

Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW: Een pleidooi voor een twee fasen toets

NTBR 2016/52

Het Hof 's-Hertogenbosch zag zich gesteld voor de vraag of een verhaalsbeding in een aannemingsovereenkomst voor op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (*Wav*) opgelegde boeten nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde en legde die aan de Hoge Raad voor als prejudiciële vraag. In deze bijdrage staat centraal hoe het prejudiciële oordeel van de Hoge Raad (hierna: *Wav-arrest*)² 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 welke wijze dient de rechter te toetsen of sprake is van nietigheid wegens strijd met de openbare orde bij (mogelijke) strijd met buiten het BW geplaatste bepalingen? In hoeverre zijn het doel en de strekking van de veelal publiekrechtelijke regel van invloed op de invulling van het nationale openbare orde begrip?

1. Inleiding

Regelgeving buiten het Burgerlijk Wetboek kan de contractenrechtelijke rechten en verplichtingen van partijen beïnvloeden. Het gaat daarbij niet alleen om regels ter bescherming van een zwakkere partij, maar ook om regelgeving met partij-overstijgende of publieke doeleinden die men veelal middels gereguleerde marktwerking tracht te verwezenlijken.³ Het betreft regelgeving van nationale origine die publiekrechtelijk wordt gehandhaafd en in toenemende mate ook 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 're-

gulatory contract law' of 'toezichtprivaatrecht' genoemd.⁴ 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.⁵

Bepalingen van buiten het Burgerlijk Wetboek reppen veelal zelf niet over enig privaatrechtelijk rechtsgevolg, maar laten zich omschrijven als zuivere ge- en verboden die publiekrechtelijk gehandhaafd worden. Zo blijft dikwijls onduidelijk of de schending van dergelijke bepalingen tot nietigheid van een daarmee strijdige overeenkomst zou moeten leiden.

Deze onduidelijkheid stond centraal in de procedure die heeft geleid tot het hier besproken arrest. Het Hof 's-Hertogenbosch⁶ zag zich gesteld voor de vraag of een verhaalsbeding in een aannemingsovereenkomst voor op grond van de Wet arbeid vreemdelingen (*Wav*) opgelegde boeten nietig is op grond van art. 3:40 lid 1 BW wegens strijd met de openbare orde en legde die aan de Hoge Raad voor als prejudiciële vraag.

Wij vragen ons af hoe het prejudiciële oordeel van de Hoge Raad (hierna: *Wav-arrest*)⁷ 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*⁸ formuleerde. Op welke wijze dient de rechter te toetsen of sprake is van nietigheid wegens strijd met de openbare orde bij (mogelijke) strijd met buiten het BW geplaatste bepalingen? In hoeverre zijn het doel en de strekking van de veelal publiekrechtelijke regel van invloed op de invulling van het nationale openbare orde begrip?

De toets in twee fasen die de Hoge Raad toepast bij de beantwoording van de prejudiciële vraag in het *Wav-arrest* verdient ons inziens navolging in (reguliere) procedures

1 Citeerwijze: H. ten Oever en & G. Veldt 'Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW: Een pleidooi voor een twee fasen toets', *NTBR* 2016/52, afl. 10. Mr. G.M. Veldt en mr. H.A. ten Oever zijn beiden als PhD-fellow verbonden aan de afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden. Dit artikel is gebaseerd op onze bijdrage aan W.H. van Boom e.a. (red.), Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat, Deventer: Wolters Kluwer 2016. Wij besteden daar meer aandacht aan de invulling van de vier criteria uit *Esmilo/Mediq* en de verschillen tussen de openbare orde- en goede zedentoets.

2 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*Wav*).

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

4 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.

5 C.E. du Perron, 'Normen tussen publiekrecht en privaatrecht', in: O. ten Oever & 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.

6 Achtereenvolgens Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353, Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495, Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432.

7 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *RvdW* 2016/43 (*Wav*).

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

waarin de geldigheid van een overeenkomst vanwege strijd met de openbare orde ter discussie staat.

Wij bezien eerst kort het kader van art. 3:40 BW en de invulling van de openbare orde toets van art. 3:40 lid 1 BW in het arrest *Esmilo/Mediq*.⁹ Vervolgens analyseren wij het *Wav*-arrest. Ten slotte bezien wij wat het nationale toetsingskader impliceert voor de doorwerking via art. 3:40 lid 1 BW van wetsbepalingen die niet (meer) van nationale, maar van Europese origine zijn en de rol die de gefaseerde toets uit het *Wav*-arrest daarbij kan spelen.

Gelet op de 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.¹⁰ Deze bijdrage richt zich op publiekrechtelijke regels die niet in een privaatrechtelijk rechtsgevolg voorzien.

2. De werking van art. 3:40 BW

Voor een introductie van art. 3:40 BW starten wij bij lid 2.¹¹ Is het sluiten of aangaan¹² van een overeenkomst in strijd met de wet,¹³ dan is die overeenkomst nietig of vernietigbaar op grond van art. 3:40 lid 2 BW. De regelingen waaruit een verbod tot aangaan van bepaalde overeenkomsten volgt 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 uitzondering¹⁴ op, of een verdere uit-

werking van lid 2 in de vorm van een deelregel,¹⁵ 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.¹⁶ De Hoge Raad leek daar vooralsnog niet in mee te gaan, maar wellicht biedt het hierna te bespreken arrest een opening (zie paragraaf 3).

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' genoemd¹⁷ – 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.

Het begrip openbare orde in de zin van art. 3:40 lid 1 BW¹⁸ is een open norm waarvan de invulling in beginsel aan de rechter is voorbehouden.¹⁹ Uitgangspunt is dat de openbare orde de fundamentele beginselen van de rechtsorde en algemene belangen van fundamentele aard omvat.²⁰ De goede zeden verwijzen op hun beurt naar het maatschappelijke

9 HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*).
 10 *Asser-Hartkamp/Sieburgh 6-III* 2014/319; Zie over art. 26 Wet voorkeursrecht gemeenten, HR 23 maart 2012, NJ 2012/628.
 11 Dit is didactisch ook raadzaam, zie S.D. Lindenbergh, 'Leidt een bij wet verboden strekking zonder meer tot nietigheid? Esmilo b.v./Mediq Apotheken Beheer b.v.', AA 2012, p. 741.
 12 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.[...]"
 13 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. Sniijders, 'Maten van openbare orde' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p.153-167.
 14 *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.

15 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.
 16 Zie hierover uitgebreid o.a. Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aantekening 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014); Sniijders en 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: Boom Juridische Uitgevers 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.; P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/4, par. 7; Concl. A-G Wissink bij *Esmilo/Mediq*, par. 3.19.
 17 Term afkomstig uit de Toelichting Meijers, *Parl. Gesch.* Boek 3, p. 191.
 18 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, 1063, 1065 en 1075 Rv), maar ook daarbuiten. Volgens Sniijders is er sprake van divergentie of zelfs inconsistentie van het begrip openbare orde. Zie o.a. H.J. Sniijders, 'Openbare orde, rechtspersonen en mensenrechten. Enige observaties naar aanleiding van de zaak Martijn', *NJB* 2014/1174, p. 1607; Hoogervorst over het begrip openbare orde in art. 3:40 BW en 172 Gemeentewet, E.M. Hoogervorst, 'Openbare orde,' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 140-142.
 19 Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.
 20 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 paragraaf 4.2 hierna; Zie ook *Asser/Hartkamp en 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.

oordeel over wat hoort of niet hoort, of de moraal.²¹ Men trekt ook wel een parallel met de privaatrechtelijke norm van de maatschappelijke betamelijkheid.²²

De inhoud van het openbare orde begrip verschilt 'naar tijd en plaats'.²³ 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.²⁴ Recht van openbare orde kan zowel geschreven als ongeschreven zijn.

De openbare orde is niet altijd makkelijk van de goede zeden te onderscheiden. Er is discussie of beide begrippen een twee-eenheid zijn of niet.²⁵ Men lijkt tegenwoordig echter te zien dat openbare orde en goede zeden veelal samen worden genomen.²⁶

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.²⁷

In *Esmilo/Mediq* heeft de Hoge Raad vier gezichtspunten geformuleerd die door de rechter in elk geval dienen te worden betrokken in de beoordeling of een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie²⁸ ook in strijd is met de openbare orde.²⁹

In het eerste gezichtspunt ligt de vraag besloten welke belangen door de geschonden regel worden beschermd. Daarbij dienen het doel en de strekking van de geschonden wetsbepaling tot uitgangspunt te worden genomen. De toets aan

dit gezichtspunt is dan ook wel vergeleken met het relativiteitsoordeel ex art. 6:163 BW.³⁰

Het tweede gezichtspunt stelt aan de orde of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden. Hierbij 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.³¹

Dit 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.³² Dit aan de schending van fundamentele beginselen toegekende belang stemt bovendien overeen met de parlementaire geschiedenis.³³ Ook in het *Wav*-arrest stelt de Hoge Raad de vraag naar schending van fundamentele beginselen centraal.

Bij het derde gezichtspunt komt aan de orde of partijen zich bewust waren van de inbreuk op de regel. Dit zogeheven bewustzijns criterium 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.³⁴

Het vierde en laatste gezichtspunt richt zich op de vraag 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.³⁵

Tot zover de korte schets van art. 3:40 BW en het toetsingskader voor art. 3:40 lid 1 BW zoals we het kennen aan de

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

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

23 Hoogervorst 1999, p. 139 en verwijzingen daar.

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

25 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 betreffende arrest 'conform de oudere wetsgeschiedenis (p. 191-92), 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.'

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

27 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. JH (*Parkeerexploitatie Amsterdam/Amsterdam*); HR 11 mei 2001, NJ 2002/364, m.nt. JH (*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.

28 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 (*Esmilo/Mediq*), m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, paragraaf 3.

29 R.o. 4.4.

30 Lindenberg 2012, p. 742. Volgens Lindenberg 2012, p. 742, de eerste, tweede en vierde gezichtspunt de aard en strekking van de geschonden wetsregel; Anders Den Hollander 2013, paragraaf 7.

31 Vgl. HR 11 mei 2001, RZA 2001, 80 (*OZF/AZL*) r.o. 4.4: M.R. Hebly en A.N.L. de Hoogh, 'Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW', *MvV* 2013-2, p. 62. Anders waarschijnlijk Lindenberg 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.

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

33 L. v. Antw. II Inv. PG Boek 3, p. 1141, waarnaar ook de Hoge Raad verwijst in r.o. 4.4 van *OZF/AZL*.

34 Zo ook Lindenberg 2012, p. 742.

35 Lindenberg 2012, p. 742-743.

hand van *Esmilo/Mediq*. Wij bezien nu hoe de uitkomst van de prejudiciële procedure binnen art. 3:40 lid 1 BW dient te worden geplaatst en in hoeverre de Hoge Raad het beoordelingskader dat hij in *Esmilo/Mediq* formuleerde volgt.

3. Het Wav-arrest

Op grond van een verhaalsbeding in de aannemingsovereenkomst tracht hoofdaannemer Wijnen Bouw Horst BV (Wijnen Bouw) bestuurlijke boetes wegens het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning voor 16 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.

3.1 Beslissing tot het stellen van een prejudiciële vraag

Muller Afbouw beroept zich in de procedure niet op art. 3:40 lid 1 BW. Het is het hof dat ambtshalve de vraag naar nietigheid opwerpt op grond van art. 3:40 lid 1 BW.³⁶ Nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich hierover uit te laten, meent het hof dat op grond van de reacties van partijen niet tot een eenduidige conclusie over de nietigheid kan worden gekomen.³⁷ Verder betreft het, aldus het hof, materie die ook voor de beslechting van tal van andere geschillen van belang zou kunnen zijn.³⁸

Het hof is – wederom ambtshalve – voornemens de volgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen:³⁹

“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?”

Partijen krijgen de gelegenheid zich over de vraagstelling uit te laten en stellen voor dat deze wordt toegespitst op de omstandigheden van het geval.⁴⁰ Het hof ziet daar geen aanleiding toe, maar wil weten aan de hand van welke systematiek het zijn oordeel moet vormgeven: is het beding

bijvoorbeeld in strijd met de openbare orde tenzij, of is het beding alleen onder bijzondere omstandigheden in strijd met de openbare orde?⁴¹ Het hof gaat daarom over tot het stellen van voornoemde vraag.⁴² Aldus worden partijen – in dit geval hoofdaannemer en onderaannemer – betrokken in een prejudiciële procedure die zij niet hebben kunnen voorzien en die verder strekt dan het concrete geval.⁴³ Voorts wordt hen, niet alleen in de aanloop naar het stellen van vragen, maar ook voor de Hoge Raad, input gevraagd ten aanzien van een punt van wetsuitleg dat niet alleen van belang is voor hun onderhavige geschil, maar ook voor de rechtsontwikkeling in het algemeen, en – niet onbelangrijk – hun positie in eventuele andere aannemingsverhoudingen. De bouwwereld betreft immers een branche waarin de hoedanigheid van partijen nog al eens verschilt (hoofdaannemer, onderaannemer, etc.). Nu eens zal men baat hebben bij een verhaalsbeding, dan weer zal men er hinder van ondervinden. Desondanks hebben partijen in hun schriftelijke opmerkingen bij de Hoge Raad allebei een uitgesproken standpunt ingenomen, blijkens de korte weergave door A-G Langemeijer hiervan in zijn conclusie.⁴⁴

3.2 De behandeling van de vraag bij de Hoge Raad

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 contractuele bepaling’ en ‘medecontractant’.⁴⁵ 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.⁴⁶ De Hoge Raad neemt geen van beide suggesties over.⁴⁷ Waarom hij dit niet doet en wat partijen van de herformulering vonden, blijkt niet uit het arrest. Wel spijst hij de vraag feitelijk 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.

36 Hof 's-Hertogenbosch 16 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5353, r.o. 3.9.

37 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495, r.o. 6.2.

38 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495, r.o. 6.6.

39 Hof 's-Hertogenbosch 21 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1495, r.o. 6.6.

40 Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432, r.o. 7.2 en 7.3.

41 Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432, r.o. 7.4.

42 Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432, r.o. 7.2, 7.3, en 7.5.

43 Partijen hebben geen bezwaar gemaakt tegen het stellen van de prejudiciële vraag: Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432, r.o. 7.2 en 7.3. Voor het geval (een van) partij(en) wel bezwaar maakt wijzen Giesen en Overheul er terecht op dat een gedegen motivering van de feitenrechter nodig kan zijn over ‘waarom het publieke belang van de beoogde bijdrage aan de rechtsvorming en rechtseenheid in dit geval (toch) voorrang krijgt’ boven het mogelijke belang van (een van de) procespartijen bij het niet stellen van de vraag. I. Giesen en A.M. Overheul, ‘Rechtsvorming door prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussenstand’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 197.

44 Concl. van A-G Langemeijer bij het Wav-arrest, ECLI:NL:PHR:2015:2389, par. 3.1-3.2.

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

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

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

In deze zaak formuleert de Hoge Raad het beoordelingskader anders dan in *Esmilo/Mediq*. Had de Hoge Raad 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 (zie hierna). 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."⁴⁸

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*".⁴⁹ 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 de openbare orde.⁵⁰ Impliciet loopt de Hoge Raad de gezichtspunten uit *Esmilo/Mediq* echter wel langs, zij het in twee fasen.

3.3 *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 uiteengezette 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 eerder genoemde 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'"⁵¹ en dat bewust is gekozen niet strafrechtelijk te sanctioneren omdat financiële sanctionering direct na de overtreding een sterker ontmoedigend effect zou hebben dan een strafrechtelijk vervolgingsbeleid.⁵² De Hoge Raad zegt dat niet met zoveel 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.⁵³ 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 dat 'gelet op al het hiervoor overwogene' moet worden geoordeeld dat het verhaalsbeding niet in strijd komt met fundamentele beginselen.⁵⁴

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 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).

3.4 *Fase 2: Overige omstandigheden van het geval*

Echter, 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

48 R.o. 3.4.

49 R.o. 3.5.1.

50 R.o. 4.4.

51 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.

52 R.o. 3.5.2.

53 R.o. 3.5.9 en 3.6.

54 R.o. 3.5.9.

zedes in de omstandigheid dat partijen bij het aangaan van het beding de bedoeling⁵⁵ hebben gehad het incasseren van de boete te frustreren, of de verhaalzoekende partij te vrijwaren terwijl sprake is van diens opzet of grove schuld.⁵⁶ De separate behandeling van deze omstandigheden – die in feite de partijintenties betreffen – bevestigt dat die intenties losstaan van de strekking van de wet. De Hoge Raad noemt het bewustzijn echter niet als los gezichtspunt en zegt ook niet of dit onderscheidend vermogen heeft.

3.5 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 stappen⁵⁷ 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 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.

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*.⁵⁸ Wellicht ook wilde een aantal raadsheeren 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 BW 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.

Hoe men het ook wendt of keert, men ziet in de beantwoording in ieder geval twee fasen terug: 1) de toets van een beding aan het doel en de strekking van de wet; en 2) het benoemen van de in aanmerking te nemen overige omstandigheden van het geval die alsnog tot nietigheid kunnen leiden. Waardoor is deze aanpak ingegeven? Een rol speelt wellicht dat het hof wenste te vernemen welke redenering moet worden gevolgd: is een dergelijk beding in beginsel nietig, of is het geldig tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden?⁵⁹ De Hoge Raad lijkt de tweede lijn te volgen. Voorts hebben partijen ook eventuele ‘bijzondere omstandigheden’ die toch tot nietigheid konden leiden in hun schriftelijke opmerkingen aan de orde gesteld.⁶⁰ Het al dan niet sprake zijn van dergelijke omstandigheden is in deze prejudiciële procedure nog niet vastgesteld. De splitsing van het antwoord van de Hoge Raad in twee fasen lijkt samen te vallen met een splitsing in een rechtsoordeel dat ziet op ‘het onderhavige beding’ in het licht van de uitleg van de *Wav* en een meer gemengd oordeel dat ziet op overige feiten en omstandigheden die nog niet zijn vastgesteld in het licht van de ‘openbare orde en goede zeden’. Geheel zuiver is de splitsing tussen rechtsoordeel en gemengd oordeel ons inziens hier niet want gezien de haviltexmaatstaf is de inhoud van een beding ook afhankelijk van feitelijke vaststellingen

55 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 zoveel woorden is beantwoord. Zie over deze discussie Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 40 Boek 3 BW, aant. 7.6 en daar genoemde auteurs (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2014).

56 R.o. 3.7.

57 Vergelijk de ‘hink-stap-sprong’ als beschreven door Den Hollander 2013.

58 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. 392.

59 Hof’s-Hertogenbosch 30 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2432, r.o. 7.4.

60 R.o. 3.7.

ten aanzien van partijbedoeling. Desalniettemin neemt de Hoge Raad een specifieke uitleg tot uitgangspunt.⁶¹

Daarnaast is van belang dat de prejudiciële procedure nu juist bedoeld is om verheldering te bieden voor talrijke uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen waarin zich dezelfde vraag voordoet en zo bij te dragen aan de rechtsontwikkeling als geheel. Het volgen van de ‘fasen aanpak’ in het *Wav*-arrest is ons inziens 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.

Dit 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.⁶²

4. Het nut van de twee fasen toets bij 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.⁶³ Ook bij schending van Europese normen verdient het ons inziens aanbeveling dat de nationale rechter de ‘twee-fasen aanpak’ uit het *Wav*-arrest volgt.

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 staatsteun 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 bewerkstelling van

herstel van de mededingingssituatie van voor de steunverlening.⁶⁴ Voor het aanbestedingsrecht is reeds uitgemaakt dat de enkele schending ervan niet kan leiden tot nietigheid van de overeenkomst indien geen sprake is van bijkomende omstandigheden.⁶⁵ 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.⁶⁶ 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).⁶⁷

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.⁶⁸ 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 zo veel mogelijk in het licht van het EU-recht te interpreteren.⁶⁹ Het ligt dus voor

61 Zie over het onderscheid tussen rechtsoordelen en gemengde oordelen *Kamerstukken II 2010/11, 32612*, 3, p. 9 e.v. en Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht in de prejudiciële procedure*, UCALL en UU: Utrecht 2016, p. 98-103. Giesen e.a. merken op op p. 103: ‘Het antwoord op de vraag of de contractuele afwenteling van een boete op grond van de Wet arbeid vreemdelingen, onverbindend was op grond van art. 3:40 BW, luidde ronduit ontkennend (en betrof dus een zuiver rechtsoordeel).’

62 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, paragraaf 1; Zie voorts Hebly & De Hoogh 2013, p. 63 en 64.

63 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.

64 HvJ EG 8 december 2011, C-275/10, NJ 2012/124, m.nt. M.R. Mok, overweging 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*).

65 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-I 2015/147*.

66 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.

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

68 Art. 267 VWEU.

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

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.

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 van het Besluit bereiding en aflevering van farmaceutische producten welke bepaling strekt tot implementatie van Richtlijn 92/25/EEG.⁷⁰ 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.⁷¹

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).⁷²

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 nietigheids-sanctie, immers in beginsel niet binnen het materiële toepassingsbereik van het EU-recht.⁷³ 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 wetsbepaling van belang en de vraag of het 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

Het Hof van Justitie heeft in bepaalde gevallen aangenomen dat Europese bepalingen van openbare orde zijn⁷⁶ en/of ambtshalve dienen te worden toegepast.⁷⁷ 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 ons 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 effectiviteitstoets op zijn plaats waarna, veronderstellen wij, alsnog rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Hierbij moet rekening

70 Richtlijn 92/25/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 31 maart 1992 betreffende de groothandel in geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*PbEG* L113), 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* L311).

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

72 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 eenvoudige 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.

73 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 daarvoor bewust waren, in welk geval de vaststelling van die schending wel gebeurt aan de hand van conforme interpretatie.

74 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. A.S. Prechal, Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective judicial protection, *Review of European Administrative Law* 2011, p. 31.

75 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.

76 Over de vraag of art. 101 VWEU van openbare orde is en ambtshalve zou moeten worden toegepast, bestaat discussie, zie in ieder geval de arresten Van Schijndel (C-430/93 en C-431/93), het obiter dictum in Manfredi (C-295/04), Eco Swiss/Benneton (C-126/97) dat ging over openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onder e Rv en T-Mobile (C-08/08). Nietigheid volgt evenwel direct uit art. 101 lid 2 VWEU.

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

worden gehouden met het feit dat de rechter de rechtsbescherming soms ook via andere privaatrechtelijke remedies kan vormgeven.⁷⁸

5. Conclusie

De invulling van de openbare orde in art. 3:40 lid 1 BW is 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 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.

In zijn antwoord op de prejudiciële vraag in de *Wav*-zaak scheidde de Hoge Raad zijn 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) van zijn oordeel over de relevantie van overige omstandigheden van het geval waaronder of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren (tweede fase). De onderverdeling in het *Wav*-arrest is wellicht terug te voeren op het prejudiciële karakter van de procedure, maar verdient bredere navolging. 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 altijd duidelijk onderscheid maken tussen beide fasen. 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.

⁷⁸ Het proportionaliteitsbeginsel is van belang, met name indien hetzelfde resultaat via andere weg ook kan worden bereikt, bijvoorbeeld nu van een verboden prestatie in rechte geen nakoming kan worden gevorderd.