

Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

Openbare orde in de context van art. 3:40 lid 1 BW en regelgeving buiten het BW

Hetty ten Oever en Gitta Veldt¹

I. Inleiding

De openbare orde waart als een fundamentele controleur door het recht, aldus Sniijders. *‘Die controleur ontpopt zich wel als een kameleon, contextgebonden als hij is.’*² De openbare orde treft men aan in verschillende contexten binnen het burgerlijk recht: zowel in het rechtspersonenrecht (art. 2:20 BW) als in het contractenrecht (art. 3:40 en 7:902 BW), het burgerlijk procesrecht en het arbitragerecht (art. 25,³ 1063, 1065 en 1075 Rv), maar ook daarbuiten.⁴ Volgens Sniijders is er sprake van divergentie of zelfs inconsistentie van het begrip openbare orde: *‘De wettekst zelf duidt daar niet op, maar in de rechtspraak wordt de term openbare orde verschillend uitgelegd naar gelang de context waarin deze fungeert.’*⁵

In deze bijdrage richten wij ons op het begrip ‘openbare orde’ in de bijzondere context van art. 3:40 lid 1 BW, waar de openbare orde fungeert als begrenzing van

¹ Mr. H.A. ten Oever en mr. G.M. Veldt zijn beiden als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden en promovendae van prof. mr. H.J. Sniijders.

² H.J. Sniijders, ‘Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten. Enige observaties naar aanleiding van de zaak Martijn’, *NJB* 2014/1174, p. 1606.

³ Op grond van rechtspraak, zie uitgebreid S.A.M. de Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, titel 2 Boek 3 BW, aant. 19 (laatst bijgewerkt op 1 september 2006); *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/100.

⁴ H.J. Sniijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/340, par. 2. Ook in het strafrecht en bestuursrecht speelt het begrip openbare orde een rol. Zie bijv. de ook door Sniijders aangehaalde art. 131-151c Sr en art. 172 Gemeentewet. Sniijders 2014, p. 1607.

⁵ De parlementaire geschiedenis bij respectieve bepalingen illustreert, aldus Sniijders, mede de contextgebonden uitleg die aan het begrip moet worden gegeven. Sniijders 2014, p. 1607. Ook in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054, aant. 2 onder g (online, laatst bijgewerkt op 15 juli 2011) omschrijft Sniijders de openbare orde als een contextgebonden figuur; zie ook Hoogervorst over het begrip openbare orde in art. 3:40 BW en art. 172 Gemeentewet, E.M. Hoogervorst, ‘Openbare orde’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 140-142.

de contractsvrijheid.⁶ Deze bepaling staat in zijn huidige vorm bijna 25 jaar in ons Burgerlijk Wetboek en wint aan betekenis gezien de toename de afgelopen decennia van regelgeving buiten het Burgerlijk Wetboek die de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen kan beïnvloeden. Het gaat dan niet langer alleen om regels ter bescherming van een zwakkere partij, maar met name om regelgeving met partij-overstijgende of publieke doeleinden die men veelal middels gereguleerde marktwerking tracht te verwezenlijken.⁷ Het betreft regelgeving van nationale origine die publiekrechtelijk wordt gehandhaafd, maar waarvan niet altijd duidelijk is of zij tevens de contractsvrijheid beperkt. Op het terrein van de gezondheidszorg gaat het bijvoorbeeld om bepalingen uit de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en de Wet marktordening gezondheidszorg.⁸ In toenemende mate gaat het ook om Europese regels ter bevordering van de werking van de interne markt en ten behoeve van de realisering van publieke belangen als de volksgezondheid, veiligheid en consumentenbescherming. Deze regels zijn, vaak na privatisering, van toepassing op partijen in sectoren als energie, telecommunicatie en spoor, al dan niet na implementatie van Europese richtlijnen, en worden ook wel ‘regulatory contract law’ of ‘toezichtprivaatrecht’ genoemd.⁹ Het ‘stelsel van normen die publiekrechtelijk worden gehandhaafd (toezicht) en die (door)werken op maatschappelijke gebieden die traditioneel (vrijwel) uitsluitend door het privaatrecht werden geregeld’ is volgens Du Perron zo omvangrijk dat een ‘Regulatory State’ is ontstaan.¹⁰

Dikwijls is onduidelijk of de schending van dergelijke bepalingen tot nietigheid van een daarmee strijdige overeenkomst zou moeten leiden. De betreffende bepalingen reppen veelal zelf niet over enig privaatrechtelijk rechtsgevolg, maar laten zich omschrijven als zuivere ge- en verboden die publiekrechtelijk gehandhaafd worden. Wij zijn geïnteresseerd in de wijze waarop dergelijke buiten het BW geplaatste bepalingen via het openbare orde-begrip van art. 3:40 lid 1 BW doorwerken in het

6 Dit artikel ziet op alle rechtshandelingen, maar in deze bijdrage zal de overeenkomst centraal staan.

7 O.a. T. Hartlief, ‘Contractvrijheid: een inleiding’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 19; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/53.

8 Over de Wkkgz: A.C. Hendriks, H.C.B. van der Meer & D.Y.A. van Meersbergen, ‘Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg. Oplossing of problemen erbij?’, *NJB* 2016-2, p. 111 die vragen opwerpen bij de privaatrechtelijke consequenties van de Wkkgz.

9 O.a. I.S.J. Houben, ‘Toepassing van het contractenrecht in gereguleerde sectoren, alias “regulatory contract law”’, *WPNR* 2013/6998, p. 1085-1086, specifiek over art. 3:40 BW, p. 1088; zie ook de overige bijdragen in dit *WPNR* themanummer ‘Toepassing van contractenrecht in gereguleerde sectoren’; H.-W. Micklitz, ‘The concept of competitive contract law’, *Penn State International Law Review* 2005, vol. 23, p. 549-585; over nietigheid van een overeenkomst in strijd met de Telecommunicatiewet na een geschilbesluit van de ACM: C.A. Hage, ‘Telecomtoezicht door de ACM en de handhaving van het contractenrecht’, *MvV* 2014-3, p. 61-63.

10 C.E. du Perron, ‘Normen tussen publiekrecht en privaatrecht’, in: O.O. Cherednychenko e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, NILG congresbundel 2010, Bju 2013, p. 15.

contractenrecht. In hoeverre zijn het doel en de strekking van de veelal publiek-rechtelijke regel van invloed op de invulling van het nationale openbare ordebegrip? In hoeverre geven deze externe bepalingen de kameleon hier zijn kleur? Wij bezien eerst de in het arrest *Esmilo/Mediq* gegeven gezichtspunten en de verhouding van dit arrest tot eerdere jurisprudentie.¹¹ Vervolgens wordt een arrest van de Hoge Raad uit 2015 geanalyseerd over een verhaalsbeding voor op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (Wav) opgelegde boeten (hierna *Wav*-arrest)¹² waarin de Hoge Raad de eerder gegeven gezichtspunten niet expliciet afloopt. Ten slotte wordt bekeken wat het nationale toetsingskader impliceert voor de doorwerking van wetsbepalingen die niet (meer) van nationale, maar van Europese origine zijn. Gelet op de beperkte omvang van de bijdrage zullen de gevolgen van de kwalificatie ‘in strijd met de openbare orde’, gehele nietigheid, dan wel partiële nietigheid of conversie, buiten beschouwing blijven. Verder regelen enkele verbodsbepalingen buiten het BW uit eigen hoofde expliciet het privaatrechtelijke rechtsgevolg van overtreding bij overeenkomst, zoals art. 6 lid Mw, art. 33 Wet op het consumentenkrediet en art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten.¹³ Deze bijdrage richt zich op publiekrechtelijke regels die niet in een privaatrechtelijk rechtsgevolg voorzien.

2. De werking van art. 3:40 BW – een resumé

Hoewel wij de lezer bekend veronderstellen met de systematiek van art. 3:40 BW, past het hier een kort overzicht te geven van de werking van het artikel, nu het artikel nogal complex is en een grote ontwikkeling heeft doorgemaakt. Bij deze bespreking starten wij volledigheidshalve bij lid 2.¹⁴ Is het sluiten of aangaan¹⁵ van een overeenkomst in strijd met de wet,¹⁶ dan is die overeenkomst nietig of

11 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).

12 HR 11 december 2015, RvdW 2016/43 (*Wav*).

13 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/319; zie over art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten, HR 23 maart 2012, NJ 2012/628.

14 Dit is didactisch ook raadzaam, zie S.D. Lindenberg, ‘Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid? *Esmilo* b.v./*Mediq* Apotheken Beheer b.v.’, AA 2012, p. 741.

15 Het onderscheid tussen het verrichten en de inhoud of strekking van de rechtshandeling is niet altijd goed te maken. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190 onder verwijzing naar TM: ‘*De inhoud der rechtshandeling wordt gevormd door wat partijen hebben verklaard. De strekking ener rechtshandeling wordt bepaald door de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven der rechtshandeling.[...]*’

16 Het moet gaan om een dwingende wetsbepaling, zie nader Van Dam in Hijma, Van Dam, Van Schendel & Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst, Studiereeks Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 149-150; zie over de maten van dwingend recht uitgebreid H.J. Snijders, ‘Maten van openbare orde’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.

vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 BW. Voorbeelden van regelingen waaruit een verbod tot het aangaan van bepaalde overeenkomsten volgt zijn de Prijzenwet, art. 99 Gemeentewet, strafbepalingen als heling (art. 416 Sr) (opzettelijk kopen van gestolen zaken),¹⁷ alsmede sanctieregelingen.¹⁸ Deze gevallen kenmerken zich door een keuze van de formele wetgever tot ingrijpen in de privaatrechtelijke autonomie door het verrichten van bepaalde rechtshandelingen te verbieden. Art. 3:40 lid 3 BW bepaalt dat lid 2 geen betrekking heeft op wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten en bevat daarmee een uitzondering¹⁹ op, of een verdere uitwerking van lid 2 in de vorm van een deelregel,²⁰ afhankelijk van welke school men aanhangt. De wet dwingt zo blijkens de tekst van lid 2 en 3 tot een onderzoek naar de strekking van de geschonden wetsbepaling en de privaatrechtelijke rechtsgevolgen van schending daarvan. In het verleden is herhaaldelijk betoogd dat (het rechtsgevolg van) lid 2 en 3 ook zou moeten worden toegepast op overeenkomsten die naar inhoud of strekking in strijd zijn met de wet, echter tevergeefs.²¹ Is het sluiten van een bepaalde overeenkomst als zodanig niet in strijd met een dwingende wetsbepaling, maar heeft de overeenkomst wel een met de wet strijdige inhoud of strekking – samen ook wel het verplichten tot een ‘verboden prestatie’ genoemd²² – dan valt de vraag naar de geldigheid van dergelijke overeenkomsten niet onder het bereik van lid 2 en 3, maar moet getoetst worden aan de openbare orde en goede zeden van art. 3:40 lid 1 BW.

17 Van Dam 2013, nr. 151.

18 Zoals de sanctieregeling territoriale integriteit Oekraïne 2014, laatst gewijzigd *Stcr.* 2015, 40450 of Verordening (EU) Nr. 833/2014 van de Raad van 31 juli 2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren, *PbEU*, L 229 van 31 juli 2014, p. 1.

19 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/323; Brunner die standpunt inneemt tegen Hijma's opvatting: C.J.H. Brunner, 'Boekbespreking. Jac. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen', *WPNR* 1989/5941, p. 779-781, sub 3 en 6.

20 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 108; vlg. ook Jac. Hijma, 'Nietigheden in het vermogensrecht', *RMThemis* 1992-9, p. 403-417; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 235.

21 Zie hierover uitgebreid o.a. Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014); Snijders & Hoogervorst, beiden in: *Contractvrijheid*, p. 146-148 resp. p. 159; Hijma 1988, p. 108; J.H. Nieuwenhuis, 'Buena Vista', *AA* 1985, p. 215; Van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Bju 2002, p. 25 e.v. en p. 206-208; A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid: beschouwingen vanuit rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief over de overeenkomst zonder oorzaak* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 244 e.v. en 251 e.v.; Den Hollander 2013, par. 7; conclusie A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq*, par. 3.19.

22 Term afkomstig uit de TM, *Parl. Gesch. Boek* 3, p. 191.

3. Het begrip openbare orde

Wat houdt het begrip openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW in? Het is een open norm waarvan de invulling in beginsel aan de rechter is voorbehouden.²³ Uitgangspunt is dat de openbare orde de fundamentele beginselen van de rechtsorde en algemene belangen van fundamentele aard omvat.²⁴ De goede zeden verwijzen op hun beurt naar het maatschappelijke oordeel over wat hoort of niet hoort, of de moraal.²⁵ Men trekt ook wel een parallel met de privaatrechtelijke norm van de maatschappelijke betamelijkheid.²⁶

De inhoud van het openbare orde begrip verschilt ‘naar tijd en plaats’.²⁷ De geldigheid van een overeenkomst die naar inhoud of strekking mogelijk in strijd is met de openbare orde moet daarom naar het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling beoordeeld worden.²⁸ Recht van openbare orde kan zowel geschreven als ongeschreven zijn. Hartkamp en Sieburgh noemen als voorbeeld van ongeschreven recht van openbare orde het kopen van stemvolmachten door leden van een politieke partij in aanloop naar verkiezingen.²⁹ Een minder eenduidig voorbeeld van een (destijds nog) ongeschreven regel van openbare orde is de onverzekerbaarheid van opzet, die door de Hoge Raad in het *biërglas*-arrest werd onderschreven.³⁰ Met opzet ‘minder eenduidig’, nu anderen dit kwalificeren als een regel van goede zeden,³¹ vergelijk het verbod om eigen opzet te exoneren.³²

²³ *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 192.

²⁴ Vgl. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*Wav*) r.o. 3.5.1; *Parl. Gesch.* bij art. 3:40 BW als door ons aangehaald in par. 4.2 hierna; zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/311 en in 345: ‘Een overeenkomst is strijdig met de openbare orde, indien zij in strijd komt met de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt.’ Anders Hoogervorst 1999, p. 140 die meent dat ethische beginselen binnen het openbare orde begrip juist geen (grote) rol spelen.

²⁵ Zie echter *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/331.

²⁶ *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/55.

²⁷ Hoogervorst 1999, p. 139 en verwijzingen daar.

²⁸ *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/327.

²⁹ *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/345. Zij noemen ook nog Hof Amsterdam 11 mei 1933, *NJ* 1933, p. 1254.

³⁰ HR 30 mei 1975, *NJ* 1976/572, m.nt. B. Wachter (*biërglas*). Door een verzekerde opzettelijk veroorzaakte schade wordt ook zonder een daarover in de polis opgenomen beding ‘in het algemeen niet door de verzekering [...] gedekt’. Deze regel is thans deels gecodificeerd in art. 7:952 BW. Hoewel deze bepaling niet van dwingend recht is, neemt men wel aan dat opzet als zekerheidsbewustzijn nog steeds onverzekerbaar is en een daarmee strijdig beding kan resulteren in strijd met de openbare orde of goede zeden ex art. 3:40 lid 1 BW. Zie Cieremans, in: *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:952 BW, aant. 8 (online, laatst bijgewerkt op 1 januari 2006).

³¹ Van den Brink 2002, p. 95; A-G Wuisman in diens conclusie voor HR 16 januari 2015, *NJ* 2015/263, onder par. 2.2.1 t/m 2.2.3 en in het bijzonder noot 14.

³² O.m. Van den Brink 2002, p. 49 e.v.

De openbare orde is dus niet altijd makkelijk van de goede zeden te onderscheiden. Er is discussie of beide begrippen een twee-eenheid zijn of niet.³³ Men lijkt tegenwoordig echter te zien dat openbare orde en goede zeden veelal samen worden genomen.³⁴

Uitgangspunt is thans dat een rechtshandeling die naar inhoud of strekking in strijd met een dwingende wetsbepaling is, niet per definitie is aan te merken als strijdig met de openbare orde.³⁵

4. Vier gezichtspunten

In *Esmilo/Mediq* zijn door de Hoge Raad vier gezichtspunten geformuleerd die door de rechter ten minste dienen te worden betrokken in de beoordeling of een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie³⁶ ook in strijd is met de openbare orde:³⁷ i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd; ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden; iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren; en iv) of de regel in een sanctie voorziet. Gezien de bekendheid van het arrest en de beperkte ruimte verwijzen wij voor de feiten naar het arrest en gaan wij hier direct in op de gezichtspunten, mede in het licht van overige jurisprudentie.

33 Bijv. Jac. Hijma in zijn noot onder HR 11 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1555, *NJ* 2002/364 (*AZL/OZF*), par. 2 waar hij opmerkt dat het opvallend is dat de Hoge Raad in betreffend arrest 'conform de oudere wetsgeschiedenis (p. 191-192), maar in afwijking van de latere (p. 1138-1141), de goede zeden onvermeld laat. Gezien de verwantschap en overlap die openbare orde en goede zeden vertonen, had een begeleidende referte aan de goede zeden [zijns inziens] niet misstaan.'

34 Noot Tjong Tjin Tai, par. 2 onder HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*); *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/332 en 345.

35 Dit uitgangspunt is het resultaat van een verschuiving van de heersende opvatting over de verhouding tussen de verboden prestatie en kwalificatie als in strijd met de openbare orde in de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak. Zie achtereenvolgens de Toelichting Meijers die aangaf dat wanneer een prestatie door de wet was verboden, de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zou zijn, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191; de nuancering in diezelfde parlementaire geschiedenis, doch nu in de *MvA II* (*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 192), waar de schijnbaar harde regel wordt genuanceerd nu daar wordt gesproken van 'in beginsel' in strijd met de openbare orde; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/652, m.nt. J. Hijma (*Parkeerexploitatie Amsterdam/Amsterdam*); HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364, m.nt. J. Hijma (*OZF/AZL*); HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*); HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568 (*Wav*). Dit is een uitgangspunt dat men eveneens terugziet in art. 7:902 BW, zie Snijders 1999, p. 166.

36 Tjong Tjin Tai wijst erop dat de formulering in dit arrest niet geldt voor de beoordeling van strijd met de openbare orde in het algemeen; zij is toegesneden op gevallen van door de wet verboden prestaties. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), par. 3.

37 R.o. 4.4.

4.1. *Belangen die de geschonden regel beschermt*

Voor wat betreft het eerste gezichtspunt – de belangen die de geschonden regel beschermt – staat buiten kijf dat hiervoor het doel en de strekking van de geschonden wetsbepaling tot uitgangspunt moeten worden genomen. De toets aan dit gezichtspunt is dan ook wel vergeleken met het relativiteitsoordeel ex art. 6:163 BW.³⁸

4.2. *Schending van fundamentele beginselen*

Bij het tweede gezichtspunt – ‘of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden’ – lijkt het niet alleen te gaan om de vraag of de regel zelf strekt tot waarborg van fundamentele beginselen die door de inbreuk worden geschonden – die zou men (mede) kunnen scharen onder de belangen die de geschonden regel beschermt –, maar ook of *door de inbreuk* fundamentele beginselen in algemenere zin worden geschonden. Het tweede gezichtspunt lijkt daarmee mede te zien op het resultaat van het privaatrechtelijk handelen zelf en de normering daarvan, in plaats van op de strekking van de geschonden publiekrechtelijke norm *sec*, zodat het ruimte lijkt te bieden voor het meewegen van omstandigheden van het specifieke geval.³⁹

Het tweede gezichtspunt lijkt het belangrijkste van de vier. In het eerdere oordeel van de Hoge Raad in *OZF/AZL* maakte de Hoge Raad zelfs tot hoofdvraag of zó fundamentele beginselen van de rechtsorde zijn geschonden, dat sprake is van schending van de openbare orde:⁴⁰

‘(...) Weliswaar strookte de handelwijze van het AZL en OZF niet met het in de WTG neergelegde budgetstelsel, doch gelet op voormelde omstandigheden en in aanmerking genomen hetgeen het AZL en OZF daarmee beoogden, kan niet worden gezegd dat hun handelwijze een inbreuk opleverde op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de openbare orde moet worden aangenomen.’

Dit aan de schending van fundamentele beginselen toegekende belang stemt bovendien overeen met de parlementaire geschiedenis:

‘de vraag die hier door de rechter moet worden beantwoord, is – kort samengevat – of de rechtshandeling wegens haar inhoud of de bedongen prestatie of hetgeen partijen

³⁸ Lindenbergh 2012, p. 742. Volgens Lindenbergh betreffen het eerste, tweede en vierde gezichtspunt de aard en strekking van de geschonden wetsregel; anders Den Hollander 2013, par. 7.

³⁹ Vgl. HR 11 mei 2001, *RZA 2001/80 (OZF/AZL)*, r.o. 4.4: M.R. Hebly & A.N.L. de Hoogh, ‘Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW’, *MvV* 2013-2, p. 62. Anders waarschijnlijk Lindenbergh 2012, p. 742: ‘Het eerste, tweede en vierde gezichtspunt betreffen in essentie de aard en strekking van de geschonden wetsregel’, afhankelijk natuurlijk weer van wat hij onder ‘strekking’ verstaat.

⁴⁰ HR 11 mei 2001, *RZA 2001/80 (OZF/AZL)*, r.o. 4.4.

*met die rechtshandeling beogen, een inbreuk oplevert op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde of van maatschappelijk behoren dat strijd met de openbare orde of goede zeden moet worden aangenomen.*⁴¹

Ook in het nader te bespreken *Wav*-arrest, dat na *Esmilo/Mediq* is geweest, stelt de Hoge Raad de vraag naar schending van fundamentele beginselen centraal. Hartkamp en Sieburgh wijzen er op dat het benoemen van ‘fundamentele beginselen’ als gezichtspunt in plaats van vereiste in *Esmilo/Mediq*, suggereert dat er meer- en minder-fundamentele beginselen zouden bestaan en dat alleen schending van meer-fundamentele beginselen ‘die de wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en vormgeven aan grondslagen waarop de ethische juridische en economische orde van de samenleving steunt,’ zonder ondersteuning in de overige gezichtspunten kan resulteren in schending van openbare orde.⁴²

4.3. Bewustzijn en openbare orde vs. goede zeden

Gezichtspunt iii), waarin men het zogeheten bewustzijns criterium herkent, is een gezichtspunt dat ziet op het bewust handelen en de intenties van partijen in kwestie bij het aangaan van de rechtshandeling c.q. wat zij met de rechtshandeling hebben beoogd. Het staat daarmee los van het doel en de strekking van de eventueel geschonden wettelijke norm.⁴³ Het *Esmilo/Mediq*-arrest doet vragen rijzen naar het gewicht van het bewustzijns criterium bij de toets aan art. 3:40 lid 1 BW en het onderscheid tussen openbare orde en goede zeden.

Men nam wel aan dat het bewustzijns criterium onderscheidend vermogen had voor wat betreft de *goede zeden*, en dan met name voor het oordeel of een overeenkomst of beding een daarmee strijdige *strekking* had.⁴⁴ Voordat het arrest *Esmilo/Mediq* werd gewezen, werd – mede in het licht van het *Burgman/Aviolanda*-arrest⁴⁵ – aangenomen dat het bewustzijn van partijen kan leiden tot nietigheid wanneer de inhoud van de overeenkomst niet, maar de feitelijke uitvoering wel in strijd is met de wet.⁴⁶ Dit bewustzijns criterium bleek recenter in de zaak *Van Hees/Y*⁴⁷ wederom voor invulling van *de goede zeden* van cruciale betekenis, terwijl in *Esmilo/Mediq* het bewustzijn van partijen slechts een gezichtspunt is dat bij de beoordeling van schending van *de openbare orde* moet worden meegenomen⁴⁸

41 L. v. Antw. II *Inv. Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1141, zoals ook aangehaald door Lindenbergh 2012, p. 742 en waarnaar de Hoge Raad in *OZF/AZL* verwijst (r.o. 4.4).

42 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/325a, 346 en 346a.

43 Zo ook Lindenbergh 2012, p. 742.

44 Lindenbergh 2012, p. 742. Den Hollander 2013, par. 6.

45 Waarin de Hoge Raad overigens niet expliciteert of het ziet op openbare orde of goede zeden, HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128 (*Burgman/Aviolanda*).

46 Den Hollander 2013, par. 5; Lindenbergh 2012, p. 724; Hebly & De Hoogh 2013, p. 63.

47 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986 (*Van Hees/Y*), r.o. 3.6.2.

48 Vgl. ook *OZF/AZL*, r.o. 4.4 waarin de Hoge Raad hetgeen partijen beoogden meewoog, maar niet doorslaggevend leek te achten.

indien *de inhoud dan wel de strekking* van een beding of overeenkomst strijdt met een dwingende wetsbepaling.

Inhoud en strekking worden in *Esmilo/Mediq* door de Hoge Raad dus samen genomen.⁴⁹ De ‘ladenkast’⁵⁰ lijkt daarmee te worden teruggebracht van negen laden naar zes. Het lijkt echter in lijn met voornoemde rechtspraak voor de hand liggend dat het bewustzijns criterium meer gewicht toekomt indien het gaat om een rechtshandeling die naar strekking in strijd is met de wet, dan wanneer het om de inhoud van de rechtshandeling gaat nu er geen aanwijzingen zijn dat het arrest *Burgman/Aviolanda*, waarin het bewustzijn doorslaggevend was voor de met de wet strijdige strekking, zijn waarde heeft verloren.

Sommige auteurs lijken uit *Esmilo/Mediq* af te leiden dat de Hoge Raad toetsing aan de openbare orde zou prefereren boven een toets aan de goede zeden,⁵¹ nu de goede zeden in dat arrest in het geheel niet worden genoemd. De ladenkast zou dan de facto worden teruggebracht naar vier laden.⁵² De overeenkomst in *Esmilo/Mediq* is namelijk een voorbeeld van een constructie die partijen lijken te hebben gekozen, mede met het doel de marges van de wet op te zoeken of zelfs om de wet in het geheel te omzeilen. Wetsontduiking hoort traditioneel gezien niet onder schending van openbare orde, maar onder schending van de goede zeden thuis.⁵³ Wellicht vonden beide hoven in de zaak *Esmilo/Mediq* een toets aan de openbare orde meer voor de hand liggen. Zij gingen er namelijk van uit dat de uiteindelijke uitvoeringshandelingen en daarmee dus de strekking van de rechtshandeling direct in strijd kwamen met art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten.⁵⁴ In *Esmilo*-achtige situaties zal sowieso zeer lastig zijn vast te stellen of partijen juist hadden gehoopt binnen de marges van de wet te handelen of hebben beoogd de wet te ontduiken.

Ziet men openbare orde en goede zeden toch als twee afzonderlijke categorieën dan is de consequentie van *Esmilo/Mediq* dat het bewustzijns criterium bij de goede zeden toets wordt gedegradeerd van onderscheidend vereiste tot gezichtspunt. Zou met het bewustzijn van partijen strijd met de goede zeden vaststaan, dan zou aan het bewustzijn als gezichtspunt bij de openbare orde toets – aldus Hartkamp en Sieburgh – namelijk geen aanvullende betekenis toekomen.⁵⁵ Of was het bewustzijn van partijen bij het oordeel over schending van de goede zeden altijd al één van de vele te betrekken omstandigheden? In die gevallen waarin de strekking van een overeenkomst in strijd zou kunnen komen met de wet en die om deze reden aan de openbare orde dient te worden getoetst, maar die neigen naar wetsontduiking, kan

49 Lindenbergh 2012, p. 742.

50 Nieuwenhuis 1985, p. 216.

51 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/332; Zie ook Tjong Tjin Tai die in zijn noot aangeeft dat ‘goede zeden tegenwoordig geheel samenvallen met de openbare orde’.

52 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/325a.

53 Hoogervorst 1999, p. 148.

54 Hof Amsterdam 16 maart 2010, 104.004.481 (niet gepubliceerd), r.o. 4.8, zoals aangehaald in r.o. 1.1 van het arrest van de Hoge Raad. Hof Den Haag 16 september 2014, *NJ* 2014/519, r.o. 6 en 8.

55 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/332.

het bewustzijn bij partijen en de voorgestane bedoeling de wet te ontduiken relatief veel gewicht in de schaal leggen.

4.4. *Sanctie*

Het vierde en laatste gezichtspunt dat de rechter in ieder geval in zijn beoordeling dient te betrekken is 'of de regel in een sanctie voorziet.' Dit gezichtspunt vormt een aanwijzing bij de duiding van het doel en de strekking van de geschonden regel. De sanctie zegt mede iets over de door de regel beschermde algemene belangen en al dan niet fundamentele beginselen, maar staat los van het bewustzijn van partijen.⁵⁶

Wat de Hoge Raad precies bedoelt met dit gezichtspunt is niet geheel duidelijk. Het gezichtspunt lijkt te zien op het al dan niet aanwezig zijn van zowel een publiekrechtelijke als een privaatrechtelijke sanctie.⁵⁷ Het niet bestaan van een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sanctie lijkt in beginsel een aanwijzing te vormen voor het niet van openbare orde zijn van de betreffende regel en dus van het niet in strijd met de openbare orde zijn van de betreffende overeenkomst.⁵⁸ Uit het wel bestaan van een dergelijke sanctie volgt echter niet a priori het openbare orde karakter van de betreffende regel noch de strijdigheid van de overeenkomst met de openbare orde. Meegewogen kan worden wat de zwaarte van de bestuursrechtelijke sanctie is en of het bij het doel en de strekking van de regel past dat ook privaatrechtelijk wordt gesanctioneerd.⁵⁹ Of van de privaatrechtelijke nietigheids-sanctie enige preventieve werking uitgaat en zo ja, of die aanvullende werking wenselijk is, lijkt onzes inziens ook relevant om in de beoordeling mee te nemen.⁶⁰ Overigens kan een overeenkomst waarvan de inhoud of strekking niet in strijd is met de openbare orde of goede zeden, maar wel met de wet, toch gesanctioneerd worden, omdat daarvan in rechte geen nakoming kan worden gevorderd.⁶¹ De vraag of met een rechtshandeling de preventieve werking van publiekrechtelijke handhaving wordt doorkruist, kwam aan de orde in het hierna te bespreken *Wav*-arrest.

⁵⁶ Lindenbergh 2012, p. 742-743.

⁵⁷ Den Hollander 2013, par. 5.

⁵⁸ Zie bijv. Rb. Rotterdam 5 december 2012, *BR* 2013/43, r.o. 4.12. Ook de overige gezichtspunten wijzen in die zaak echter richting geldigheid van de overeenkomst.

⁵⁹ Hebly & De Hoogh 2013, p. 63; Den Hollander 2013, par. 5; Zo oordeelde het hof na verwijzing in de zaak *Esmilo/Mediq* dat naast de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties 'navenant minder behoefte' bestond aan de civielrechtelijke sanctie van nietigheid: Hof Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, r.o. 20.

⁶⁰ Vgl. HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*), conclusie A-G Wissink, par. 3.18; Hebly & De Hoogh, p. 63; zie ook G.R.J. de Groot in zijn annotatie bij *AZL/OZF, RZA* 2001/80, par. 14, die op de waarschijnlijk preventieve werking van nietigheid van overeenkomsten in strijd met het toenmalige art. 2 WTC wijst.

⁶¹ A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq*, par.3.18; Hebly & De Hoogh 2013, p. 63 en verwijzingen daar.

Verder kan gewicht in de schaal leggen of de regel waarmee de overeenkomst in strijd komt daadwerkelijk gehandhaafd wordt, zo blijkt uit eerdere rechtspraak.⁶² Is dit niet het geval, dan bestaat de sanctie in feite alleen op papier hetgeen tegen strijd met de openbare orde zou pleiten. Of de bevoegde autoriteiten ten aanzien van de betreffende overeenkomst achteraf gezien daadwerkelijk handhavend hebben opgetreden zou daarentegen niet van belang moeten zijn, nu de geldigheid van de rechtshandeling beoordeeld moet worden naar het tijdstip van het aangaan daarvan.⁶³

5. Het *Wav*-arrest

Meest recente loot aan de 3:40-stam betreft de beantwoording van een prejudiciële vraag aangaande een verhaalsbeding in een aannemingsovereenkomst. Wij vragen ons af hoe het arrest binnen art. 3:40 lid 1 BW gepositioneerd dient te worden en of de Hoge Raad met dit arrest afwijkt van het beoordelingskader dat hij in *Esmilo/Mediq* formuleerde.

Op grond van het verhaalsbeding trachtte hoofdaannemer Wijnen Bouw Horst BV (Wijnen Bouw) bestuurlijke boetes wegens het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning voor zestien personen op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (*Wav*) te verhalen op onderaannemer Muller Complete Afbouw BV (Muller Afbouw). Zowel opdrachtgever Pro Persona GGZ (Pro Persona), hoofdaannemer Wijnen Bouw, als onderaannemer Muller Afbouw worden door de Arbeidsinspectie aangemerkt als overtreders van de wet en krijgen een boete opgelegd. Wijnen Bouw is jegens Pro Persona aansprakelijk voor betaling van de aan haar opgelegde boete. Wijnen Bouw tracht zowel de door haarzelf als de door Pro Persona verbeurde boete te verhalen op Muller Afbouw. Het hof stelt de Hoge Raad de volgende prejudiciële vraag:

‘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?’

A-G Langemeijer stelt in zijn conclusie voor de door het hof gestelde vraag te herformuleren omdat deze te ruim zou zijn door het gebruik van de begrippen ‘een

62 Den Hollander par. 5 onder verwijzing naar HR 7 september 1990, NJ 1991/266, m.nt. C.J.H. Brunner (*Catoochi*) en HR 2 februari 1990, NJ 1991/265 (*Club 13*), m.nt. C.J.H. Brunner onder NJ 1991/266 (*Catoochi*).

63 *Wav*-arrest, r.o. 3.7; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/327; zie tevens hiervoor in par. 3. Het Hof Den Haag (*Esmilo/Mediq* na verwijzing) lijkt echter wel mee te wegen dat de IGZ en het OM niet hebben ingegrepen. Hof Den Haag 16 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, r.o. 20.

contractuele bepaling' en 'medecontractant'.⁶⁴ Ook suggereert Langemeijer de wel/niet nietig vraagstelling te vervangen door een vraag naar in aanmerking te nemen gezichtspunten bij de beoordeling van de nietigheid van zo'n beding.⁶⁵ De Hoge Raad neemt geen van beide suggesties over,⁶⁶ maar spitst de vraag feitelijk wel toe in r.o. 3.3. Daar neemt de Hoge Raad gezien de toevoeging '(hierna het verhaalsbeding)' – anders dan in de vraag van het hof – tot uitgangspunt dat het 'in de onderhavige prejudiciële procedure' gaat om een 'contractueel beding in een (onder)aannemingsovereenkomst' en om verhaal op de 'contractuele wederpartij die de opvolgende schakel in de keten van werkgevers is'. De Hoge Raad verwijst vervolgens steeds naar dit nader omschreven verhaalsbeding.

In deze zaak formuleert de Hoge Raad het beoordelingskader anders dan in *Esmilo/Mediq*. Had de Hoge Raad de gezichtspunten gegeven, in aansluiting op de suggestie van Langemeijer, dan had hij makkelijker bij *Esmilo* kunnen aansluiten, maar misschien doet de Hoge Raad dat bewust niet. Eerst stelt de Hoge Raad vast dat de Wav niet het overeenkomen van een verhaalsbeding verbiedt of een verbod om de boete te verhalen bevat (lees: het gaat hier dus niet om lid 2) en dat de Wav niet de contractuele verhouding van werkgevers met derden regelt, maar '(vrijwel) uitsluitend publiekrechtelijke voorschriften bevat die bestuursrechtelijk worden gehandhaafd'. Dan volgt het beoordelingskader:

*'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 bestuursrechtelijke 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.'*⁶⁷

Voor strijdigheid van het beding met de openbare orde moet volgens de Hoge Raad 'sprake zijn van strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard'.⁶⁸ Ook hier tilt de Hoge Raad de vraag naar schending van fundamentele beginselen op van gezichtspunt tot hoofdvraag, vergelijk de eerder omschreven aanpak in *OZF/AZL*. De Hoge Raad kiest vervolgens voor een zeer toegepaste benadering. Hij maakt direct een inhoudelijke afweging van de strekking van het verhaalsbeding ten opzichte van het doel en de strekking van de Wav. Daarbij benoemt de Hoge Raad de gezichtspunten uit *Esmilo/Mediq* niet expliciet. Dat is verrassend, omdat de rechter deze gezichtspunten volgens de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq* minimaal in de motivering dient te betrekken bij de beoordeling of een door de wet verboden prestatie ook strijdt met

64 Conclusie van A-G Langemeijer bij het *Wav*-arrest, ECLI:NL:PHR:2015:2389, par. 3.10.

65 De Hoge Raad mag de vraag herformuleren op grond van art. 393 lid 7 Rv.

66 Hoge Raad r.o. 2 en r.o. 3.3.

67 R.o. 3.4.

68 R.o. 3.5.1.

de openbare orde.⁶⁹ Impliciet loopt de Hoge Raad de gezichtspunten uit *Esmilo/Mediq* wel langs, zij het in twee fasen.

5.1. Fase 1 Doet het beding als zodanig onaanvaardbaar afbreuk aan doel en strekking van de Wav?

De Hoge Raad toetst in de ‘eerste fase’ of met het beding afbreuk wordt gedaan aan de afschrikwekkende werking van de boete en het handhaven van de doelstellingen van de Wav (r.o. 3.5.3). Bij deze toets verwijst de Hoge Raad telkens terug naar het doel en de strekking van de Wav zoals hij eerder uiteenzette in r.o. 3.2.1 t/m 3.2.4. Feitelijk ziet men hierin terug welke belangen met de Wav worden beschermd.

Tevens komt de sanctie uitgebreid aan bod. Interessant is dat de geldigheid van het verhaalsbeding in de Wav-zaak nu juist in geding was omdat het in strijd zou zijn met doel en strekking van de in de Wav opgenomen bestuursrechtelijke handhaving middels het opleggen van bestuursrechtelijke boeten. De eerdergenoemde relevantie van de ‘zwaarte van de sanctie’ komt terug in het oordeel nu de Hoge Raad erop wijst ‘dat bij invoering van de bestuursrechtelijke handhaving middels 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”⁷⁰ en dat bewust is gekozen niet strafrechtelijk te sanctioneren omdat financiële sanctiëring direct na de overtreding een sterker ontmoedigend effect zou hebben dan een strafrechtelijk vervolgingsbeleid.⁷¹ De Hoge Raad zegt dat niet met zo veel woorden, maar de betreffende overwegingen lijken het oordeel te ondersteunen dat het verhaalsbeding in kwestie niet in strijd is met doel en strekking van de Wav en met de openbare orde.⁷² Het is de vraag of de zwaarte van en keuze voor de sanctie ook in andere gevallen bij art. 3:40 lid 1 BW zo dienen te worden gewogen of dat dat afhangt van de betreffende publiekrechtelijke regel. De Hoge Raad gaat verder uitgebreid in op de vraag of het verhaalsbeding de beoogde afschrikwekkende werking van de boete en daarmee tevens het handhaven van de doelstellingen van de Wav vermindert.

Doordat het schenden van fundamentele beginselen in dit arrest het criterium is, blijft een oordeel over het al dan niet fundamenteel zijn van doel en strekking van de Wav en of de Wav zelf fundamentele beginselen beschermt, uit. Wel oordeelt de Hoge Raad expliciet – in r.o. 3.6 – dat nu het verhaalsbeding niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan doel en strekking van de Wav en de daarin opgenomen bestuursrechtelijke handhaving, ‘dan ook’ geen sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden. Vlak daarvoor in r.o. 3.5.9 merkt de Hoge Raad op

⁶⁹ R.o. 4.4.

⁷⁰ Dat is overigens niet het enige criterium voor de toepassing van de bestuurlijke boete als handhavinginstrument. Bovendien wordt in toenemende mate ook gekozen voor de bestuurlijke boete als sanctie op ernstigere overtredingen, zie conclusie A-G Langemeijer, par. 2.8-2.11 en aldaar genoemde bronnen.

⁷¹ R.o. 3.5.2.

⁷² R.o. 3.5.9 en 3.6.

dat ‘gelet op al het hiervoor overwogene’ moet worden geoordeeld dat het verhaalsbeding niet in strijd komt met fundamentele beginselen.⁷³

De Hoge Raad lijkt de zaak dus af te doen op het eerste, tweede en laatste *Esmilo/Mediq* gezichtspunt. Het openbare orde begrip lijkt in dit arrest aanvankelijk dus beperkter te worden ingevuld dan in *Esmilo/Mediq*, omdat bij de toets of met het beding als zodanig fundamentele beginselen worden geschonden (r.o. 3.5.2) slechts wordt gekeken naar het doel en de strekking van de Wav (3.5.2 e.v.), waarmee, zo blijkt later, ‘het verhaalsbeding waarop de prejudiciële vraag betrekking heeft’, niet in strijd is (3.6).

5.2. Fase 2 Overige omstandigheden van het geval

Echter, partijen hebben in hun schriftelijke opmerkingen ook de vraag besproken of onder bijzondere omstandigheden (toch) sprake kan zijn van nietigheid. De Hoge Raad wijst er in de laatste rechtsoverweging op dat wel sprake kan zijn van nietigheid van het beding wegens strijd met de openbare orde of – en nu dus ook – goede zeden in de omstandigheid dat partijen bij het aangaan van het beding de bedoeling⁷⁴ hebben gehad het incasseren van de boete te frustreren, of de verhaalzoekende partij te vrijwaren terwijl sprake is van diens opzet of grove schuld.⁷⁵ De separate behandeling van deze omstandigheden – die in feite de partij-intenties betreffen – bevestigt dat die intenties losstaan van de strekking van de wet. Een gelijkenis met de eerder omschreven wetsontduiking in strijd met de goede zeden tekent zich af.⁷⁶ De Hoge Raad noemt het bewustzijn echter niet als los gezichtspunt en zegt ook niet of dit onderscheidend vermogen heeft.

5.3. Analyse

Ondanks het vorenstaande kan men zich afvragen of de Hoge Raad in *Wav* wel aan toetsing van de *Esmilo*-gezichtspunten toekomt. In *Esmilo/Mediq* had het hof reeds vastgesteld dat sprake was van strijd met de wet. In het *Wav*-arrest ligt dit nog open. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt niet of hij eerst toetst of überhaupt sprake is van een ‘verboden prestatie’ en daarna of ook sprake is van strijd met de openbare orde, of dat hij die twee stappen dogmatisch als één neemt, waarna nog wel de overige omstandigheden van het geval aan bod komen. Onderscheidt de Hoge Raad twee stappen⁷⁷ dan komt hij bij negatieve uitkomst in de eerste stap immers niet aan de weging van de *Esmilo*-gezichtspunten ten behoeve van de tweede stap toe. Uit het woord ‘zodanig’ in r.o. 3.4 zou men kunnen opmaken dat

73 R.o. 3.5.9.

74 De Hoge Raad spreekt hier van *partijen*, waardoor de vraag of kenbaarheid bij een der partijen van de motieven voldoende is voor toepasselijkheid van lid 1 nog steeds niet met zo veel woorden is beantwoord. Zie over deze discussie Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.6 en daar genoemde auteurs (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014).

75 R.o. 3.7.

76 Hoogervorst 1999, p. 147 en 148.

77 Vgl. de ‘hink-stap-sprong’ als beschreven door Den Hollander 2013.

de Hoge Raad van strijd met het doel of de strekking van de Wav uitgaat, maar dat vervolgens onderzocht moet worden of die strijdigheid van dien aard is dat het beding ook in strijd met de openbare orde is, in welk geval sprake is van een met *Esmilo/Mediq* vergelijkbare situatie. Dan ligt voor de hand dat de concrete toets mede de toets aan de gezichtspunten zou moeten zijn. Het opknippen van de tweede stap in twee fasen (zie hiervoor) door het beding eerst te toetsen aan het doel en de strekking van de Wav en daarna pas aanwijzingen te geven voor de beoordeling van de overige omstandigheden van het geval, zou dan iets nieuws zijn. Hoewel die ‘knip’ wellicht mede is ingegeven doordat partijen eventuele ‘bijzondere omstandigheden’ die toch tot nietigheid konden leiden in hun schriftelijke opmerkingen aan de orde hebben gesteld⁷⁸ of door het gegeven dat de Hoge Raad niet in de beoordeling van de feiten treedt.⁷⁹

Echter, in r.o. 3.5.9 overweegt de Hoge Raad dat het verhaalsbeding ‘*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*’, hetgeen kan wijzen op het blijven steken bij de eerste stap. Doordat de Hoge Raad niet eerst toetst of sprake is van strijd met bepalingen van de Wav zelf, maar direct met het doel en de strekking van de Wav, valt de toets aan strijd met de wet deels samen met die aan de openbare orde.

Misschien waren de raadsheren het niet eens over de positie van strijdigheid met de aard en strekking van een regeling – in plaats van met de regeling zelf – binnen het 3:40-schema en de twee stappen zoals die lijken te volgen uit *Esmilo/Mediq*.⁸⁰ Wellicht ook wilde een aantal raadsheren in navolging van de kritiek geuit in de literatuur de systematiek van lid 2 en lid 3 analoog toepassen op lid 1? Dat zou art. 3:40 overzichtelijker maken en het onderscheid tussen verrichten, inhoud en strekking minder van belang. Is geen sprake van strijd van het aangaan, de inhoud of de strekking van een overeenkomst met de wet, dan kan nog worden getoetst of de overeenkomst in de bijzondere omstandigheden van het geval toch in strijd is met de openbare orde of goede zeden. Geheel analoog is deze toepassing uiteraard niet nu lid 3 ziet op de vraag of de wetsbepaling de strekking heeft de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten, terwijl de vraag hier in fase 1 is of afbreuk wordt gedaan aan de handhaving en doelstellingen van de desbetreffende wet.

Vanwege de door de Hoge Raad gekozen toegepaste benadering ontbreekt in ieder geval duidelijkheid op deze punten. Voor wat betreft de geldigheid van dergelijke verhaalsbedingen biedt het antwoord van de Hoge Raad wel opheldering. Nu de A-G aanstuurde op helderheid over de te betrekken gezichtspunten, heeft de Hoge Raad een kans op nadere theoretische inbedding van de openbare orde toets laten liggen in deze – ten behoeve van de rechtsvorming en rechtseenheid ingevoerde – prejudiciële procedure.

⁷⁸ R.o. 3.7.

⁷⁹ Art. 79 RO.

⁸⁰ Volgens Bakels kan een op het geval toegesneden uitspraak wijzen op verdeeldheid binnen de kamer. F.B. Bakels, ‘Rode draad “Rechtsvorming door de Hoge Raad”’: Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, AA 2015/11, p. 932.

Het volgen van de ‘fasen aanpak’ in het *Wav*-arrest is onzes inziens desalniettemin in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, omdat dan inzichtelijk wordt hoe de rechter oordeelt over doel en strekking van de norm los van de overige omstandigheden van het geval. Een stapel gezichtspunten hoeft niet tot zo’n gestructureerde uitwerking te leiden.

Dat laat overigens onverlet dat wij het wenselijk achten dat de wetgever zich expliciet uitspreekt over de privaatrechtelijke consequenties wanneer evident is dat een wetsbepaling zal raken aan een contractuele verhouding. Uiteraard kan hij zich hier niet altijd rekenschap van geven, want praktisch gezien zijn lang niet alle gevallen te voorzien.⁸¹

6. Doorwerking van Europese bepalingen via art. 3:40 lid 1 BW

De discussie over de dogmatische inkleding van de toets aan art. 3:40 lid 1 BW en de vraag waar de toets aan de (strekking van) de wetsbepaling eindigt en de toets aan de openbare orde begint, wordt extra relevant wanneer men het heeft over de beoordeling van de contractuele gevolgen van een schending van een bepaling van Europees recht.⁸²

Er bestaat aardig wat rechtspraak over gevallen waarin het sluiten of aangaan van een overeenkomst in strijd is met Europees recht. Voor in strijd met art. 108 lid 3 VWEU verleende staatssteun geldt thans dat de nationale rechter een ongeoorloofde steunmaatregel nietig moet verklaren, voor zover dit ertoe zou leiden dat over en weer de door partijen verrichte prestaties worden teruggedraaid of dat een voordeel voor de toekomst verdwijnt, indien hij gezien de omstandigheden van het geval verwacht dat dit doeltreffender zal zijn dan andere maatregelen ter bewerkingstelling van herstel van de mededingingssituatie van voor de steunverlening.⁸³ Voor het aanbestedingsrecht is reeds uitgemaakt dat de enkele schending ervan niet kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst indien geen sprake is van

81 Zie ook Snijders die het beschouwt als een teken van wijsheid dat de wetgever zich niet altijd expliciet uitspreekt maar dit aan de rechtsontwikkeling overlaat, zij het in de context van art. 2:20 BW, Snijders 2014, par. 1; zie voorts Hebly & De Hoogh 2013, p. 63 en 64.

82 Wij doelen in deze paragraaf niet op de gevallen waarin EU-recht de nietigheid al dicteert, zoals HR 3 december 2004, NJ 2005/118 (*Vreugdenhil/Floraholland*), waar de schending van art. 65 EG oud, thans art. 101 VWEU centraal stond.

83 HvJ EG 8 december 2011, C-275/10, NJ 2012/124, m.nt. M.R. Mok, r.o. 46-49. Dit betrof het antwoord op prejudiciële vragen gesteld in HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082, NJ 2010/299 (*Residex/Rotterdam*) met verwijzing naar HvJ EG 12 februari 2008, C-390/98, Jur. 2001, p. I-6117 (*Banks/The Coal Authority*), r.o. 73-80, en HvJ EG 12 februari 2008, C-199/06, Jur. 2008, p. I-469, NJ 2008/185 (*CELF/SIDE*), r.o. 34-35, na beantwoording is arrest is gewezen door de Hoge Raad, HR 26 april 2013, NJ 2013/433 (*Residex/Rotterdam*).

bijkomende omstandigheden.⁸⁴ Nu in die gevallen niet lid 1 maar lid 2 van art. 3:40 BW opgeld doet, dwingt lid 3 telkens tot een onderzoek naar het doel en de strekking van de EU-bepaling, in relatie tot de sancties nietigheid of vernietigbaarheid. Omdat het in deze gevallen gaat om EU-bepalingen die daadwerkelijk zien op het aangaan of sluiten van overeenkomsten dient het effectiviteitsbeginsel gewicht in de schaal te leggen bij de interpretatie en uitleg van deze Europese bepalingen ten behoeve van de invulling van de nationale open normen van art. 3:40 lid 2 en lid 3 BW.⁸⁵ Hoofregel is dat het unierecht de nationale procedurele autonomie, daar waar remedies niet zijn geharmoniseerd, respecteert en de lidstaat dus bepaalt op wat voor manier een 'recht' kan worden geëffectueerd. De nationale (procedurele) regels ter handhaving van EU-recht mogen echter (1) niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel); en (2) de uitoefening van de door het unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (effectiviteitsbeginsel).⁸⁶

Wat nu indien een overeenkomst verplicht tot een door Europees recht *verboden prestatie* zonder dat de Europese bepaling ziet op een contract of rept van enig privaatrechtelijk rechtsgevolg? De beantwoording van vragen over het doel en de strekking van een bepaling van Europees recht is uiteindelijk aan de Europese rechter voorbehouden.⁸⁷ De vraag of er sprake is van schending van de openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW is – nu het hier een nationale open norm betreft die de rechtsgevolgen dicteert in gevallen waar de Europese wetgever klaarblijkelijk over het al dan niet bestaan van een dergelijk rechtsgevolg heeft gezwegen – voorbehouden aan de nationale rechter. Uiteraard dient de nationale rechter zijn recht wel zoveel mogelijk in het licht van het EU-recht te interpreteren.⁸⁸ Het ligt dus voor de hand dat hij in zijn beoordeling zal moeten betrekken welke belangen door de geschonden gemeenschapsregel – c.q. nationale regel waarin de EU-regel is geïmplementeerd – worden beschermd, of door de inbreuk fundamentele beginselen van Europees recht worden geschonden en of de regel in een sanctie voorziet.

84 HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (*Van der Stroom/Staat c.s.*) en HR 22 januari 1999, 16747, C97/226, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*). De nieuwe Richtlijn 2007/66/EG schrijft lidstaten voor ervoor te zorgen dat in geval van bepaalde ernstige procedurele gebreken de nadien gesloten overeenkomst onverbindend moet worden verklaard. In art. 8 e.v. WIRA (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden van 28 januari 2010, *Stb.* 2010, 38) is daartoe de figuur van de vernietigbaarheid geïntroduceerd; de bepalingen zijn overgenomen in art. 4:15 e.v. Aanbestedingswet 2012; *Asser/Hartkamp 3-1* 2015/147.

85 Men ziet dit expliciet terug in HvJ EG 8 december 2011, C-275/10, NJ 2012/124 (*Residex/Rotterdam*), r.o. 46 en r.o. 48-49, zoals hiervoor aangehaald.

86 De veelvuldig door het HvJ EG toegepaste toets die het heeft ontwikkeld in zijn arresten 16 december 1976, 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*), en 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet*).

87 Art. 267 VWEU.

88 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 115.

Zo kwam in de zaak *Esmilo/Mediq* zowel het Hof Amsterdam als na verwijzing ook het Hof Den Haag tot de conclusie dat het handelsmodel zoals dat in *Esmilo/Mediq* centraal stond, strijdig was met art. 37c Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten welke bepaling strekt tot implementatie van Richtlijn 92/25/EEG.⁸⁹ Het Hof Den Haag maakte voor de invulling van de gezichtspunten als aangedragen door de Hoge Raad in *Esmilo/Mediq* gebruik van de bepalingen van Europees recht om de belangen die de geschonden regel beschermt te kunnen identificeren, alsmede ter bepaling of met de inbreuk fundamentele beginselen werden geschonden.⁹⁰

Voor wat betreft de sanctionering zal het Europese recht weinig informatie bieden nu de vormgeving daarvan veelal aan de lidstaten zelf overgelaten wordt, mits deze maar voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is (lees: procedurele autonomie).⁹¹

De vraag of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren lijkt – tenzij dit onderdeel vormt van de toepasselijke EU-norm – een losstaand gezichtspunt. De vraag is of de verplichting tot conforme interpretatie zich uitstrekt tot de invulling van de openbare orde van art. 3:40 lid 1 BW met de overige, bijzondere omstandigheden van het geval zoals het bewustzijn. Het wegen van dergelijke omstandigheden, valt, wanneer de remedies niet geharmoniseerd zijn en de nationale wetgever niet heeft gekozen voor een nietigheidssanctie, immers in beginsel niet binnen het materiële toepassingsbereik van het EU-recht.⁹² Zijn echter voor de invulling van het openbare orde begrip van art. 3:40 lid 1 BW het doel en de strekking van een Europese wetbepaling van belang en de vraag of het

89 Richtlijn 92/25/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 31 maart 1992 betreffende de groothandel in geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* L 113), welke richtlijn is opgegaan in Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* L 311).

90 Hof Den Haag 16 september 2014, *NJ* 2014/519, r.o. 15-17.

91 Deze vereisten stammen oorspronkelijk uit de rechtspraak, zie onder andere HvJ EG 10 juli 1990, C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (*Hansen*), waar het ging om strafrechtelijke sanctionering; A.S. Prechal & K. Cath, 'The European Acquis of Civil Procedure: constitutional aspects', *Univ. L. Rev.* 2014, Vol. 19, p. 181 onder verwijzing naar daar genoemde rechtspraak. De zinsnede wordt tegenwoordig veelal expliciet gecodificeerd in secundaire EU-wetgeving conform beleid van de Europese Commissie uit hoofde van de volgende resolutie: Resolutie van de Raad van 29 juni 1995 over de eenvormige en doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht en over sancties op overtredingen daarvan op het gebied van de interne markt (*PbEG* C 188); zie A.S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 88 en 89, noot 117 voor aanvullende rechtspraak.

92 Wissink 2014, p. 131 die erop wijst dat (richtlijn)conforme interpretatie niet nodig is als een onderwerp niet onder het materiële toepassingsbereik van een EU-instrument valt. Uiteraard kan feitelijk een bepaling van Unierecht zijn geschonden, ongeacht de mate waarin partijen zich daarvan bewust waren, in welk geval de vaststelling van die schending wel gebeurt aan de hand van conforme interpretatie.

doel en de strekking van de wetsbepaling onaanvaardbaar worden doorkruist, dan kan lastig worden betoogd dat dit een puur nationale aangelegenheid is. Hier raakt men aan een van de discussies in het hart van het Europese Privaatrecht die helaas niet uitputtend kan worden behandeld.⁹³ Hoe dan ook, een helder onderscheid bij de toets aan de openbare orde van 3:40 lid 1 BW tussen de uitleg van doel en strekking van de (geschonden) norm aan de hand van het eerste, tweede en vierde gezichtspunt en de beoordeling van de overige omstandigheden van het geval, die zouden kunnen meebrengen dat een rechtshandeling die niet in strijd is met doel of strekking van de wet sec toch nietig is, maakt het wellicht makkelijker om te beoordelen wanneer het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof nodig is en hoe deze te formuleren.⁹⁴ Zo verdient het ook bij schending van Europese normen aanbeveling dat de nationale rechter de ‘twee-fasenaanpak’ uit het *Wav*-arrest volgt.

Het Hof van Justitie heeft in bepaalde gevallen aangenomen dat Europese bepalingen van openbare orde zijn⁹⁵ en/of ambtshalve dienen te worden toegepast.⁹⁶ Indien het Hof van Justitie EU wel heeft bepaald dat de geschonden Europese bepaling van openbare orde is, is vooralsnog onduidelijk of een kwalificatie als van openbare orde door het Hof van Justitie EU direct nietigheid impliceert bij een toets aan art. 3:40 lid 1 BW. Indien een overeenkomst naar inhoud of strekking in strijd blijkt met een bepaling van Europese openbare orde die zwijgt over een privaatrechtelijke sanctie, lijkt het onzes inziens niet per definitie afbreuk doen aan het doel en de strekking van het Europese recht als de nationale rechter de strijdige overeenkomst geldig acht. Ook hier lijkt ons een

93 Over het verschil en samenhang tussen recht en remedie, zie Van Gerven, ‘Of rights, remedies and procedures’, *CMLR* 37: 501-536, 2000; Eilmansberger, ‘The relationship between rights and remedies in EC Law: in search of the missing link’, *CMLR* 41:1199-1246, 2004. Zie voorts de inleidende en afsluitende hoofdstukken van Wilman, *The vigilance of individuals. How, when and why the EU legislates to facilitate the private enforcement of EU law before national courts* (diss.) Leiden, Meijers Research and Graduate School of the Leiden Law School, Faculty of Law, Leiden University 2014. Zie over beginselen in private verhoudingen o.a. M. Dougan, ‘The Impact of the General Principles of Union Law upon Private Relationships’, in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing 2013. Prechal, Redefining the relationship between ‘Rewe-effectiveness’ and Effective judicial protection, *Review of European Administrative Law* 2011, p. 31.

94 Zie hierover uitgebreid M. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, (oratie Tilburg 2014). Dat men bij de invulling van nationale open normen aan de hand van EU-recht op problemen kan stuiten volgt wel uit HvJ EU 29 April 2015, C-51/13 (*Nationale Nederlanden/Van Leeuwen*), r.o. 32 als ook opgemerkt door R. de Graaff, ‘Ask an ambiguous question and you’ll get an ambiguous answer’, Leiden Law Blog van 24 mei 2015.

95 Over de vraag of art. 101 VWEU van openbare orde is bestaat discussie, zie in ieder geval de arresten Van Schijndel, het obiter dictum in *Manfredi* (C-295/04) en *Eco Swiss/Benneton* (C-126/97) dat ging over openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onder e Rv.

96 Bijv. *Mostaza Claro* (C-168/05) over de toetsing van oneerlijke bedingen, *Rampion* (C-429/05) over de richtlijn consumentenkrediet, *Martin Martin* (C-227/08) over colportage en *Duarte* (C-32/12) over consumentenkoop.

effectiviteitstoets op zijn plaats waarna, veronderstellen wij, alsnog rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Hierbij moet rekening worden gehouden met het feit dat de rechter de rechtsbescherming soms ook via andere privaatrechtelijke remedies kan vormgeven.⁹⁷

7. Conclusie

Binnen de context van art. 3:40 lid 1 BW krijgt de kameleon zijn kleur afhankelijk van het doel en de strekking van de geschonden regel en de overige omstandigheden van het geval. Het doel en de strekking van de geschonden regel spelen – net als in lid 3 – ook in lid 1 een rol via het eerste, tweede en vierde in *Esmilo/Mediq* geformuleerde gezichtspunt, ware het niet dat gezien zowel eerdere als latere jurisprudentie de vraag of de inhoud of strekking van de overeenkomst fundamentele beginselen schendt geen gezichtspunt vormt, maar veelal de kernvraag is voor de beoordeling van strijd van een overeenkomst met de openbare orde die naar inhoud of strekking in strijd is met de wet. Fundamentele beginselen lijken niet alleen besloten te liggen in de al dan niet geschonden bepaling, maar kunnen ook van andere aard zijn.

Het zou de inzichtelijkheid van uitspraken vergroten en zo de rechtseenheid en rechtsontwikkeling ten goede komen als rechters in hun oordeel en motivering bij een toets aan art. 3:40 lid 1 BW duidelijk onderscheid maken tussen het oordeel over de strijdigheid van de inhoud of strekking van een overeenkomst met de wet, al dan niet in samenhang met toetsing van het eerste, tweede en vierde *Esmilo*-gezichtspunt (eerste fase) en het oordeel over de relevantie van overige omstandigheden van het geval waaronder of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren (tweede fase), zoals de Hoge Raad ook in de *Wav*-zaak deed. Het maken van dit onderscheid is in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling bij de uitleg van nationaal recht, maar ook bij de uitleg van Europees recht, zeker daar waar de verhouding tussen nationaal recht en EU-recht nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Het onderscheid draagt in dat laatste geval bij aan een heldere dialoog met het Hof van Justitie over het doel en de strekking van Europese regels en de verhouding ervan tot nationaal recht.

⁹⁷ Het proportionaliteitsbeginsel is van belang, met name indien hetzelfde resultaat via andere weg ook kan worden bereikt. Zie bijv. onze eerdere opmerking dat van een verboden prestatie in rechte geen nakoming kan worden gevorderd.