

**JOR 2016/85 Hoge Raad, 11-12-2015, 15/02931, ECLI:NL:HR:2015:3568,
ECLI:NL:PHR:2015:2389**

Verhaalsbeding, Contractueel beding in (onder)aannemingsovereenkomst op grond waarvan werkgever bestuurlijke boete wegens eigen overtreding van art. 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen kan verhalen op opvolgende schakel in keten van werkgevers, Prejudiciële beslissing, Verhaalsbeding niet in strijd met wet, openbare orde of goede zeden ex art. 3:40 BW

Publicatie	JOR 2016 afl. 3
Publicatiedatum	04 maart 2016
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	11 december 2015
Rolnummer	15/02931 LJN ECLI:NL:HR:2015:3568 ECLI:NL:PHR:2015:2389
Rechter(s)	mr. Numann mr. Streefkerk mr. Heisterkamp mr. Snijders mr. Polak
Partijen	X, appellante in hoger beroep, advocaten: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. J.W. de Jong, tegen Y, geïntimeerde in hoger beroep,
Noot	mr. M.H.S. Berghuijs
Trefwoorden	Verhaalsbeding, Contractueel beding in (onder)aannemingsovereenkomst op grond waarvan werkgever bestuurlijke boete wegens eigen overtreding van art. 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen kan verhalen op opvolgende schakel in keten van werkgevers, Prejudiciële beslissing, Verhaalsbeding niet in strijd met wet, openbare orde of goede zeden ex art. 3:40 BW,
Regelgeving	BW Boek 3 - 40 Wav - 2 lid 1 Rv - 392

Samenvatting

Het gaat om een contractueel beding in een (onder)aannemingsovereenkomst, op grond waarvan de partij aan wie als werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) wegens een eigen overtreding van art. 2 lid 1 Wav een bestuurlijke boete is opgelegd, het bedrag van die boete mag verhalen op zijn contractuele wederpartij die de opvolgende schakel in de keten van werkgevers is (hierna ook: het verhaalsbeding). De prejudiciële vraag stelt aan de orde of een dergelijk verhaalsbeding nietig is wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW, dan wel welke gezichtspunten bij beantwoording van die vraag in aanmerking moeten worden genomen. 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 art. 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 nietigheidgrond in aanmerking. Om te kunnen oordelen dat het verhaalsbeding nietig is op de grond dat zijn inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde, moet sprake zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard. 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 sanctiëring direct na constatering van de overtreding een adequate overheidsreactie is die een sterker ontmoedigend effect heeft dan een strafrechtelijk vervolgingsbeleid. 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 art. 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 art. 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 art. 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, respectievelijk arbeidsovereenkomst) met de derde. Het voorgaande ligt niet wezenlijk anders in het geval waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft. Dat geval wordt hierdoor gekenmerkt dat werkzaamheden voor een bepaald project worden verricht ter uitvoering van een keten van (onder)aannemingsovereenkomsten, zodat – als gevolg van de ruime omschrijving van het begrip werkgever in de Wav – er meerdere werkgevers zijn aan te wijzen, die ieder een eigen verplichting tot naleving van de Wav hebben. Ook in deze situatie is mogelijk en toelaatbaar dat de “hoogste” werkgever in de keten (de opdrachtgever van het project) – die veelal op afstand staat van de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden en in de regel niet zelf voor de inschakeling van arbeidskrachten zorgt – zijn wederpartij (de hoofdaannemer) contractueel verplicht zorg te dragen voor de naleving van (ook) de verplichtingen die ingevolge art. 2 lid 1 Wav op de opdrachtgever rusten en blijven rusten. Die wederpartij is immers in hun onderlinge verhouding het nauwst betrokken bij de feitelijke tewerkstelling van arbeidskrachten voor het door haar aangenomen werk. En in de regel geldt hetzelfde in de onderlinge verhouding tussen hoofdaannemer en onderaannemer. Hierbij moet bedacht worden dat de wetgever de ruime omschrijving van het begrip werkgever in de Wav vooral heeft ingevoerd omdat anders de vergunningplicht en de boeten bij overtreding te gemakkelijk “via sluiptwegen, stromannen of ingewikkelde (schijn)constructies” zouden kunnen worden ontlopen. Door het verhaalsbeding wordt echter 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 door het beding ook geen verandering, zodat over de hele keten bezien in dezelfde mate voldaan blijft worden aan het oogmerk van de wetgever het financiële voordeel van illegale tewerkstelling weg te nemen. Wel wordt door de mogelijkheid van verhaal in de onderlinge verhouding tussen de verschillende schakels in de keten, de financiële prikkel om de Wav na te leven (indirect) geconcentreerd bij de werkgever lager in de keten die het meest direct betrokken is bij de tewerkstelling van de arbeidskrachten voor het door hem aangenomen werk. 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. Ten slotte is van belang dat bij herhaalde overtreding van de Wav door een werkgever, onder de in art. 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 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. Gelet op al het hiervoor overwogene moet geoordeeld worden dat het verhaalsbeding waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft – ook al kan het tot gevolg 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. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een verhaalsbeding als waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, als zodanig niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de Wav en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van het opleggen van bestuurlijke boeten. Van nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW is dan ook geen sprake.

Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Langemeijer)

De prejudiciële vraag heeft betrekking op mogelijke nietigheid van een beding in een overeenkomst van aanneming van werk, op grond waarvan bestuurlijke boeten, opgelegd wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav), kunnen worden verhaald op de wederpartij.

1. Feiten en procesverloop

1.1. De vragen stellende rechter is uitgegaan van de volgende feiten: [noot:1]

1.2. [Appellante] (hierna: [appellante]) was hoofdaannemer van een in 2012 gerealiseerd nieuwbouwproject, het GGZ-gebouw in Nijmegen. De Stichting Pro Persona GGZ was de opdrachtgever voor dit project. [Appellante] heeft ter uitvoering van dit project [geïntimeerde] (hierna: [geïntimeerde]) ingeschakeld als onderaannemer voor het leveren en aanbrengen van systeemplafonds, het uitvoeren van stukadoorwerken en het uitvoeren van schilderwerken. In de daartoe gesloten overeenkomsten is, voor zover hier van belang, telkens het volgende opgenomen:

“(…)

Wettelijke verplichtingen

Onderaannemer dient te voldoen aan alle wettelijke verplichtingen die op zijn werkzaamheden en het inzetten van personeel van toepassing zijn. Indien de hoofdaannemer geconfronteerd mocht worden met boetes of andere aansprakelijkheidstellingen die terug zijn te voeren op onderaannemer, zullen de financiële gevolgen van deze boetes of andere aansprakelijkheidstellingen worden verhaald op onderaannemer. In voorkomend geval behoudt hoofdaannemer zich het recht voor deze in te houden op eventuele openstaande facturen van onderaannemer. (...)”

1.3. De overeenkomsten bepalen dat de algemene inkoop- en onderaannemingsvoorwaarden van [appellante] daarop van toepassing zijn. In artikel 19 van die voorwaarden is opgenomen:

“19.1. Voor zover het door opdrachtnemer niet of niet volledig naleven van zijn contractuele dan wel wettelijke verplichtingen tot gevolg heeft dat [appellante] jegens derden aansprakelijk wordt gesteld, verplicht opdrachtnemer zich [appellante] voor alle gevolgen van deze aansprakelijkheid zowel te vrijwaren als volledig schadeloos te stellen. (...)”.

1.4. In het bij dit project behorende bestek, dat deel uitmaakt zowel van de tussen Pro Persona en [appellante] als van de tussen [appellante] en [geïntimeerde] gesloten overeenkomsten, is onder meer het volgende opgenomen:

“Aannemer heeft jegens opdrachtgever ervoor in te staan, dat hij zowel met betrekking tot zijn eigen personeel als personeel van de door hem ingeschakelde onderaannemers voldoet aan de registratievereisten voor niet-Nederlandse werknemers, het een en ander zoals geregeld in de Wet Arbeid Vreemdelingen (...) en dient daartoe een actueel bestand van identiteitspapieren/werkvergunningen ter inzage op de bouwplaats aanwezig te hebben (...)”

Als opdrachtgevers boetes (...) opgelegd krijgt, is aannemer verplicht (...) dit bedrag aan de opdrachtgever te betalen c.q. is opdrachtgever gerechtigd tot elke vorm van verrekening. (...)”

1.5. Op 21 maart 2012 heeft de Arbeidsinspectie – die in 2012 is opgegaan in de Inspectie SZW, toevoeging A-G – een controle uitgevoerd op de bouwplaats van dit project. Na controle van de legitimatiebewijzen van een aantal buitenlandse werknemers heeft de Arbeidsinspectie een onderzoek aangekondigd.

1.6. Bij brief van 14 juni 2012 heeft [appellante] aan [geïntimeerde] bericht dat zij haar betalingsverplichtingen opschortte in afwachting van een door de Arbeidsinspectie op te leggen boete.

1.7. Bij inleidende dagvaarding van 25 oktober 2012 heeft [appellante] een vordering tegen [geïntimeerde] ingesteld bij de rechtbank te 's-Hertogenbosch (thans: rechtbank Oost-Brabant). [Appellante] heeft gevorderd dat voor recht zal worden verklaard dat [geïntimeerde] aansprakelijk zal zijn voor de aan [appellante] op te leggen boete. Zij heeft diverse hiermee verband houdende nevenvorderingen ingesteld. [noot:2]

1.8. De Arbeidsinspectie heeft naar aanleiding van voornoemd onderzoek op 30 januari 2013 een boeterapport opgesteld. In dit rapport is onder meer opgenomen dat ten aanzien van 16 vreemdelingen sprake is van overtreding van artikel 2 lid 1 van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) en dat [appellante] ter zake wordt aangemerkt als overtreder. Het rapport vermeldt dat Pro Persona en [geïntimeerde] eveneens zijn aan te merken als “werkgever” in de zin van artikel I onder b Wav en dat tegen deze rechtspersonen afzonderlijk een boeterapport of proces-verbaal zal worden opgemaakt.

1.9. Op 19 februari 2013 hebben zowel [appellante] als Pro Persona van de Arbeidsinspectie een kennisgeving ontvangen van het voornemen een boete van € 128.000,= op te leggen.

1.10. [Appellante] heeft naar aanleiding van de boete-kennisgeving zienswijzen ingediend bij de afdeling Boete, Dwangsom en Inning van de Arbeidsinspectie. [Appellante] heeft jegens Pro Persona erkend aansprakelijk te zijn voor de betaling van de aan Pro Persona opgelegde boete.

1.11. [Appellante] heeft van de door [geïntimeerde] aan haar in rekening gebrachte bedragen voor verrichte werkzaamheden een bedrag van € 322.000,= niet voldaan. Het bedrag is in overleg tussen partijen bij een notaris in depot gegeven.

1.12. Bij eindvonnis van 8 januari 2014 (ECLI:NL:RBOBR:2013:7353) heeft de rechtbank de vorderingen van [appellante] afgewezen.

1.13. [Appellante] heeft hoger beroep ingesteld en alsnog gevorderd dat ook voor recht wordt verklaard dat [geïntimeerde] contractueel jegens haar gehouden is om de aan [appellante] en aan Pro Persona GGZ op te leggen boeten te voldoen.

1.14. Bij tussenarrest van 16 december 2014 heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch onder meer overwogen:

“Naar het oordeel van hof heeft het eventueel tekortschieten door [geïntimeerde] voor de vordering tot nakoming geen betekenis, immers zo'n vordering (in dit geval instaan voor de opgelegde boetes) kan toewijsbaar zijn ongeacht of [geïntimeerde] toerekenbaar tekort is geschoten in haar eigen verplichting zorg te dragen voor een tewerkstellingsvergunning. Overigens geldt mogelijk wel het omgekeerde: het eigen tekortschieten door [appellante] kan aan toewijzing van de vordering tot nakoming in de weg staan. (rov. 3.5)

[...]

Het hof neemt [...] in overweging dat partijen spreken van (vermogens)schade geleden door [appellante] en Pro Persona GGZ doordat zij genoodzaakt werden de boetes te betalen en advocaatkosten te maken voor de

rechtsbijstand in de bewaarschrift- en bestuursrechtprocedures. Oorspronkelijk zijn aan zowel Pro Persona GGZ als [appellante] boetes tot in totaal (tweemaal) € 128.000,= opgelegd. Deze zijn na bezwaar verlaagd tot (tweemaal) € 96.000,=. De rechtbank heeft de boete opgelegd aan Pro Persona GGZ verlaagd tot € 88.000,= (daartegen is geen rechtsmiddel aangewend) en de verwachting is dat hetzelfde zal gebeuren met de boete opgelegd aan [appellante].

Dat het vermogen van [appellante] als gevolg van het betalen van de haar opgelegde boetes en van het (vrijwillig) vrijwaren van Pro Persona GGZ verminderd is neemt evenwel niet weg dat het hier gaat om heel specifieke vorm van schade. Voor een bestuursrechtelijke boete geldt immers dat de wetgever daarmee beoogt dat de wetsovertreder die ook zelf in zijn eigen vermogen zal voelen, onder meer als prikkel en afschrikking om in volgende aangelegenheden geen overtreding meer te begaan. Aan deze strekking zou op onaanvaardbare wijze afbreuk kunnen worden gedaan, en het boetestelsel zou op onaanvaardbare wijze worden belemmerd, bedreigd of ondermijnd, als verhaal van die 'schade' mogelijk zou zijn. (rov. 3.7)

[...]

Het hof neemt voorts in overweging dat in het (systeem van) de wet tal van regels zijn te vinden die een grens stellen aan de mogelijkheden voor verhaal op een ander op grond van een contractueel beding dan wel (het spiegelbeeld) de onmogelijkheid van exoneratie van eigen aansprakelijkheid." (rov. 3.8)

Het hof heeft ambtshalve onderzocht of hetgeen tussen partijen is overeengekomen, voor zover dit ziet op het verhaal van de aan [appellante] en Pro Persona GGZ opgelegde boeten, nietig is wegens strijd met de openbare orde, in de zin van art. 3:40 BW. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld hierover een standpunt in te nemen.

1.15. Nadat partijen zich hierover hadden uitgelaten, heeft het hof bij tussenarrest van 21 april 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:1495) het voornemen uitgesproken de navolgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen:

"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?"

1.16. Bij tussenarrest van 30 juni 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:2432) heeft het hof deze prejudiciële vraag gesteld.

1.17. Nadat de Hoge Raad had beslist dat de vraag in behandeling wordt genomen, hebben partijen schriftelijke opmerkingen ingediend. De Staat der Nederlanden heeft, als toegelaten derde, [\[noot:3\]](#) schriftelijke opmerkingen gemaakt.

2. Inleidende beschouwingen

Nietigheid op grond van art. 3:40 BW

2.1. De wetgever heeft in het kader van art. 3:40 BW onderscheid willen maken tussen gevallen waarin het *verrichten* van de rechtshandeling in strijd is met de wet (lid 2 en 3) en gevallen waarin de *inhoud* of de *strekking* van de rechtshandeling (bijv. de prestatie waartoe men zich bij overeenkomst heeft verbonden) in

strijd is met de wet, om welke reden de rechtshandeling in strijd kan zijn met de openbare orde of de goede zeden (lid 1). [noot:4] Het onderbrengen van een concreet geval in één van beide categorieën kan problematisch zijn en het is zelfs de vraag of beide categorieën wel van elkaar zijn te onderscheiden. [noot:5] Zoals hierna nog zal blijken, verbiedt de Wav het sluiten van een overeenkomst met een verhaalsbeding als het onderhavige als zodanig niet. De inhoud en de strekking van het beding, namelijk het verhaal van een bestuurlijke boete op een medecontractant, komen wellicht wel in strijd met (de aard en strekking van) [noot:6] de Wav: dat is in deze zaak het discussiepunt.

2.2. Een overeenkomst die een of meer partijen verplicht tot een door de wet verboden prestatie behoeft niet *per se* in strijd te zijn met de openbare orde. Blijkens HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, kan niet langer worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt 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, in het algemeen van publiekrechtelijke aard, bij het opstellen waarvan de (hogere of lagere) wetgever niet de privaatrechtelijke gevolgen voor ogen heeft gehad (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1138). Daarom dient de rechter, indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie, in zijn beoordeling of de overeenkomst op die grond in strijd is met de openbare orde in elk geval te betrekken welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen.

Het begrip “werkgever” in de Wav

2.3. De Wav is op 1 september 1995 in werking getreden en verving de Wet arbeid buitenlandse werknemers (Wabw, Stb. 1978/737). Art. 4 Wabw bevatte een verbod op tewerkstelling van vreemdelingen zonder tewerkstellingsvergunning. Vergunningplichtig was toen alleen “degene jegens wie een ander zich bij een arbeidsovereenkomst tot het verrichten van arbeid verbindt” (art. 1 Wabw).

Volgens de toelichting op het wetsvoorstel Wav is het formele werkgeversbegrip losgelaten omdat in de praktijk steeds naar wegen werd gezocht om via sluiptwegen en ingewikkelde constructies het verbod om vreemdelingen tewerk te stellen en daarmee de vergunningplicht te ontgaan. [noot:7] De wetgever koos voor een omschrijving (in art. 1, lid 1 onder b, Wav) waarbij iedereen die een ander in het kader van ambt, beroep of bedrijf arbeid laat verrichten, alsmede de natuurlijke persoon die een ander huishoudelijke of persoonlijke diensten laat verrichten, als werkgever wordt beschouwd, en derhalve als vergunningplichtig (art. 2 lid 1 Wav). [noot:8] In de memorie van antwoord werd gesteld:

“Of er sprake is van een arbeidsovereenkomst of een gezagsverhouding is daarbij niet meer van belang. Immers alleen het feit dat er in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht is voor het feitelijk werkgeverschap reeds voldoende. Ook op mede-eigenaren is deze bepaling van toepassing.” [noot:9]

Ook de Afdeling Bestuursrechtspraak heeft overwogen dat aard, intensiteit en duur van de verrichte werkzaamheden niet ter zake doen voor het begrip “werkgever” in de Wav, [noot:10] en dat instemming met of wetenschap van de arbeid niet is vereist voor een kwalificatie als “werkgever” in de Wav. [noot:11]

2.4. De wetgever heeft met het ruime begrip “werkgever” willen bereiken dat steeds sprake is van een vergunningplicht. [noot:12] Later legde de minister ook een verband tussen het ruime werkgeversbegrip en het

onmogelijk maken van afwenteling van bestuursrechtelijke boeten door middel van stromannen of schijnconstructies: [\[noot:13\]](#)

“Om te voorkomen dat werkgevers hun verantwoordelijkheid voor hun verplichtingen van de Wet arbeid vreemdelingen kunnen ontlopen, geldt een zeer ruim werkgeversbegrip. Iedereen die in de uitoefening van een beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten is een werkgever in de zin van de Wet arbeid vreemdelingen. Daardoor wordt voorkomen dat feitelijke leidinggevend gebruik kunnen maken van stromannen of schijnconstructies om boetes op anderen af te wentelen.”

2.5. Als gevolg van het ruime werkgeversbegrip, kan een vreemdeling meerdere “werkgevers” tegelijk hebben in de zin van de Wav. Bij overeenkomsten van (onder)aanneming kunnen zowel de opdrachtgever als de hoofdaannemer, de aannemer of een onderaannemer voor de toepassing van de Wav “werkgever” zijn van het bij de uitvoering van het werk ingeschakelde personeel. Bij inlening of doorlening van werknemers kan zowel de inlener als de uitlener de “werkgever” zijn. Bij overeenkomsten van opdracht kan zowel de opdrachtgever (indirecte “werkgever”) als de opdrachtnemer (directe werkgever) “werkgever” zijn van het personeel dat de opdracht uitvoert. Ook in andere gevallen, zoals bijvoorbeeld holdingconstructies of projectontwikkeling, kan sprake zijn van een meervoud aan werkgevers in de zin van de Wav. [\[noot:14\]](#)

2.6. Het systeem van de wet brengt niet mee dat iedere “werkgever” een afzonderlijke tewerkstellingsvergunning behoeft te hebben: één vergunning per buitenlandse werknemer voor de desbetreffende werkzaamheden is voldoende. Dit volgt uit het tweede lid van art. 2 Wav: “Het verbod, bedoeld in het eerste lid, is niet van toepassing met betrekking tot een vreemdeling ten aanzien van wie tevens een ander als werkgever optreedt, indien die ander beschikt over een voor de desbetreffende arbeid geldige tewerkstellingsvergunning (...)”. Wel legt het verbod in art. 2 lid 1 Wav op iedere “werkgever” in de keten een eigen verantwoordelijkheid om na te gaan of een geldige tewerkstellingsvergunning is afgegeven. [\[noot:15\]](#) Indien een geldige tewerkstellingsvergunning ontbreekt, begaat iedere “werkgever” in de keten van opdrachtgevers een zelfstandige overtreding van het verbod in art. 2 lid 1 Wav. Meerdere werkgevers kunnen aldus naast elkaar worden beboet voor dezelfde werkzaamheden van één vreemdeling. [\[noot:16\]](#) Dat is ook in deze zaak geschied.

Bestuursrechtelijke boeten (algemeen)

2.7. Een sanctie kan *reparatoir* van aard zijn, d.w.z. gericht op herstel van de toestand zoals deze rechtens zou moeten zijn, [\[noot:17\]](#) dan wel *punitief*, d.w.z. gericht op leedtoevoeging. Het opleggen van een strafrechtelijke of een bestuurlijke boete behoort ongetwijfeld tot de laatste categorie. [\[noot:18\]](#) De toevoeging van leed aan een overtreder kan een of meer doeleinden dienen, zoals: “vergelding” van overheidswege ter voorkoming van eigenrichting; demonstratie van het belang dat de geschonden norm door een ieder daadwerkelijk wordt nageleefd en dat er niet te spotten valt met hetgeen door de overheid is voorgeschreven (“normbevestiging” of bevestiging van het overheidsgezag); het voorkómen van een nieuwe schending van de norm door de dreiging die van een strafsancie uitgaat (speciale en/of generale “preventie”). Een combinatie van doeleinden is mogelijk.

Daarnaast is van belang het onderscheid tussen instrumenteel gebruik van geldboeten en het opleggen van een dwangsom. Een dwangsom (art. 611a en volgende Rv; art. 5:31d en volgende Awb) dient als prikkel om een bepaalde gedraging te voorkómen of tot naleving van een bepaalde verplichting. [\[noot:19\]](#)

2.8. De Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (hierna: Commissie TW) adviseerde in 1994 positief over de mogelijkheid om de administratieve boete op grotere schaal dan tot dan toe in te zetten, naast of in plaats van de strafrechtelijke handhaving. [\[noot:20\]](#) De commissie formuleerde een aantal primaire en

aanvullende criteria voor de toepassing van administratieve boeten (men spreekt thans van “bestuurlijke boete”). De belangrijkste criteria, ook aangehaald bij invoering van de bestuurlijke boete in de Wav, [\[noot:21\]](#) zijn:

- a. De bestuurlijke boete wordt alleen bij regels met een geringe normatieve lading toegepast.
- b. De norm is zo duidelijk omschreven dat het mogelijk is een vaste gedragslijn te ontwikkelen die een eenvoudige en efficiënte uitvoering waarborgt.
- c. De overtreding leent zich ervoor om met vaste tarieven te bestraffen.
- d. Voor de handhaving van de norm zijn geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangbevoegdheden nodig.
- e. De handhavende autoriteit beschikt over voldoende expertise om adequaat punitief te kunnen handhaven.

2.9. De bestuurlijke boete, aanvankelijk bedacht voor overzichtelijke, massaal gepleegde overtredingen, wordt in toenemende mate ingezet ook voor ernstige overtredingen. [\[noot:22\]](#) Bij invoering van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving, bij welke gelegenheid ook de sancties in de Wav zijn aangescherpt, stelde de minister dat het niet zo is dat bij ernstige feiten uitsluitend *strafrechtelijke* sancties in aanmerking komen. De minister verwees naar het criterium van de “open” of “besloten” context, zoals dat in een kabinetsnota in 2008 werd geïntroduceerd. [\[noot:23\]](#) Een open context bestaat in situaties waarin burgers en bedrijven zijn gebonden aan voor iedereen en overal geldende rechtsregels. Een besloten context bestaat in situaties waarin een bestuursorgaan bij de uitvoering van zekere wetten te maken heeft met een afgebakende doelgroep en er tussen dit orgaan en die doelgroep verbindingen bestaan ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen. In een dergelijke besloten context bestaat een voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering. Het criterium is niet dwingend, het gaat erom dat “de wetgever steeds zijn keuze goed verantwoordt, aan de hand van de rechtseenheid en rechtsgelijkheid maar ook effectiviteit en efficiency.” [\[noot:24\]](#)

2.10. De Commissie TW ontwikkelde twee modellen voor toepassing van administratieve boeten: een model A, waarin uitsluitend plaats is voor een bestuursrechtelijke sanctionering, en een model B, waarin plaats is voor zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke sanctionering. Daarnaast kan de wetgever onderscheid maken tussen een stelsel waarin de wet de boete op een bepaald bedrag vastlegt (fixeert) en een stelsel waarbij in de wet slechts het maximum van de eventueel op te leggen boete wordt vastgelegd. Dit onderscheid keert terug in het huidige art. 5:46 Awb. Indien slechts een boetemaximum in de wet is bepaald, dient het desbetreffende bestuursorgaan de hoogte van de boete af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten, en, zo nodig, op de omstandigheden waarin de overtreding is gepleegd (zie thans: art. 5:46 lid 2 Awb). In de situatie waarin beleidsregels van het desbetreffende bestuursorgaan het boetetarief per overtreding fixeren, maar niet is voorzien in een (voldoende fijnmazig) systeem voor matiging van op te leggen boetes, wordt hetzelfde effect bereikt dat in de wet gefixeerde boetetarieven hebben. [\[noot:25\]](#) Dit laat onverlet, dat art. 3:4 Awb bepaalt dat de gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Deze maatstaf brengt mee dat bestraffende sancties door de rechter niet slechts marginaal, maar volledig worden getoetst op hun evenredigheid. Hieruit volgt dat de bestuursrechter, waar nodig, zijn eigen oordeel over de hoogte van het boetebedrag in de plaats stelt van het oordeel van het bestuursorgaan. [\[noot:26\]](#)

De bestuurlijke boete in de Wav

a. Opneming van bestuurlijke boeten in de Wav

2.11. De Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen, per 1 januari 2005 in werking getreden, heeft de bestuurlijke boete geïntroduceerd in de Wav. Tot dan toe werd een overtreding van de Wav aangemerkt als een economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten. De strafrechter was bevoegd om straffen op te leggen voor overtredingen van de Wav. De regering zag als een nadeel hiervan dat de gemiddelde boete vrij laag uitviel (ongeveer € 948,=) en dat het lang duurde voordat de strafrechter daadwerkelijk een boete had opgelegd. [\[noot:27\]](#)

2.12. Naar aanleiding van een motie van het Tweede Kamerlid Dittrich [\[noot:28\]](#) is de regering gekomen met een wetsvoorstel. In die motie werd de regering verzocht een plan voor te leggen hoe de kosten van uitzetting van illegale werknemers aan hun werkgevers zouden kunnen worden doorberekend. De regering vond het verhalen op werkgevers van de kosten van uitzetting niet het meest geëigende middel. Op grond van de door de Commissie TW geformuleerde criteria was de regering evenwel van mening dat de Wav zich uitstekend leent voor het toepassen van bestuursrechtelijke boeten. Daarom werd voorgesteld de bestuurlijke boete in de Wav in te voeren en de boete fors te verhogen. [\[noot:29\]](#) Hiermee beoogde de regering illegale tewerkstelling te ontmoedigen en het financiële voordeel dat door werkgevers werd behaald door de illegale tewerkstelling van vreemdelingen weg te nemen, en zo de verstoorde concurrentieverhoudingen recht te zetten. Een “lik-op-stuk”-beleid, met toepassing van bestuurlijke boeten, zou moeten leiden tot een efficiënter en effectiever aanpak van illegale tewerkstellingen.

2.13. De regering beoogde uitdrukkelijk iedere “werkgever” in de keten aansprakelijk te maken en met een bestuurlijke boete te sanctioneren: [\[noot:30\]](#)

“Iedere werkgever die vreemdelingen in opdracht van zich of ten dienste van zich laat werken – en dat kunnen soms meerdere werkgevers zijn bij dezelfde werkzaamheden – zal bij constatering van illegale tewerkstelling door de Arbeidsinspectie bestuurlijk kunnen worden beboet”.

De boete maakt de overtreding niet ongedaan, maar is, door haar afschrikkende werking, gericht op preventie van illegale tewerkstelling. [\[noot:31\]](#) In de toelichting op het Wetsvoorstel aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving is deze doelstelling (preventie van illegale tewerkstelling) herhaald. [\[noot:32\]](#) In verband met de bovengenoemde motie-Dittrich merkte de regering op dat in de Wav er geen directe relatie is tussen de hoogte van de boete en de kosten van uitzetting. [\[noot:33\]](#)

b. Ontbreken van verwijtbaarheid

2.14. In de toelichting bij het wetsvoorstel Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen merkt de regering op dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete opzet en schuld geen rol spelen en dat ook de door de bestuurlijke boete gesanctioneerde Wav-voorschriften opzet of schuld niet als bestanddeel kennen:

“Schuld in de zin van verwijtbaarheid is bij via een bestuurlijke boete gesanctioneerde voorschriften doorgaans geen bestanddeel van het delict. Dit betekent dat het bestuursorgaan, in dit geval de boeteoplegger, de verwijtbaarheid niet hoeft te bewijzen, maar deze mag veronderstellen als het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet, dat ook in deze gevallen het beginsel ‘geen straf zonder schuld’ geldt. Om aan het opleggen van een boete te ontkomen zal de dader dan echter een beroep moeten doen op afwezigheid van alle schuld, en deze afwezigheid aannemelijk moeten maken.” [\[noot:34\]](#)

2.15. Dat bij volledige afwezigheid van verwijtbaarheid geen boete mag worden opgelegd volgt uit art. 5:41 Awb. In de toelichting op de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2015 heeft de minister het voorbeeld gegeven van een legaal door de werkgever tewerkgestelde vreemdeling, wiens verblijfsrecht is ingetrokken zonder dat de werkgever daarover is geïnformeerd. Echter:

“zodra een overtreding ook maar op enigerlei wijze aan de overtreder kan worden toegewezen [lees: toegerekend, A-G], zal een (gematigde) boete kunnen worden opgelegd”. [\[noot:35\]](#)

c. Beboetbare feiten en hoogte van de boete

2.16. Krachtens art. 18 Wav zijn de volgende feiten beboetbaar:

- a. Het niet naleven van art. 2 lid 1 Wav, namelijk het verbod om vreemdelingen te laten werken zonder tewerkstellingsvergunning.
- b. Het niet naleven van de identificatie-, verificatie- en administratieplicht van art. 15 Wav.
- c. Het niet voldoen aan de medewerkingsplicht ingevolge art. 5:20 Awb.
- d. Vanaf 1 mei 2012: het niet naleven van de notificatieplicht van art. 2a Wav. [\[noot:36\]](#)
- e. Vanaf 1 juli 2015: het niet naleven van de informatieplicht van art. 15a Wav. [\[noot:37\]](#)

2.17. In alinea 2.10 hiervoor kwamen twee modellen ter sprake. Op advies van de Raad van State heeft de regering gekozen voor toepassing van Model A, d.w.z. voor een model waarin uitsluitend plaats is voor bestuursrechtelijke sancties. Een grotere rechtszekerheid, de rechtsgelijkheid tussen werkgevers die de verplichtingen uit de Waz niet nakomen, en het consequent doorgevoerde “lik-op-stuk”-beleid waren de belangrijkste overwegingen om voor dat model te kiezen. [\[noot:38\]](#)

2.18. In de Wav is slechts de maximale hoogte van de boete geregeld. Tot 1 januari 2013 was dat op basis van het oude art. 19d lid 1 Wav nog € 11.250,= voor natuurlijke personen en € 45.000,= voor rechtspersonen. Vanaf 1 januari 2013 was dat op grond van het nieuwe art. 19d lid 1 Wav ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie, bedoeld in artikel 23, vierde lid, van het Wetboek van Strafrecht. [\[noot:39\]](#) Het exacte boetebedrag per soort overtreding is gefixeerd in de opeenvolgende Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen. [\[noot:40\]](#)

De eerste Beleidsregels uit 2005 bevatten een tarieflijst, op basis waarvan de boete op grond van art. 19a lid 1 Wav werd opgelegd. Het boetebedrag voor een overtreding van art. 2 lid 1 Wav bedroeg € 8.000,=. Tot 2012 zijn de beleidsregels zevenmaal gewijzigd maar is het bedrag van de boete nooit omhoog gegaan. Na inwerkingtreding van de Wet aanscherping handhaving en sanctiebeleid SZW-wetgeving per 1 januari 2013, [\[noot:41\]](#) zijn de boetebedragen voor iedere overtreding van de Wav fors verhoogd. Het boetebedrag voor een overtreding van art. 2 lid 1 Wav bedraagt nu € 12.000,=. Volgens de Beleidsregels bestaat ingeval sprake is van meer beboetbare feiten, de totale bij één boetebeschikking op te leggen boete uit de som van de per beboetbaar feit berekende boetebedragen. Voor het illegaal tewerkstellen van, bijvoorbeeld, tien vreemdelingen komt de boete dus uit op een totaal van € 120.000,=. Voor het beboeten van natuurlijke personen geldt in de beleidsregels als uitgangspunt een reductie van 50% van het boetebedrag.

d. Evenredigheid van de boete

2.19. Bij invoering van de bestuurlijke boete in de Wav is door de staatsecretaris opgemerkt dat bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening zou worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel en met de boetebedragen die de strafrechter tot dan toe passend achtte. [noot:42] In de memorie van toelichting stelde hij dat de precieze hoogte van de boete in concrete situaties via beleidsregels zal worden vastgelegd. [noot:43] De eerste Beleidsregels boeteoplegging Wav uit 2005 reppen echter met geen woord over concrete situaties. In de toelichting werd slechts gesteld dat in bijzondere omstandigheden met een uitzonderlijk karakter op grond van art. 4:84 Awb van de beleidsregels kan worden afgeweken. [noot:44] In de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2007 [noot:45] is bepaald dat de boete kan worden gematigd tot € 4.000,= per overtreding voor een rechtspersoon, respectievelijk € 2.000,= voor een natuurlijke persoon, indien de werkgever kan aantonen dat hij zich redelijkerwijze in voldoende mate heeft ingespannen om een overtreding van artikel 2, eerste lid, Wav te voorkomen. Indien sprake is van een incidentele onzorgvuldigheid van administratieve aard kan de boete worden gematigd tot € 1.500,=. In de beleidsregels die in 2011 werden vastgesteld [noot:46] werd in art. 9 vastgelegd dat de boete voor een overtreding van artikel 2 van de Wav kan worden gematigd met 25%, 50% of 75%, afhankelijk van de aard en ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid en de evenredigheid. In de toelichting worden enkele specifieke omstandigheden genoemd op basis waarvan met een bepaald percentage kan worden gematigd. In de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2014 en 2015 is een tabel opgenomen met matigingsgronden en daaraan verbonden matigingspercentages.

2.20. Ten aanzien van de aansprakelijkheid merkte de minister op dat iedere werkgever in de keten zelf verantwoordelijk is in geval van een eventuele overtreding. Voor de invulling van deze eigen verantwoordelijkheid zullen werkgevers in de keten onderling afspraken moeten maken over de correcte naleving van de voorschriften van de Wav. Dergelijke afspraken moeten expliciet worden vastgelegd en er moet regelmatig en gedurende de hele duur van de opdracht daadwerkelijk worden gecontroleerd. In zijn uitspraak van 9 juli 2014 overwoog de Afdeling Bestuursrechtspraak dan ook: [noot:47]

“Ook een opdrachtgever die verder van de uiteindelijke uitvoerders afstaat dan een opdrachtnemer die als tussenschakel fungeert, draagt een eigen verantwoordelijkheid om bij aanvang van de werkzaamheden na te gaan of aan de voorschriften van de Wav wordt voldaan. Daartoe dient hij zich ervan te verzekeren, bijvoorbeeld door regelmatige controles en steekproeven, dat ook de uitvoerders aan de voorschriften van de wet voldoen.”

Als ondanks deze maatregelen toch een overtreding is geconstateerd, wordt per geval bekeken of een partij in de keten in het geheel niet verwijtbaar of verminderd verwijtbaar heeft gehandeld. [noot:48] In de tabel, opgenomen in de Beleidsregels boeteoplegging Wav 2014 en 2015, wordt de matigingsgrond “Stappenplan gevolgd en inspanningen gepleegd ter voorkoming overtreding” beloond met een matigingspercentage van 50%.

2.21. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bij herhaling geoordeeld dat de beleidsregels voor het opleggen van Wav-boetes als zodanig niet onredelijk zijn:

“Ingevolge de verplichting hem opgelegd in artikel 19d, derde lid, van de Wav heeft de minister beleidsregels vastgesteld waarin de boetebedragen voor de overtredingen zijn vastgesteld. Deze beleidsregels zijn als zodanig niet onredelijk. Ook bij de toepassing van deze beleidsregels en de daarin vastgestelde boetebedragen dient de minister in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is.

De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie. Indien de rechter van oordeel is dat dit niet het geval is en hij op die grond het besluit vernietigt, neemt hij bij het zelf bepalen van de hoogte van de boete de in de beleidsregels opgenomen boetenormbedragen als uitgangspunt.” [\[noot:49\]](#)

In de vakliteratuur is opgemerkt dat het criterium “niet onredelijk” ertoe leidt dat de bestuursrechter in concrete zaken weinig differentiatie aanbrengt. [\[noot:50\]](#) Zo was Krop van mening dat het winsttoogmerk van de rechtspersoon, de duur van de arbeid, wetenschap van de arbeid, de aard van het werk, en het voldoen aan overige regelgeving, ten onrechte niet worden meegewogen bij het bepalen van de hoogte van de boete. Hij kwam tot de slotsom dat slechts bij miniem verwijtbare overtredingen matiging door de rechter volgt. [\[noot:51\]](#) Jansen merkt op dat de Afdeling Bestuursrechtspraak vanaf 2013 “het samenstel van omstandigheden” is gaan gebruiken als matigingsgrond en, zo doende, wat meer afstand lijkt te nemen van de boetebedragen in de beleidsregels. [\[noot:52\]](#) Wel plaatst hij kanttekeningen bij het oordeel dat (in Wav-zaken) het ontbreken van financieel voordeel geen invloed heeft op de ernst van de gedraging. [\[noot:53\]](#) Inmiddels wordt de lacune in de rechtsbescherming geleidelijk gedicht, omdat de Afdeling Bestuursrechtspraak bestuurlijke boetebesluiten tegenwoordig indringender toetst. [\[noot:54\]](#)

Mogelijkheid van afwentelen van bestuursrechtelijke boeten (algemeen)

2.22. De oplegging van een bestuurlijke boete door een bestuursorgaan kan niet worden ontgaan door het sluiten van een overeenkomst. Het bestuursorgaan beoordeelt immers zelf wie wordt aangemerkt als de “werkgever” in de zin van de Wav; dat kunnen partijen niet “wegcontracteren”. Wel is het mogelijk overeen te komen dat, wanneer het bestuursorgaan eenmaal een bestuurlijke boete heeft opgelegd aan een (rechts)persoon, de financiële last van de boete wordt gedragen door een andere (rechts)persoon. Een afspraak of toezegging die inhoudt dat de financiële gevolgen van een boete-oplegging zullen worden gedragen door een ander, ondergraaft de dreigende werking die van een boete uitgaat: de overtreder weet dat hij (weliswaar in eerste instantie zelf, maar) uiteindelijk niet de financiële gevolgen van de boete behoeft te dragen. Deze constatering betekent niet zonder meer dat een dergelijke afspraak in strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden is en daarom nietig is.

2.23. Ter vergelijking kan worden gewezen [\[noot:55\]](#) op de mogelijkheid van vrijwaring van bestuurders of commissarissen (of andere leidinggevendenden) door het bedrijf of organisatie voor wie zij werkzaam zijn, ter zake van bestuursrechtelijke boetes die hen persoonlijk zijn opgelegd voor activiteiten in de uitoefening van hun functie. [\[noot:56\]](#) Bij wijziging van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is in de memorie van toelichting opgemerkt dat weliswaar voorstelbaar is dat een dergelijke overeengekomen vrijwaring nietig is, maar dat dit, in de context van de Wbp, niet categorisch kan worden gesteld. Uiteindelijk zal de rechter hieromtrent duidelijkheid moet verschaffen. [\[noot:57\]](#) Bij de wijziging van de Mededingingswet in 2007 – waarbij werd stilgestaan bij de afschrikkende werking die uitgaat van het opleggen van boeten aan individuele bestuurders [\[noot:58\]](#) – heeft de regering ervan afgezien, een verbod op contractuele vrijwaring ten behoeve van leidinggevendenden in de wet op te nemen, omdat een dergelijk verbod niet goed te handhaven is. [\[noot:59\]](#) In de door mij geraadpleegde vakliteratuur overheerst de opvatting dat het mogelijk is, bestuurders of werknemers te vrijwaren voor vermogensschade, waaronder ook aan hen persoonlijk opgelegde boeten, tenzij de bestuurder of werknemer te dier zake een ernstig (persoonlijk) verwijt treft. [\[noot:60\]](#)

2.24. In zijn tussenarrest van 16 december 2014 wijst het hof op HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8791, NJ 2009/302, waarin de Hoge Raad besliste dat de werkgever niet draagplichtig is ten aanzien van aan hem, als

kentekenhouders, opgelegde boetes voor snelheidsovertredingen die door een werknemer zijn begaan tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden. De werkgever kan, behoudens bijzondere omstandigheden, een dergelijke boete verhalen op de werknemer. Het hof veronderstelt dat de Hoge Raad tot uitgangspunt heeft genomen dat de wetsovertreder in beginsel zelf de opgelegde boete dient te dragen en dat enkel het bestaan van een arbeidsrechtelijke verhouding tussen partijen onvoldoende is om de draagplicht naar de werkgever te verleggen. Onder 3.3 kom ik hierop terug.

Mogelijkheid van verhaal van bestuurlijke boeten, opgelegd op grond van de Wav

2.25. Hierboven is al opgemerkt dat binnen een keten van opdrachtgevers aan iedere “werkgever” in de zin van de Wav een boete kan worden opgelegd, niet omdat deze aansprakelijk zou zijn voor een overtreding die door een ander (een andere Wav-“werkgever” binnen de keten) is gepleegd maar vanwege zijn *eigen* overtreding van het verbod in art. 2 lid 1 Wav. Indien tussen de betrokken Wav-werkgevers onderling geen afspraken hieromtrent zijn gemaakt, kan de beboete Wav-“werkgever” in de regel het boetebedrag niet verhalen op de partij die de betrokken vreemdeling feitelijk in dienst heeft genomen. Weliswaar levert het in dienst nemen van een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning een onrechtmatige daad op – een handeling in strijd met art. 2 lid 1 Wav –, maar dat wil nog niet zeggen dat de handeling onrechtmatig is jegens een ander die óók wordt aangemerkt als “werkgever” in de zin van de Wav. In de rechtspraak wordt aangenomen dat het in dienst nemen van een vreemdeling zonder tewerkstellingsvergunning in beginsel niet een toerekenbare tekortkoming van de opdrachtnemer oplevert in zijn verplichtingen jegens de opdrachtgever. [\[noot:61\]](#) Verhaal van een aan de opdrachtgever opgelegde bestuurlijke boete op de opdrachtnemer (aannemer/onderaannemer) zou alleen mogelijk zijn indien deze verhaalsmogelijkheid uitdrukkelijk is overeengekomen. [\[noot:62\]](#) Dit veronderstelt dat een dergelijke overeenkomst niet *a priori* nietig wordt geacht op de voet van art. 3:40 BW [\[noot:63\]](#).

2.26. In een scheidsrechterlijk vonnis van 29 oktober 2013 is uitdrukkelijk overwogen dat het afwentelen van de gevolgen van een overtreding van de Wav niet onvereenigbaar is met het doel van deze wet, namelijk om iedere werkgever in de keten van opdrachtgevers verantwoordelijk te maken: [\[noot:64\]](#)

“Met het systeem van de Wav, waarin een ruim werkgeverbegrip wordt gehanteerd met verplichtingen die worden opgelegd aan verschillende schakels in de contractuele keten, heeft de wetgever beoogd een systeem tot stand te brengen dat het mogelijk maakt de tewerkstelling van vreemdelingen zonder vereiste tewerkstellingsvergunning effectief te bestrijden. Dat een feitelijke en een formele werkgever vervolgens de risico’s voor de gevolgen van overtreding van de regelgeving exclusief bij één van hen leggen, doorkruist dat systeem niet.”

2.27. Tegenover deze overwegingen kunnen de overwegingen in de twee arresten van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch van 16 december 2014 worden gesteld. [\[noot:65\]](#) In beide arresten – waaronder het tussenarrest in de onderhavige procedure (zie alinea 1.14 hiervoor) – overweegt het hof dat op een onaanvaardbare wijze afbreuk zou worden gedaan aan de strekking van de opgelegde Wav-boete en dat het boetestelsel op onaanvaardbare wijze zou worden belemmerd of ondermijnd wanneer verhaal van de wegens eigen tekortkoming opgelegde boete mogelijk zou zijn. Hiermee sluit ik deze inleidende beschouwingen af.

3. Bespreking van de prejudiciële vraag

3.1. *[Appellante]* heeft in deze prejudiciële procedure, kort samengevat, het standpunt ingenomen dat het verhaal op een opdrachtnemer, van bestuurlijke boeten, opgelegd wegens een (door de opdrachtgever zelf begane) overtreding van de Wav, niet in strijd is met de wet, de openbare orde of de goede zeden. De handhaving van

het wettelijk voorschrift dat een tewerkstellingsvergunning vereist komt volgens [appellante] niet in gevaar: de door de overheid opgelegde bestuurlijke boete wordt afgewenteld op de onderste schakel in de keten van opdrachtgevers, en uiteindelijk op degene die *feitelijk* verantwoordelijk is voor het inschakelen van de buitenlandse werknemer.

3.2. [*Geïntimeerde*] heeft in haar schriftelijke opmerkingen, kort samengevat, het standpunt ingenomen dat ieder beding dat tot afwenteling van een punitieve sanctie strekt naar zijn aard in strijd is met de wet, de openbare orde en/of de goede zeden. De boete is immers opgelegd ter bestraffing van een gedraging van degene die verhaal zoekt; niet voor een overtreding die gepleegd zou zijn door de (onder)aannemer op wie verhaal wordt gezocht. De preventieve werking die met een boete is beoogd wordt ondergraven indien de overtreder het boetebedrag op een ander zou mogen verhalen. In deze prejudiciële procedure heeft ook *de Staat* gesteld dat een beding op grond waarvan de negatieve financiële gevolgen van een bestuurlijke boete voor rekening van een ander worden gebracht, in beginsel nietig moet worden geacht wegens strijd met de openbare orde. Onder bijzondere omstandigheden kan volgens de Staat een uitzondering worden aanvaard. De Staat noemt als relevante gezichtspunten: [\[noot:66\]](#)

- of de rechtspersoon op wie de boete wordt afgewenteld de overtreding door de rechtspersoon aan wie de boete is opgelegd heeft bevorderd;
- de mogelijkheden die de rechtspersoon, aan wie de boete wordt opgelegd, heeft om naleving van de Wav daadwerkelijk af te dwingen;
- of de rechtspersoon aan wie de boete is opgelegd een op naleving gerichte houding heeft ingenomen;
- in hoeverre de rechtspersoon aan wie de boete is opgelegd zich bewust was van de overtreding.

3.3. Ongeacht het met de strafoplegging beoogde doel, voor de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of taakstraf is noodzakelijk dat de straf de overtreder hoogstpersoonlijk treft: hij mag niet een remplaçant aanwijzen om de gevangenisstraf voor hem uit te zitten of om de taakstraf voor hem uit te voeren. Ook vermogenssancties worden opgelegd aan de overtreder persoonlijk: een geldboete wordt (bij uitblijven van tijdige betaling) verhaald op het vermogen van de overtreder zelve. Dit neemt niet weg dat nadat het boetebedrag door de overheid eenmaal bij de overtreder is geïncasseerd, de bestrafte persoon het door hem geleden vermogensnadeel geheel of gedeeltelijk kan afwentelen op een ander (al dan niet krachtens een overeenkomst die die ander daartoe verplicht). [\[noot:67\]](#) Een overeenkomst of eenzijdige toezegging die inhoudt – en ertoe strekt – dat op voorhand alle in de toekomst op te leggen boeten aan de overtreder zullen worden vergoed, kan tot gevolg hebben dat de preventieve werking van de boetesanctie wordt verminderd. Van een vermogenssanctie die de dader *uiteindelijk* niet in zijn vermogen zal treffen gaat weinig preventieve werking uit: de dader hoeft niet benauwd te zijn voor de gevolgen van zijn daad. Deze problematiek speelde ook in de zaak over de snelheidsboetes. [\[noot:68\]](#) Indien de werkgever op grond van regelen van arbeidsrecht gehouden is het bedrag van eventuele snelheidsboeten telkens voor zijn rekening te nemen, ontbreekt voor de bestuurder van het voertuig de financiële prikkel om zich aan de maximumsnelheid te houden. Er kan onder bijzondere omstandigheden reden zijn om de werkgever, als kentekenhouder publiekrechtelijk aansprakelijk, de mogelijkheid te onthouden om de boete voor een snelheidsovertreding op de werknemer/chauffeur te verhalen, bijvoorbeeld indien de werkgever door onbehoorlijke druk uit te oefenen op de werknemer/chauffeur of anderszins zelf heeft bewerkstelligd dat het gaspedaal te diep werd ingedrukt, kortom: indien de werkgever een ernstig verwijt treft.

3.4. De Wav verbiedt niet het sluiten van een overeenkomst op grond waarvan opgelegde bestuurlijke boeten kunnen worden doorberekend aan de (onder)aannemer of andere wederpartij. In de parlementaire geschiedenis van de Wet bestuurlijke boete arbeid vreemdelingen heb ik geen concreet antwoord gevonden op de vraag of een overeenkomst met een dergelijk beding in strijd met de openbare orde of de goede zeden moet worden geacht. In het debat tussen partijen hebben rechtseconomische argumenten de boventoon gevoerd. De parlementaire behandeling biedt vanzelfsprekend wel aanknopingspunten voor een antwoord op de vraag, welke belangen door de geschonden regel worden beschermd. Rechtstreeks is de vraag aan de orde of een verhaalsbeding de effectiviteit, de dreigende werking, aan de bestuurlijke boete ontnemt. Het incasseren van een bestuurlijke boete is niet een doel op zichzelf, maar een middel tot handhaving van de bepaling die een tewerkstellingsvergunning voorschrijft. De tewerkstellingsvergunning is, op haar beurt, niet een doel op zichzelf, maar een middel om de hoofddoelstellingen van de Waz te bereiken, zoals: het tegengaan van verdringing van legaal aanbod van arbeidskrachten; het tegengaan van uitbuiting van illegaal te werk gestelde vreemdelingen; het tegengaan van de concurrentievervalsing welke dreigt te ontstaan indien een werkgever financieel voordeel geniet door inschakeling van illegaal geworven personeel. [\[noot:69\]](#)

3.5. Indien tussen opdrachtgever en opdrachtnemer verhaal van een opgelegde of nog op te leggen bestuurlijke boete is overeengekomen, kan worden aangevoerd dat nakoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 in verbinding met art. 3:12 BW). Op deze bepaling zou een beroep kunnen worden gedaan wanneer de opdrachtgever een ernstig verwijt treft, bijvoorbeeld ingeval de partij die verhaal zoekt zélf opdracht heeft gegeven om een vreemdeling in te schakelen voor de uitvoering van het werk, ondanks het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning. Het beroep op art. 6:248 BW raakt slechts de onderlinge rechtsbetrekking tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer en laat het beding als zodanig in stand. Een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid staat echter los van de vraag die nu prejudicieel aan de Hoge Raad is voorgelegd, namelijk de vraag naar de sanctie van nietigheid van het beding zelf wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW. Bij nietigheid van een verhaalsbeding kan de overheid belang hebben, of de vreemdeling wiens uitbuiting dreigt. Indien de wederpartij een beroep doet op de nietigheid, is één van de relevante gezichtspunten: welke belangen door de geschonden regel worden beschermd (zie alinea 2.2 hiervoor).

3.6. Het bestuursorgaan dat de boete oplegt is niet aan het verhaalsbeding gebonden. Het beding verhindert de overheid niet om aan iedere opdrachtgever of opdrachtnemer in de keten die krachtens wetsduiding (mede) is aan te merken als “werkgever” van de betrokken vreemdeling, een boete op te leggen. De hoofddoelstellingen van de Wav – het tegengaan van verdringing van legaal arbeidsaanbod, uitbuiting van illegaal tewerkgestelde vreemdelingen en concurrentievervalsing – worden mijns inziens niet geschaad wanneer, via een verhaalsbeding in een keten van opdrachtgevers, het financiële nadeel van de boete uiteindelijk daadwerkelijk wordt gedragen door de partij die (het dichtst staat bij degene die) feitelijk en rechtstreeks de vreemdeling had ingeschakeld voor het verrichten van de arbeid. [\[noot:70\]](#) De laatstgenoemde partij krijgt in dat geval een dubbele sanctie te dragen: publiekrechtelijk de bestuurlijke boete die haar kan worden opgelegd en privaatrechtelijk de vordering van haar opdrachtgever tot verhaal van diens boetebedrag. Aan het totale bedrag van de door de overheid op te leggen boeten wordt hiermee niets veranderd. De tot verhaal aangesproken partij die (in de keten van opdrachtgevers dichtst staat bij degene die) feitelijk en rechtstreeks de vreemdeling heeft ingeschakeld voor de arbeid zal in het algemeen beter dan zijn opdrachtgever in staat zijn om zorg te dragen voor het naleven van de wettelijke voorschriften. Zo beschouwd, zou de door het hof gestelde prejudiciële vraag *in beginsel* ontkennend kunnen worden beantwoord.

3.7. Maatschappelijk beschouwd is een probleem dat het te werk stellen van vreemdelingen zonder vergunning soms geschiedt in een niet transparante sfeer van illegaliteit [noot:71] of via, wat in de memorie van toelichting werd genoemd, “sluipwegen en ingewikkelde constructies”. Het verdienmodel van degene die illegaal vreemdelingen te werk stelt kan erop zijn ingericht dat de kans om te worden betrapt relatief gering is. Indien een overtreding van het verbod van art. 2 Wav is opgespoord en bestuurlijke boeten worden opgelegd, kan zich de situatie voordoen dat de rechtstreeks voor het inschakelen van de vreemdeling verantwoordelijke “werkgever” een “katvanger” in binnen- of buitenland blijkt te zijn die geen verhaal biedt of met de noorderzon is vertrokken. De wetgever heeft een oplossing voor dit probleem gezocht in een uitbreiding van het begrip “werkgever”. Naar de letter houdt art. 2 lid 1 Wav slechts een verbod in: een verplichting om zich van een bepaalde gedraging te onthouden. Als gevolg van de ruime omschrijving van het begrip “werkgever” in art. 1 Wav en het verbod art. 2 lid 1 Wav is impliciet [noot:72] een verplichting tot actief handelen op de schouders van iedere “werkgever” gelegd. Om aan een bestuurlijke boete te ontkomen moet iedere Wav-“werkgever” zowel administratief als via poortcontroles op het bedrijfsterrein e.d. (laten) nagaan welke personen het opgedragen werk feitelijk uitvoeren en, indien deze vreemdeling blijken te zijn, (laten) controleren of voor hen een geldige tewerkstellingsvergunning is afgegeven dan wel sprake is van een vrijstelling. Mede gelet op de hieraan verbonden kosten, kan een verhaalsbeding tot gevolg hebben dat de aandacht van de opdrachtgever voor de aanwezigheid van een tewerkstellingsvergunning verslapt omdat hij de hem eventueel op te leggen bestuurlijke boete toch zal kunnen doorberekenen. Indien een opdrachtgever *per saldo* geen nadeel van het illegale handelen ondervindt, omdat hij de hem opgelegde bestuurlijke boete geheel kan verrekenen met de aanneemsom, komt hij ermee weg.

3.8. Hiertegen kan worden ingebracht dat het nog maar de vraag is, of de opdrachtgever met een verhaalsbeding werkelijk in staat zal zijn een aan hem opgelegde en door hem betaalde bestuurlijke boete te verhalen op de wederpartij bij de overeenkomst. Ook de opdrachtgever loopt het risico dat de schuldenaar, de opdrachtnemer/(onder)aannemer, insolvent of met de noorderzon vertrokken blijkt te zijn. [noot:73] Met een verhaalsbeding blijft dus wel enige financiële prikkel voor de opdrachtgever bestaan om actief mee te werken aan de handhaving van de voorschriften in de Wav.

3.9. De handhaving van art. 2 lid 1 Wav kan nog in een ander opzicht worden gefrustreerd door een verhaalsbeding. Indien het bestuursorgaan (naast het opleggen van een bestuurlijke boete aan de partij die verhaal zoekt) ook een bestuurlijke boete oplegt aan de (onder)aannemer op wie de opdrachtgever verhaal zoekt, is sprake van een concurrentie van schuldeisers. Als ik mij niet vergis, heeft de wetgever niet in titel 4.4 Awb (bestuurlijke geldschulden) noch in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:283 resp. 3:288 BW) voorzien in een voorrecht voor de vordering van het bestuursorgaan met betrekking tot de opgelegde bestuurlijke boete. Een verhaalsbeding in een overeenkomst tussen opdrachtgever en opdrachtnemer met betrekking tot bestuurlijke boeten die aan de opdrachtgever worden opgelegd, in combinatie met de mogelijkheid dat de opdrachtgever zijn verhaalsvordering verrekent met de aanneemsom of een ander bedrag dat hij contractueel nog aan de opdrachtnemer/(onder)aannemer verschuldigd is, kan afbreuk doen aan de feitelijke mogelijkheden voor het bestuursorgaan om een boete te incasseren die het rechtstreeks heeft opgelegd aan de opdrachtnemer/(onder)aannemer op wie door de opdrachtgever verhaal wordt gezocht. [noot:74]

3.10. De door het hof voorgelegde vraag is betrekkelijk ruim geformuleerd: de door het hof gebruikte begrippen “contractuele bepaling” en “medecontractant” omvatten overeenkomsten van allerlei aard. In het *intake*-advies heb ik de Hoge Raad daarom voorgesteld de vraag op de voet van art. 393 lid 7 Rv te herformuleren: [noot:75]

“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?”

3.11. Uit het voorgaande moge duidelijk zijn geworden dat de vraag van het hof zich niet goed leent voor een beantwoording met “ja” of “neen”. Aan het *opleggen* van bestuurlijke boeten aan iedere “werkgever” in de zin van de Wav staat het beding niet in de weg. In tweeërlei opzicht kan een verhaalsbeding afbreuk doen aan de handhaving van het bepaalde in art. 2 Wav: hetzij omdat een financiële prikkel voor de partij die verhaal zoekt wordt weggenomen om zich actief in te spannen door steeds na te gaan of de benodigde tewerkstellingsvergunning is verleend, hetzij omdat de feitelijke mogelijkheden voor het betrokken bestuursorgaan tot verhaal verminderen. Daartegenover staat dat het verhaalsbeding voor de onderste schakel in de keten van opdrachtgevers (nl. de partij op wie verhaal wordt gezocht) een extra financiële prikkel vormt om de wet na te leven. Dat maakt verhaal op een partij die “werkgever” van dezelfde vreemdeling is in de zin van de Wav aanvaardbaar. Over allerlei voorstelbare tussenvormen, zoals bijv. een beding dat voor 40% of 60% van het boetebedrag verhaal mogelijk maakt, zijn in deze zaak geen prejudiciële vragen gesteld. Evenmin gaat de gestelde vraag over de situatie die zich zou kunnen voordoen wanneer een Wav-“werkgever”, ter voldoening aan zijn verplichting om controle uit te oefenen op de aanwezigheid van een tewerkstellingsvergunning, een externe boekhouder inschakelt of een extern bewakingsbedrijf dat de toegangscontroles bij de poort van het bedrijfsterrein uitvoert, waarna de “werkgever” – indien er toch een zonder vergunning tewerkgestelde vreemdeling blijkt te zijn – de opgelegde boete wil verhalen als schade wegens een toerekenbare tekortkoming van die boekhouder of van dat bewakingsbedrijf.

3.12. De Hoge Raad zou de door het hof gestelde vraag kunnen beantwoorden als volgt:

- (i) Een beding dat verhaal mogelijk maakt van een ter zake van schending van een of meer bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen opgelegde bestuurlijke boete, opgelegd aan de eisende partij of aan een andere partij voor wier gedragingen de tot verhaal aangesproken wederpartij niet verantwoordelijk is, is als zodanig niet in strijd met de wet.
- (ii) Een beding in een aannemingsovereenkomst dat verhaal mogelijk maakt van een ter zake van schending van een of meer bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen opgelegde bestuurlijke boete, opgelegd aan de partij die verhaal zoekt of aan een andere partij voor wier gedragingen de tot verhaal aangesproken wederpartij niet verantwoordelijk is, geldt in beginsel niet als nietig wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden wanneer het beding ertoe strekt dat het vermogensnadeel van de boete wordt gedragen door een “werkgever” in de zin van de Wav van dezelfde vreemdeling ten aanzien van dezelfde werkzaamheden.
- (iii) Niettemin kan er onder bijzondere omstandigheden aanleiding zijn om een beding in een aannemingsovereenkomst dat verhaal mogelijk maakt van een ter zake van schending van een of meer bepalingen van de Wet arbeid vreemdelingen opgelegde bestuurlijke boete, opgelegd aan de partij die verhaal zoekt of aan een andere partij voor wier gedragingen de tot verhaal aangesproken wederpartij niet verantwoordelijk is, te beschouwen als nietig wegens strijd met de openbare orde of met de goede zeden. Zulk een aanleiding kan bestaan wanneer aan de partij die verhaal zoekt een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat de tewerkstelling zonder tewerkstellingsvergunning heeft plaatsgevonden en (aangenomen dat het gaat om dezelfde vreemdeling en dezelfde werkzaamheden) uitvoering van het beding tot gevolg zou hebben dat

een bestuurlijke boete ter zake van overtreding van de Wav opgelegd aan de partij op wie verhaal wordt gezocht, niet kan worden geïncasseerd.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag op de wijze als vermeld onder 3.12.

Hoge Raad

(...; red.)

2. De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd arrest heeft het hof op de voet van art. 392 Rv de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“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?”

(...; red.)

3. Beantwoording van de prejudiciële vraag

3.1. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) [appellante] was hoofdaannemer van een in 2012 gerealiseerd nieuwbouwproject, het GGZ-gebouw in Nijmegen. De Stichting Pro Persona GGZ (hierna: Pro Persona) was de opdrachtgever voor dit project.

(ii) [appellante] heeft ter uitvoering van dit project [geïntimeerde] ingeschakeld als onderaannemer voor het leveren en aanbrengen van systeemplafonds, het uitvoeren van stukadoorwerken en het uitvoeren van schilderwerken. In de daartoe gesloten overeenkomsten is, voor zover hier van belang, telkens het volgende opgenomen:

“Wettelijke verplichtingen

Onderaannemer dient te voldoen aan alle wettelijke verplichtingen die op zijn werkzaamheden en het inzetten van personeel van toepassing zijn. Indien de hoofdaannemer geconfronteerd mocht worden met boetes of andere aansprakelijkheidstellingen die terug zijn te voeren op onderaannemer, zullen de financiële gevolgen van deze boetes of andere aansprakelijkheidstellingen worden verhaald op onderaannemer. In voorkomend geval behoudt hoofdaannemer zich het recht voor deze in te houden op eventuele openstaande facturen van onderaannemer. (...)”

(iii) De overeenkomsten bepalen dat de algemene inkoop- en onderaannemingsvoorwaarden van [appellante] daarop van toepassing zijn. In art. 19 van die voorwaarden is opgenomen:

“19.1. Voor zover het door opdrachtnemer niet of niet volledig naleven van zijn contractuele dan wel wettelijke verplichtingen tot gevolg heeft dat [appellante] jegens derden aansprakelijk wordt gesteld, verplicht opdrachtnemer zich [appellante] voor alle gevolgen van deze aansprakelijkheid zowel te vrijwaren als volledig schadeloos te stellen. (...)”.

(iv) In het bij dit project behorende bestek, dat deel uitmaakt zowel van de tussen Pro Persona en [appellante] als van de tussen [appellante] en [geïntimeerde] gesloten overeenkomsten, is onder meer het volgende opgenomen:

“Aannemer heeft jegens opdrachtgever ervoor in te staan, dat hij zowel met betrekking tot zijn eigen personeel als personeel van de door hem ingeschakelde onderaannemers voldoet aan de registratievereisten voor niet-Nederlandse werknemers, het een en ander zoals geregeld in de Wet Arbeid Vreemdelingen (...) en dient daartoe een actueel bestand van identiteitspapieren/werkvergunningen ter inzage op de bouwplaats aanwezig te hebben. (...)”

Als opdrachtgever boetes (...) opgelegd krijgt, is aannemer verplicht (...) dit bedrag aan de opdrachtgever te betalen c.q. is opdrachtgever gerechtigd tot elke vorm van verrekening. (...)”

(v) Op 21 maart 2012 heeft de Arbeidsinspectie een controle uitgevoerd op de bouwplaats van dit project. De Arbeidsinspectie heeft naar aanleiding hiervan op 30 januari 2013 een boeterapport opgesteld, waarin onder meer is opgenomen dat ten aanzien van zestien vreemdelingen sprake was van overtreding van art. 2 lid 1 van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: Wav) en dat [appellante] ter zake wordt aangemerkt als overtreder. Het rapport vermeldt dat Pro Persona en [geïntimeerde] eveneens zijn aan te merken als “werkgever” in de zin van art. 1, onder b, Wav en dat tegen deze rechtspersonen afzonderlijk een boeterapport of proces-verbaal zal worden opgemaakt.

(vi) Zowel [appellante] als Pro Persona hebben van de Arbeidsinspectie een kennisgeving ontvangen van het voornemen een boete van € 128.000,= op te leggen. Na bezwaar en beroep is de boete voor Pro Persona verlaagd tot € 88.000,=; de verwachting is dat ditzelfde zal gebeuren met de boete voor [appellante]. [Appellante] heeft jegens Pro Persona erkend aansprakelijk te zijn voor de betaling van de aan Pro Persona opgelegde boete.

(vii) [appellante] heeft van de door [geïntimeerde] aan haar in rekening gebrachte bedragen voor verrichte werkzaamheden een bedrag van € 322.000,= niet voldaan. Het bedrag is in onderling overleg bij een notaris in depot gegeven.

3.2.1. De Wav strekt ertoe illegale tewerkstelling te bestrijden. Beoogd wordt de verdringing van legaal arbeidsaanbod, de overtreding van normen op het gebied van arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden, die kan leiden tot uitbuiting van de illegaal tewerkgestelde vreemdeling, alsmede concurrentievervalsing tegen te gaan (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p. 1).

3.2.2. De Wav wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd. Dit houdt onder meer in dat aan de werkgever die het verbod van art. 2 lid 1 Wav overtreedt doordat hij arbeid door een vreemdeling laat verrichten zonder dat de daarvoor vereiste vergunning aanwezig is, een bestuurlijke boete wordt opgelegd (art. 19a Wav). Art. 1, aanhef en onder b, Wav geeft een zeer ruime omschrijving van het begrip werkgever, op grond waarvan (voor zover hier van belang) ieder die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf een ander arbeid laat verrichten, als werkgever wordt beschouwd. Daarbij is niet van belang of sprake is van een arbeidsovereenkomst of gezagsverhouding, aangezien het feit dat in opdracht of ten dienste van een werkgever arbeid wordt verricht, voor het feitelijk werkgeverschap voldoende is (Kamerstukken II, 1993-1994, 23 574, nr. 5, p. 2). Dit brengt mee dat bij een keten van overeenkomsten zoals in het onderhavige geval aan de orde is, zowel de opdrachtgever (Pro Persona), als de hoofdaannemer ([appellante]), als de onderaannemer ([geïntimeerde]) werkgever in de zin van de Wav is. Daarom heeft iedere werkgever in de keten ingevolge de Wav een eigen verantwoordelijkheid om na te gaan of een geldige tewerkstellingsvergunning is afgegeven, en begaat ieder van hen bij ontbreken van de vergunning zelf een overtreding van het verbod van art. 2 lid 1 Wav. Meerdere werkgevers kunnen dus naast

elkaar bestuurlijk beboet worden ter zake van de illegale arbeid van één vreemdeling. (vgl. Kamerstukken II, 2003-2004, 29 523, nr. 6, p. 2-3)

3.2.3. De wetgever heeft voor de ruime omschrijving van het begrip werkgever gekozen omdat in de praktijk steeds werd gepoogd om via sluipwegen en ingewikkelde constructies het verbod vreemdelingen tewerk te stellen, en daarmee de vergunningplicht, te ontgaan (Kamerstukken II, 1993-1994, 23 574, nr. 3, p. 4 en 13). Deze ruime omschrijving strekt ertoe te voorkomen dat werkgevers hun verantwoordelijkheid ingevolge de Wav kunnen ontlopen, en dat feitelijk leidinggevend gebruik kunnen maken van stromannen en schijnconstructies om boeten op anderen af te wentelen (Kamerstukken II, 2012-2013, 33 475, nr. 6, p. 3). Blijkens de context wordt met dit "afwentelen" bedoeld op het geheel ontgaan van de boeten.

3.2.4. Met de invoering van (hoge) bestuurlijke boeten in de Wav is beoogd door middel van een "lik-op-stuk"-beleid 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 (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p. 6, 10).

3.3. In de onderhavige prejudiciële procedure gaat het om een contractueel beding in een (onder)aannemingsovereenkomst, op grond waarvan de partij aan wie als werkgever in de zin van de Wav wegens een eigen overtreding van art. 2 lid 1 Wav een bestuurlijke boete is opgelegd, het bedrag van die boete mag verhalen op zijn contractuele wederpartij die de opvolgende schakel in de keten van werkgevers is (hierna ook: het verhaalsbeding). De prejudiciële vraag stelt aan de orde of een dergelijk verhaalsbeding nietig is wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW, dan wel welke gezichtspunten bij beantwoording van die vraag in aanmerking moeten worden genomen.

3.4. 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 art. 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.

3.5.1. Om te oordelen dat het verhaalsbeding nietig is op de grond dat zijn inhoud of strekking in strijd is met de openbare orde, moet sprake zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard.

3.5.2. 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 geschrift, 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, 2003-2004, 29 523, nr. 3, p. 4-5, en Kamerstukken II, 2011-2012, 33 207, nr. 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, 2003-2004, 29 523, nr. 6, p. 8).

3.5.3. 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 art. 2 lid 1 Wav. In zoverre wordt daardoor afbreuk gedaan aan de beoogde afschrikwekkende werking van de boete (zie hiervoor in 3.2.4) en daarmee tevens aan het handhaven van de doelstellingen van de Wav (zie hiervoor in 3.2.1). Daartegenover kan echter op het volgende worden gewezen.

3.5.4. 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 art. 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 art. 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, respectievelijk arbeidsovereenkomst) met de derde.

3.5.5. Het voorgaande ligt niet wezenlijk anders in het geval waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft. Dat geval wordt hierdoor gekenmerkt dat werkzaamheden voor een bepaald project worden verricht ter uitvoering van een keten van (onder)aannemingsovereenkomsten, zodat – als gevolg van de ruime omschrijving van het begrip werkgever in de Wav – er meerdere werkgevers zijn aan te wijzen, die ieder een eigen verplichting tot naleving van de Wav hebben. Ook in deze situatie is mogelijk en toelaatbaar dat de “hoogste” werkgever in de keten (de opdrachtgever van het project) – die veelal op afstand staat van de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden en in de regel niet zelf voor de inschakeling van arbeidskrachten zorgt – zijn wederpartij (de hoofdaannemer) contractueel verplicht zorg te dragen voor de naleving van (ook) de verplichtingen die ingevolge art. 2 lid 1 Wav op de opdrachtgever rusten en blijven rusten. Die wederpartij is immers in hun onderlinge verhouding het nauwst betrokken bij de feitelijke tewerkstelling van arbeidskrachten voor het door haar

aangenomen werk. En in de regel geldt hetzelfde in de onderlinge verhouding tussen hoofdaannemer en onderaannemer.

Dat partijen het verhaalsbeding inderdaad bedoeld hebben voor de situatie dat het personeel feitelijk door de “lagere schakel” wordt tewerkgesteld, blijkt hieruit dat het hiervoor in 3.1 onder (iv) geciteerde verhaalsbeding in het bestek slechts betrekking heeft op het “eigen personeel” van de (onder)aannemer, alsmede op het “personeel van de door hem ingeschakelde onderaannemers”. Ook het hiervoor in 3.1 onder (ii) geciteerde beding in de overeenkomst tussen [appellante] en [geïntimeerde] vestigt een aansprakelijkheid van [geïntimeerde] voor de ten laste van [appellante] gekomen boeten en aansprakelijkstellingen, doch (blijkens de eerste zin) slechts voor zover die betrekking hebben op de overtreding van wettelijke verplichtingen ter zake van werkzaamheden van [geïntimeerde] zelf (“zijn werkzaamheden”) en het inzetten van personeel daarvoor.

3.5.6. Hierbij moet bedacht worden dat de wetgever de ruime omschrijving van het begrip werkgever in de Wav vooral heeft ingevoerd, omdat anders de vergunningplicht en de boeten bij overtreding te gemakkelijk “via sluiptwegen, stromannen of ingewikkelde (schijn)constructies” zouden kunnen worden ontlopen (zie hiervoor in 3.2.3). Door het verhaalsbeding wordt echter 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 door het beding ook geen verandering, zodat over de hele keten bezien in dezelfde mate voldaan blijft worden aan het oogmerk van de wetgever het financiële voordeel van illegale tewerkstelling weg te nemen (vgl. hiervoor in 3.2.4).

3.5.7. Wel wordt door de mogelijkheid van verhaal in de onderlinge verhouding tussen de verschillende schakels in de keten, de financiële prikkel om de Wav na te leven (indirect) geconcentreerd bij de werkgever lager in de keten die het meest direct betrokken is bij de tewerkstelling van de arbeidskrachten voor het door hem aangenomen werk (zie hiervoor in 3.5.5, tweede alinea). 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.

3.5.8. Ten slotte is van belang dat bij herhaalde overtreding van de Wav door een werkgever, onder de in art. 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 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.

3.5.9. 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.

3.6. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een verhaalsbeding als waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft, als zodanig niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de Wav en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving door middel van het opleggen van bestuurlijke boeten. Van nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW is dan ook geen sprake.

3.7. In de schriftelijke opmerkingen van partijen en de Staat is ook de vraag besproken of onder bijzondere omstandigheden (toch) sprake kan zijn van nietigheid.

In dat verband is onder meer de omstandigheid genoemd dat de verhaal zoekende partij een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat zonder vergunning tewerkstelling van een vreemdeling heeft plaatsgevonden. Deze omstandigheid heeft echter geen invloed 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 in hoeverre haar beroep op het verhaalsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Omdat, zoals overwogen, de geldigheid van een rechtshandeling beoordeeld moet worden naar de situatie ten tijde van het verrichten daarvan, kan ook de omstandigheid dat een bestuurlijke boete die is opgelegd aan de partij op wie verhaal wordt gezocht, door het bestuursorgaan niet kan worden geïncasseerd doordat die partij als gevolg van het verhaal door haar contractuele wederpartij krachtens het verhaalsbeding niet meer solvent is, op zichzelf niet meebrengen dat het verhaalsbeding nietig is.

Voor zover echter bij het aangaan van het verhaalsbeding de bedoeling bij partijen heeft voorgezet 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.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vraag op de hiervoor in 3.6 en 3.7 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure (...; red.).

Noot

1. Prejudiciële vraag over verhalen van bestuurlijke boetes.

De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat een verhaalsbeding op grond waarvan een partij een bestuurlijke boete kan verhalen op een contractuele wederpartij is toegestaan. De Hoge Raad komt tot dit oordeel nadat het Hof 's-Hertogenbosch ambtshalve de volgende prejudiciële vraag voorlegde: *“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?”*

2. Europese rechtspraak.

Over de vraag of het partijen vrijstaat afspraken te maken over de onderlinge verdeling van bestuurlijke boetes bestond lange tijd onduidelijkheid. Ten aanzien van hoofdelijk opgelegde boetes oordeelde het Europees Hof van Justitie op 10 april 2014 (Areva e.a./Commissie) dat het bij gebreke van een contractuele regeling aan de

nationale rechter is om de interne draagplicht van hoofdelijk opgelegde boetes te bepalen. Hieruit kan worden afgeleid dat het Europese Hof contractuele afspraken over de verdeling van boetes niet per se ongeoorloofd acht en dit verder aan de nationale rechter overlaat. De lagere Nederlandse rechtspraak was niet eenduidig op dit punt (zie ook par. 2.25 e.v. van de conclusie van A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2015:2389). Met het arrest van 11 december 2015 heeft de Hoge Raad hierover duidelijkheid verschaft.

3. *Beoordeling door de Hoge Raad.*

In het onderhavige geval betrof het een keten van aannemingsovereenkomsten op grond waarvan, kort samengevat, bestuurlijke boetes opgelegd wegens schending van de Wet arbeid vreemdelingen (hierna: "Wav") verhaald konden worden op de lagere schakel in de keten. Nadat de Arbeidsinspectie de hoofdaannemer een boete oplegt wegens schending van de Wav, wil deze hoofdaannemer deze boete vervolgens conform het overeengekomen verhaalsbeding verhalen op de onderaannemer. Bij de beoordeling of een dergelijk verhaalsbeding nietig is, stelt de Hoge Raad voorop dat met name strijd met de openbare orde in aanmerking komt in dit geval. Nietigheid van het verhaalsbeding wegens strijd met de openbare orde vereist dat de inhoud of strekking van het beding in strijd is (i) met fundamentele beginselen van de rechtsorde, of (ii) met algemene belangen van fundamentele aard. De Hoge Raad toetst vervolgens de inhoud en gevolgen van het verhaalsbeding aan het doel en de strekking van de Wav. De Wav beoogt illegale tewerkstelling te bestrijden en kent een ruim werkgeversbegrip om te voorkomen dat de vergunningplicht en de boetes worden omzeild. Als gevolg hiervan kunnen meerdere werkgevers naast elkaar beboet worden ter zake van de illegale arbeid van één vreemdeling. Enerzijds doet de mogelijkheid de boete te verhalen afbreuk aan de beoogde afschrikwekkende werking van de boete en daarmee aan het handhaven van de doelstellingen van de Wav, aldus de Hoge Raad. Anderzijds verzet de Wav zich er niet tegen dat een werkgever de zorg voor de nakoming van de verplichtingen van de Wav contractueel opdraagt aan een derde. Daarbij acht de Hoge Raad van belang dat de werkgever op grond van de Wav zelf verantwoordelijk blijft voor de naleving van de wet en dat het verhaalsbeding in het onderhavige geval bedoeld is voor de situatie dat de derde, de lagere schakel, ook degene is die het personeel feitelijk tewerkstelt. Door het beding wordt door geen van de betrokken werkgevers de vergunningplicht of de oplegging van boetes bij overtreding ontlopen. Daar komt bij dat het totaal aan op te leggen bestuurlijke boetes (aan de verschillende werkgevers in de keten) ook geen verandering ondergaat. Wel wordt de financiële prikkel geconcentreerd bij de werkgever lager in de keten die het meest direct betrokken is bij de tewerkstelling van het personeel. Op deze lagere schakel rust een extra prikkel de Wav na te leven. Tot slot acht de Hoge Raad van belang dat de Wav bij herhaalde overtreding ook andere sancties kent, waardoor ook voor de werkgever die zijn boete kan verhalen een prikkel blijft bestaan de Wav na te komen. Op basis van de hiervoor genoemde factoren komt de Hoge Raad tot het oordeel dat het onderhavige verhaalsbeding niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de Wav en de daarin opgenomen handhaving. Van nietigheid wegens strijd met de wet, openbare orde of goede zeden is dan ook geen sprake.

4. *Nietigheid bij bijzondere omstandigheden?*

Tot slot gaat de Hoge Raad nog in op de vraag of het verhaalsbeding onder bijzondere omstandigheden toch nietig kan zijn, zoals in het geval waarin de partij die zich beroept op het verhaalsbeding, een ernstig verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de schending van de Wav. Omdat de nietigheid van het beding moet worden beoordeeld naar het moment waarop het werd aangegaan en dergelijke bijzondere omstandigheden zich pas later voordoen, leiden deze omstandigheden niet tot nietigheid van het verhaalsbeding. Wel kan het beroep op het verhaalsbeding in dat geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (ex art. 6:248 lid 2 en 3:12 BW), waardoor aan de partij die een ernstig verwijt kan worden gemaakt geen beroep toekomt op

het beding. Een verhaalsbeding kan volgens de Hoge Raad wel nietig zijn als partijen bij het aangaan van het beding bijvoorbeeld het oogmerk hadden het incasseren van boetes te frustreren of overeenkomen dat een partij ook gevrijwaard wordt in geval van opzet of grove schuld.

5. Conclusie A-G en schriftelijke opmerkingen Staat.

De Hoge Raad volgt met dit arrest de conclusie van A-G Langemeijer. Overigens blijkt uit het arrest niet expliciet of de Hoge Raad de door de A-G voorgestelde geherformuleerde vraag overneemt. Naar het oordeel van de A-G is de door het hof voorgelegde vraag betrekkelijk ruim en om die reden stelt de A-G een herformulering voor (par. 3.10 conclusie). Enerzijds is deze herformulering specifiek. Anderzijds is deze ruimer in die zin dat deze herformulering ook de gezichtspunten omvat die bij de beoordeling in acht moeten worden genomen. De bevoegdheid van de Hoge Raad om de gestelde vraag te herformuleren volgt uit art. 393 lid 7 Rv. In par. 2 van het arrest citeert de Hoge Raad zowel de door het hof als de door de A-G geformuleerde prejudiciële vraag, maar kiest daarbij niet uitdrukkelijk voor een van beide formuleringen. Uit r.o. 3.3 kan worden afgeleid dat de Hoge Raad ingaat op beide vragen. In die rechtsoverweging oordeelt de Hoge Raad: *“De prejudiciële vraag stelt aan de orde of een dergelijk verhaalsbeding nietig is wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW, dan wel welke gezichtspunten bij beantwoording van die vraag in aanmerking moeten worden genomen.”* De bewoording *“dan wel”* in de genoemde rechtsoverweging komt daarbij overigens vreemd voor.

Tot slot verdient opmerking dat advocaat bij de Hoge Raad mr. M.W. Scheltema namens de Staat der Nederlanden schriftelijke opmerkingen heeft ingediend. Op grond van art. 393 lid 2 Rv en art. 8.1 van het Reglement prejudiciële vragen aan de Civiele Kamer van de Hoge Raad der Nederlanden kan de Hoge Raad bepalen dat ook anderen dan partijen in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. De Hoge Raad gaat in zijn arrest verder niet in op de schriftelijke opmerkingen van de Staat. Volgens de parlementaire geschiedenis is de Hoge Raad daar ook niet toe gehouden (MvT, *Kamerstukken II 2010/11*, 32 612, 3, p. 17). Uit de conclusie van de A-G blijkt dat de Staat zich, anders dan de A-G en de Hoge Raad, op het standpunt stelt dat een beding op grond waarvan de negatieve financiële gevolgen van een bestuurlijke boete voor rekening van een ander worden gebracht, in beginsel nietig moet worden geacht wegens strijd met de openbare orde. Onder bijzondere omstandigheden kan volgens de Staat een uitzondering worden gemaakt. Ik verwijs hiervoor naar par. 3.2 van de Conclusie. Zoals gezegd, delen de A-G noch de Hoge Raad deze visie van de Staat.

6. Gevolgen voor de praktijk.

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat het partijen in principe vrijstaat afspraken te maken over onderling verhaal van een bestuurlijke boete. Dit arrest is voor de praktijk van groot belang. Niet alleen voor werkgevers die de Wav dienen na te leven en bij schending een boete opgelegd kunnen krijgen, maar ook in bredere zin, bijvoorbeeld ten aanzien van hoofdelijk opgelegde boetes wegens mededingingsrechtelijke inbreuken. Partijen die een aan hen opgelegde bestuurlijke boete willen verhalen op een contractuele wederpartij doen er goed aan twee punten voor ogen te houden. Ten eerste is voor de geldigheid van het verhaalsbeding van belang dat het beding het doel of de strekking van de wetgeving waar de boete uit voortvloeit, niet ondermijnt. Ten tweede is het raadzaam het verhaalsbeding expliciet op te nemen in de overeenkomst met de wederpartij. Los van de bewijspositie van degene die zich op het verhaalsbeding wil beroepen, is dit tweede punt van belang omdat in de rechtspraak wordt aangenomen dat indien de betrokken werkgevers hier onderling geen afspraken over hebben gemaakt, de beboete werkgever de boete in principe niet kan verhalen op de werkgever die de vreemdeling feitelijk in dienst nam (zie par. 2.25 van de conclusie).

mr. M.H.S. Berghuijs, advocaat bij Stibbe NV te Amsterdam

Voetnoten

[1]

Zie rov. 3.1 van het tussenarrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 december 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:5353).

[2]

Deze vorderingen zijn opgesomd in het vonnis van de rechtbank (blz. 3).

[3]

Art. 393 lid 2 Rv in verbinding met art. 8.1 van het Reglement prejudiciële vragen aan de Civiele Kamer van de Hoge Raad der Nederlanden.

[4]

Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III 2014, nr. 313.

[5]

Groene Serie Vermogensrecht, art. 40, aantek. 5 (H.J. van Kooten). Zie ook: Asser/Hartkamp en Sieburgh 6-III 2014, nr. 317; conclusie van de A-G Timmerman vóór HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012BX9023, NJ 2013/44, alinea's 2.22-2.31.

[6]

MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 192; HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5401, NJ 2000/652; HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, NJ 2002/364; HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822; conclusie A-G Rank-Berenschot voor HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, NJ 2015/290. Zie ook de noot van E.W.J. De Groot bij de uitspraak van de de Hoge Raad van 1 juni 2012 en van de rechtbank Rotterdam van 5 december 2012, in BR 2013/43: "Uit de in de conclusie van de A-G [...] vermelde jurisprudentie meen ik af te kunnen leiden dat indien de aard en de strekking van de wettelijke regeling door een overeengekomen afwijking geweld aan wordt gedaan, zulks moet leiden tot nietigheid."

[7]

MvT, Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 3, blz. 4. Zie ook: A.P. Klap en T. de Lange, Marktordening via het werkgeverbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen, SMA 2008/10, par. 2.1.

[8]

MvT, Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 3, blz. 13; MvA, Kamerstukken II, 1993-1994, 23 574, nr. 5, blz. 2. In de literatuur is kritiek geuit op het ruime werkgeversbegrip. Zie daarover: E.J.A. Franssen, Het werkgeversbegrip in de Wet arbeid vreemdelingen: breder kunnen we het niet maken, ArbeidsRecht 2012/17; P.J. Krop, De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, 2014, blz. 115 e.v.

[9]

Kamerstukken II 1993/94, 23 574, nr. 5, blz.2.

[10]

ABRvS 11 juli 2007, ECLI:NL:RVS:BA9298; ABRVS 28 november 2007, ECLI:NL:RVS:BB8924.

[11]

A.P. Klap en T. de Lange, SMA 2008/10, reeds aangehaald, par. 3.2 en 3.3. Omdat de betaling van loon geen deel uitmaakt van de wettelijke omschrijving kan zelfs bij het kosteloos verrichten van een vriendendienst werkgeverschap in de zin van de Wav worden aangenomen.

[12]

MvT, Kamerstukken II 1993-1994, 23 574, nr. 3, blz. 4 en 13; Kamerstukken II, 2010-2011, Aanhangsel van de Handelingen, 1203, blz. 3.

[13]

Kamerstukken II 2012-13, 33475, nr. 6, blz. 3.

[14]

Vgl. E.J.A. Franssen, Wet arbeid vreemdelingen (Monografieën Sociaal Recht), 2013, blz. 18-22.

[15]

MvT, Kamerstukken II 1993-94, 23 574, nr. 3, blz. 13; Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 6, blz. 2 en 3. Zie ook: ABRvS 22 maart 2006, ECLI:NL:RVS:AV6279, rov. 2.3; ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166, rov. 2.6.3; ABRvS 20 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9945, rov. 2.4.2; ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5810, rov. 2.7; ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6443; ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:632.

[16]

ABRvS 21 maart 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1198, rov. 2.3.

[17]

Bijvoorbeeld schadevergoeding of ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel. De schade of het genoten voordeel geeft de bovengrens van het te betalen bedrag aan. Het Nederlandse schadevergoedingsrecht kent geen "punitive damages".

[18]

C.L.G.F.H. Albers, Bestraffend Bestuur 2014, in: Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? (Preadviezen VAR), 2014; C.L.F.G.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?, 2002, blz. 49.

[19]

Voor de bestuurlijke last onder dwangsom bepaalt art. 5:32b lid 3 Awb dat het bedrag in een redelijke verhouding moet staan tot de zwaarte van het geschonden belang en tot de beoogde werking van de dwangsom.

[20]

Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten, Handhaving door bestuurlijke boeten, uitgave ministerie van justitie, 1994.

[21]

Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 2, blz. 4. Zie ook de MvT Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 117-119.

[22]

Advies van de Raad van State, Analyse van enige verschillen in rechtsbescherming en rechtspositie van de justitiabele in het strafrecht en in het bestuursrecht, Stcrt. 2015, nr. 30280; A. Mein, De boete uit balans, 2015, blz. 72 e.v.; C.L.F.G.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten, 2002, blz. 54 e.v.

[23]

Kamerstukken I 2008-2009, 31 700, VI, D.

[24]

Kamerstukken II 2011-2012, 33 207, nr. 4, blz. 7.

[25]

In zijn proefschrift noemt Stijnen de Wav als een voorbeeld van een dergelijk systeem: R. Stijnen, Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht, 2011, blz. 681. Zie ook: M.L. van

Emmerik en C.M. Saris, Evenredige bestuurlijke boetes, in: Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? (Preadviezen VAR), 2014, blz. 124-127.

[26]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3, blz. 141.

[27]

E.J.A. Franssen, Wet arbeid vreemdelingen (Monografieën Sociaal Recht), 2013, blz. 158; MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 2 en 6.

[28]

Kamerstukken II 1999-2000, 27 022, nr. 8.

[29]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 4 en 6.

[30]

Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 6, blz. 2 en 3. Zie ook, naar aanleiding van Kamervragen: Kamerstukken II 2010-2011, Aangangsels van de Handelingen, 1203, blz. 3.

[31]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 10.

[32]

MvT, Kamerstukken II 2011-2012, 33 207, nr. 3, blz. 3 en 4.

[33]

Nota n.a.v. het verslag, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 6, blz. 4.

[34]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 16. In dezelfde zin: MvT, Kamerstukken II 2011-2012, 33 207, nr. 3, blz. 18.

[35]

Stcrt. 2015, nr. 18402, blz. 8. Dezelfde voorbeelden komen terug in de Beleidsregels van 2013 (Stcrt. 2012, nr. 25205, blz. 9) en de Beleidsregels van 2014 (Stcrt. 2014, nr. 8252, blz. 8).

[36]

Zie de wet van 23 maart 2012, Stb. 2012/143, tot wijziging van de Wet arbeid vreemdelingen in verband met de implementatie van de Richtlijn nr. 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen (PbEU 2009 L 168).

[37]

Zie art. IV van de Wet aanpak schijnconstructies van 4 juni 2015, Stb. 2015/233.

[38]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 4 en 5.

[39]

Het boetemaximum in de vijfde categorie bedraagt thans € 81.000,= per overtreding.

[40]

Vgl. P.J. Krop, De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, 2014, blz. 88-107.

[41]

De wet schrapte ook strafrechtelijke vervolging bij herhaalde recidive, hevelde de sanctie van stillegging van bedrijven over vanuit het strafrecht naar het bestuursrecht en introduceerde de regeling van stillegging van de werkzaamheden (zie art. 17b en 17d Wav).

[42]

Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 6, blz. 7.

[43]

MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 6.

[44]

Stcrt. 2005, nr. 232, toelichting algemeen.

[45]

Stcrt. 2007, nr. 250, art. 8.

[46]

Stcrt. 2011, nr. 19841.

[47]

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2511, AB 2015/182 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen, rov. 6.4.

[48]

Zie, naast de genoemde uitspraak van 9 juli 2014, bijvoorbeeld: ABRvS 23 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8319, AB 2009/401 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

[49]

ABRvS 23 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM8823; citaat uit ABRvS 28 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4427, rov. 3.1.

[50]

M.L. van Emmerik en C.M. Saris, Evenredige bestuurlijke boetes, in: Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief? (Preadviezen VAR), 2014, blz. 172; C.M. Saris, De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls?, NTB 2012/16, par. 6. Vgl. ABRvS 20 januari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BK9932, rov. 2.4.1. In zijn noot onder EHRM 28 juni 2011, AB 2012/15, stelt Stijnen zelfs dat de aansprakelijkheid van werkgevers in het kader van de Wav tendeert naar risicoaansprakelijkheid.

[51]

P.J. Krop, De handhaving van het verbod op illegale tewerkstelling, 2014, blz. 117.

[52]

ABRvS 17 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7772, AB 2013/223 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook: ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0649, AB 2013/225; ABRvS 22 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1250, AB 2015/230 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

[53]

ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2511, AB 2015/182 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen.

[54]

Zie, naast het in noot 22 reeds genoemde spontane advies van de Raad van State (2015): ABRvS 7 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3138. In deze uitspraak acht de Afdeling het in de beleidsregel bepaalde normbedrag

(de verhoging tot € 12.000,=) onredelijk, voor zover daarbij – naar het oordeel van de Afdeling: ten onrechte – niet wordt gedifferentieerd tussen (kort gezegd) hardnekkige malafide overtreders en *first offenders*.

[55]

Zie in dit verband ook de schriftelijke opmerkingen namens [geïntimeerde], blz. 40 e.v.

[56]

Art. 5:1 lid 3 Awb verklaart art. 51 lid 2 en 3 Sr van overeenkomstige toepassing. Zie ook: F.G.H. Kristen, Vrijwaring van bestuurders, in: P. Essers e.a., Met recht (Raaijmakers-bundel), 2009, blz. 272.

[57]

Kamerstukken I 2014-2015, 33 662, C, blz. 21.

[58]

MvT, Kamerstukken II 2004-2005, 30 071, nr. 3 blz. 9.

[59]

Kamerstukken II 2005-2006, 30 071, nr. 6, blz. 27; Kamerstukken II 2005-2006, 30 071, nr. 8, blz. 2.

[60]

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, 2009, nr. 483; G.H. Potjewijd, Vrijwaring voor bestuurders en commissarissen, Ondernemingsrecht 2003, blz. 607-613, par. 4.3 en 5; R.A. Orsel, Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen: ruimere exoneratie en vrijwaring mogelijk, WPNR 2006/6650, blz. 35, alwaar verdere vindplaatsen; B.F. Assink en P.D. Olden, Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de 'ernstig verwijt' maatstaf, vrijtekening en vrijwaring nader bezien, Ondernemingsrecht 2005, nr. 3. Van Orsel en Assink en Olden pleiten voor een ruimere mogelijkheid tot vrijwaring van bestuurders. *Anders*: F.G.H. Kristen, Vrijwaring van bestuurders, in: P. Essers e.a., Met recht, 2009, blz. 272.

[61]

Rb Utrecht 30 juli 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD8740; Rb 's-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH2893; Rb. Dordrecht 30 maart 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP9792; Rb. 's-Gravenhage 8 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG4451; Gerechtshof 's-Gravenhage 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3416; Raad van Arbitrage voor de Bouw 16 december 2011, nr. 32.654 (te raadplegen via www.raadvanarbitrage.info); Raad van Arbitrage voor de Bouw 14 juli 2014, nr. 71.868, punten 50-55. Zie ook: M.A.B. Chao-Duivis, De verhouding onderaannemer-hoofdaannemer-opdrachtgever (deel 2), TBR 2013/81, par. 18.

[62]

Rb. Zwolle-Lelystad 12 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BD4413; Rb. 's-Hertogenbosch 4 februari 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BH2893; Gerechtshof 's-Gravenhage 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI3416; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI3328; Rb. 's-Gravenhage 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ4638; Rb. Rotterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP3925; Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6391; Rb. Gelderland 6 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4290; Raad van Arbitrage voor de Bouw 14 juli 2014, nr. 71.868 (www.raadvanarbitrage.info); Raad van Arbitrage voor de Bouw 17 februari 2014, nr. 34.334 (punten 33 en 34).

[63]

Zie over deze rechtspraak ook: schriftelijke opmerkingen namens [geïntimeerde], blz. 6; schriftelijke opmerkingen namens [appellante], blz. 12.

[64]

Raad van Arbitrage voor de Bouw 29 oktober 2013, nr. 34.353 (punt 10).

[65]

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5342, JAR 2015/34; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353, RAR 2015/43.

[66]

Zie voor dit laatste: s.t. namens de Staat blz. 25-27.

[67]

Het zal bij strafrechtelijke boeten meermalen gebeuren dat ouders, partner of vrienden van de veroordeelde onverplicht een duit in het zakje van het Centraal Justitieel Incassobureau doen, meestal om de betrokkene de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis te besparen.

[68]

HR 13 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8791, NJ 2009/302 (“niet valt uit te sluiten dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op grond van art. 7:611 BW gehouden is een boete voor zijn rekening te nemen, bijvoorbeeld indien hij het begaan van de desbetreffende overtreding heeft bevorderd”).

[69]

Vgl. MvT, Kamerstukken II 2003-2004, 29 523, nr. 3, blz. 1.

[70]

Vgl. schriftelijke opmerkingen namens [appellante], onder 4.27-4.28.

[71]

Voor een introductie: A. Bogaerts, P. Plooij en R. Zoetekouw, De bestrijding van arbeidsuitbuiting, Justitiële Verkenningen 2010/7, alwaar verdere vindplaatsen. Zie ook: Nationaal rapporteur mensenhandel, Mensenhandel in en buiten beeld – update cijfers mogelijke slachtoffers 2010-2014 (te raadplegen via nationalerapporteur.nl); zie blz. 13 over arbeidsuitbuiting in andere sectoren dan de seksindustrie.

[72]

Zie de gedeelten uit de parlementaire geschiedenis, aangehaald in alinea 2.20 hiervoor.

[73]

Hierin ligt ook een verschil met de verzekeringsovereenkomst: een verzekering kost weliswaar het bedrag van de premies, maar zou voor de verzekerde vrijwel elke financiële prikkel wegnemen om aan het vereiste van een tewerkstellingsvergunning te voldoen.

[74]

Vgl. de schriftelijke opmerkingen namens de Staat, blz. 24.

[75]

Partijen, door de Hoge Raad daartoe in de gelegenheid gesteld, hebben zich over de voorgestelde herformulering uitgelaten.