artikel 3:40 lid 2 BW om de hoek komen kijken.

15 R.o. 3.4.

16 R.o. 3.5.1.

17 R.o. 3.5.3.

te kunnen nemen. In r.o. 3.5.4-3.5.9 worden daartoe de volgende argumenten aangevoerd:

1. Het doel en de strekking van de Wav verzetten zich er niet tegen dat een werkgever de zorg voor de nakoming van zijn uit art. 2 lid 1 Wav voortvloeiende verplichtingen opdraagt aan een derde. Daarbij wordt relevant geacht dat de desbetreffende werkgever zelf verantwoordelijk blijft voor de naleving van de uit die wet voortvloeiende verplichtingen en dat 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.¹⁸
2. De 'hogere' werkgever in de keten staat in beginsel op afstand; het is immers een lagere schakel c.q. werkgever die het personeel feitelijk tewerkstelt.¹⁹
3. Ook van belang is de keuze van de wetgever voor de ruime omschrijving van het begrip 'werkgever' in de zin van de Wav. Door het verhaalsbeding wordt namelijk de vergunningplicht, of de oplegging van boeten in geval van overtreding, door geen van de betrokken werkgevers ontlopen. Het totaal aan op te leggen bestuurlijke boeten ondergaat ook geen verandering, zodat over de hele keten gezien in dezelfde mate voldaan blijft worden aan het oogmerk van de wetgever het financiële voordeel van illegale tewerkstelling weg te nemen.²⁰
4. Wel voegt de Hoge Raad daaraan toe in te zien dat hierdoor de financiële prikkel om de Wav na te leven (indirect) wordt geconcentreerd bij de werkgever lager in de keten. Deze heeft in zoverre een extra prikkel om, mede ten behoeve van de werkgever(s) hoger in de keten, de naleving van de Wav bij de uitvoering van de door hemzelf aangenomen werkzaamheden te bewaken.²¹
5. Ten slotte is nog van belang dat bij herhaalde overtreding van de Wav door een werkgever stillegging van bepaalde werkzaamheden voor een bepaalde periode bevolen kan worden.²² Dit laatste brengt mee dat, ook indien een werkgever de boete voor zijn eigen overtreding van art. 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.²³

De Hoge Raad concludeert dan ook dat het verhaalsbeding niet in strijd is met artikel 3:40 lid 1 BW, ook al kan dit tot gevolg hebben dat de boete uiteindelijk niet wordt gedragen door degene aan wie deze wegens een eigen overtreding is opgelegd.²⁴

En wat nu als een partij die zich op het verhaalsbeding beroept, een ernstig verwijt kan worden gemaakt ten

aanzien van het schenden van artikel 2 Wav? In dat geval benadrukt de Hoge Raad dat deze omstandigheid geen invloed heeft op de geldigheid van het verhaalsbeding, aangezien de vraag of het beding nietig is, beantwoord moet worden naar de situatie op het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling. Wel legt de ernst van een aan de verhaal zoekende partij te maken verwijt gewicht in de schaal bij beantwoording van de vraag of haar beroep op het verhaalsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is,²⁵ aldus de Hoge Raad.²⁶ De situatie is daarentegen anders als partijen bij het aangaan van het beding het oogmerk hadden het incasseren van boetes te frustreren of overeenkomen dat een partij ook gevrijwaard wordt in geval van opzet of grove schuld. Een dergelijke situatie kan volgens de Hoge Raad meebrengen dat het beding wel nietig wordt geoordeeld op grond van een met de openbare orde of goede zeden strijdige inhoud of strekking.²⁷

Beschouwing

Met deze prejudiciële beslissing is duidelijk geworden dat het partijen in beginsel vrijstaat om afspraken te maken over het onderlinge verhaal van boeten die krachtens de Wav kunnen worden opgelegd. Dat zal alleen anders zijn als partijen bij het aangaan van het beding het oogmerk hadden het incasseren van boetes te frustreren of overeenkomen dat een partij ook gevrijwaard wordt in geval van opzet of grove schuld.

Daarvan was echter in de onderhavige kwestie geen sprake. Met de wetenschap dat het getoetste verhaalsbeding geoorloofd is, kan de procedure bij het hof thans worden voortgezet. Mogelijk dat het hof zich nu nog moet uitlaten over de vraag of het verhaalsbeding terzijde moet worden gesteld ex artikel 6:248 lid 2 BW. Of daar door de onderaannemer een beroep op is gedaan, kan ik echter niet achterhalen.

Voor de rechtspraak is het goed om voor ogen te houden

De Hoge Raad concludeert dan ook dat het verhaalsbeding niet in strijd is met artikel 3:40 lid 1 BW.

dat op basis van deze prejudiciële beslissing *niet* de conclusie mag c.q. kan worden getrokken dat ieder verhaalsbeding, voor welke bestuurlijke boete(n) dan ook, de toets van artikel 3:40 lid 1 BW zal doorstaan. Een rechter zal ieder verhaalsbeding afzonderlijk moeten toetsen, waarbij in de beoordeling in elk geval moeten worden betrokken:²⁸

1. welke belangen door de geschonden regel worden beschermd;
2. of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen

18 R.o 3.5.4.

19 R.o 3.5.5.

20 R.o 3.5.6.

21 R.o 3.5.7.

22 Artikel 17b Wav.

23 R.o 3.5.8.

24 R.o 3.5.9.

25 Ex artikel 6:248 lid 2 BW.

26 R.o 3.7.

27 R.o 3.7.

28 HR 1 juni 2012, RvdW 2012, 765, ECLI:NL:HR:2012:BU5609 (Esmilo/Medij) en Heblly & De Hoogh 2013, p. 60-64.

- worden geschonden;
3. of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren; en
 4. of de regel in een sanctie voorziet.

Het onderhavige verhaalsbeding voor bestuurlijke Wav-boeten heeft deze toets van de (hoogste) rechter doorstaan. Of dat ook zal gelden voor verhaalsbedingen voor andersoortige bestuurlijke boeten, is maar de vraag. Het doel en de strekking van de wetgeving waar deze bestuurlijk boete uitvloeit, zullen voor het antwoord daarop leidend zijn. Partijen doen er dan ook goed aan om daarvan eerst nota te nemen alvorens een verhaalsbeding voor bestuurlijke boeten overeen te komen. Overigens valt niet uit te sluiten dat de wetgever op termijn in specifieke regels over de ongeoorloofdheid van dergelijke verhaalsbedingen zal voorzien. Met deze prejudiciële beslissing ging de Hoge Raad immers voorbij aan de schriftelijke

opmerkingen van de Staat,²⁹ die zich op het standpunt stelde dat in beginsel ieder beding dat strekt tot afwenteling van een punitieve sanctie naar zijn aard in strijd is met de wet, de openbare orde en of de goede zeden.³⁰ Of de wetgever daadwerkelijk met (nadere) wetgeving zal komen, moet logischerwijs worden afgewacht.

Over de auteur

Mr. August de Hoogh is advocaat bij KBS Advocaten N.V.

29 Artikel 392 lid 2 Rv en 8.1 van het Reglement prejudiciële vragen aan de Civiele Kamer van de Hoge Raad der Nederlanden bepalen dat ook anderen, zoals de Staat, de gelegenheid (kunnen) krijgen om schriftelijke opmerkingen te maken.

30 Zie de conclusie van de A-G nr. 3.2.