



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie HR 11 december 2015, NJ 2017/59 (Wijnen
Bouw/Muller)**

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2017). Annotatie HR 11 december 2015, NJ 2017/59 (Wijnen
Bouw/Muller). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2017(8), 1034-1036. Retrieved
from <https://hdl.handle.net/1887/59513>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/59513>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

der vergunning tewerkstelling van een vreemdeling heeft plaatsgevonden. Deze omstandigheid heeft echter geen invloed op de geldigheid van het verhaalsbeding, aangezien de vraag of het beding nietig is, beantwoord moet worden naar de situatie op het tijdstip van het verrichten van de rechtshandeling. Wel legt de ernst van een aan de verhaal zoekende partij te maken verwijt gewicht in de schaal bij beantwoording van de vraag in hoeverre haar beroep op het verhaalsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

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

Voor zover echter bij het aangaan van het verhaalsbeding de bedoeling bij partijen heeft voorgezet om het incasseren van boeten door het bestuursorgaan op de zojuist bedoelde wijze (of op andere wijze) te frustreren, of voor zover het beding inhoudt dat de partij op wie verhaal wordt gezocht de verhaal zoekende partij moet vrijwaren voor boeten die aan de verhaal zoekende partij opgelegd zijn wegens het door haar met opzet of grove schuld niet naleven van de verplichtingen ingevolge de WAV, kan dat meebrengen dat het beding nietig wordt geoordeeld op grond van een met de openbare orde of goede zeden strijdige inhoud of strekking van het beding.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vraag op de hier-voor in 3.6 en 3.7 weergegeven wijze;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van Wijnen Bouw en op € 1.800 aan de zijde van Muller.

Noot

1. Pro Persona geeft Wijnen Bouw opdracht een GGZ-gebouw te realiseren. Wijnen Bouw schakelt Muller in als onderaannemer. Bij een controle constateert de Arbeidsinspectie dat op de bouwplaats zestien vreemdelingen illegaal werken; zij behoort Pro Persona, Wijnen Bouw en Muller wegens overtreding van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV).

Wijnen Bouw vordert een verklaring voor recht dat Muller jegens haar aansprakelijk is voor de boeten die aan haarzelf en Pro Persona zijn opgelegd. Zij roept daartoe de verhaalsbedingen in die zijn opgenomen in de onderaannemingsovereenkomst, haar algemene voorwaarden en het bestek. Het gerechtshof twijfelt over de geldigheid van die contractuele bepalingen en legt daarover een prejudiciële vraag

voor aan de Hoge Raad (art. 392 Rv). In navolging van A-G Langemeijer acht de Hoge Raad dergelijke bedingen in principe geldig.

2. *Kader*. Art. 2 lid 1 WAV luidt: "Het is een werkgever verboden een vreemdeling in Nederland arbeid te laten verrichten zonder tewerkstellingsvergunning of zonder dat een vreemdeling in het bezit is van een gecombineerde vergunning voor werkzaamheden bij die werkgever."

De WAV wordt gesanctioneerd met bestuurlijke boeten (art. 19a e.v. WAV). Deze zijn gericht op afschrikking, via een lik-op-stukbeleid, en daarmee op preventie; MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29523, 3, p. 10. De WAV hanteert een ruim begrip 'werkgever' (art. 1 onder b WAV). Naast Muller hebben ook Wijnen Bouw en Pro Persona als werkgevers art. 2 WAV overtreden (art. 18 WAV), zodat allen kunnen worden beboet. Nader r.o. 3.2.1-4; A-G Langemeijer, conclusie, onder 2.3 e.v., 2.11 e.v.

3. Het onderzochte verhaalsbeding heeft — aldus de Hoge Raad — als kenmerk dat de bestuurlijk beboete werkgever 'het bedrag van die boete mag verhalen op zijn contractuele wederpartij die de opvolgende schakel in de keten van werkgevers is' (r.o. 3.3). De vraag rijst of dat contractuele doorschuiven, waardoor de werkgever per saldo aan de boete ontsnapt, wel rechtsgeldig is in het licht van de wet (art. 3:40 lid 2 BW; par. 4), de goede zeden en de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW; par. 5 e.v.). Zie voor de prejudiciële vraag r.o. 2 (vgl. r.o. 3.3 slot).

4. *Strijd met de wet*. Art. 3:40 lid 2 BW geeft aan, dat 'strijd met een dwingende wetsbepaling' in principe nietigheid van de rechtshandeling meebrengt. De parlementaire geschiedenis leert, dat de wetgever in lid 2 alleen het oog heeft op wetten (in formele zin) die het sluiten van de overeenkomst — de daad van het contracteren — als zodanig verbieden (en dus niet pas de inhoud of strekking van het overeengekomene). Zie TM en MvA II, *Parl. Gesch. NBW, Boek 3*, p. 190-192. Art. 2 WAV verbiedt het zonder vergunning tewerkstellen (par. 2), maar laat zich over het contracteren daaromtrent niet uit (r.o. 3.4). De kwestie ligt derhalve buiten de poorten van art. 3:40 lid 2 (en 3) BW.

5. *Strijd met goede zeden of openbare orde*. Een eventuele nietigheid zal dus moeten komen van art. 3:40 lid 1 BW, dat een overeenkomst die 'door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde' nietig verklaart. Onder deze bepaling vallen twee situatietypen.

(a) De inhoud of strekking van de overeenkomst is rechtstreeks in strijd met de goede zeden of de openbare orde.

(b) De inhoud of strekking van de overeenkomst is in strijd met een dwingende wettelijke bepaling, en in verband daarmee *indirect* in strijd met de openbare orde (de goede zeden blijven hier meestal onvermeld; evenzo, expliciet, r.o. 3.4 slot). In deze situaties fungeert 'inhoud of strekking in strijd met de wet' als een — als zodanig ongerogeld — *tussenstation* in de redenering. Vanaf dat tussenstation kan de sprong naar het eindstation 'inhoud

of strekking (ook) in strijd met de openbare orde' worden gemaakt. Voor die sprong kan goede grond bestaan, maar zulke grond is zeker niet altijd aanwezig. De Hoge Raad heeft principieel uitgesproken dat een overeenkomst die met een wettelijk verbod in strijd komt, niet met de openbare orde *behoeft* te strijden; HR 1 juni 2012, NJ 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4. In dit arrest formuleert de Raad ook vier gezichtspunten die de rechter bij zijn oordeelsvorming moet betrekken.

6. *Begrip openbare orde.* De Hoge Raad omschrijft 'strijd met de openbare orde' als 'strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard' (r.o. 3.5.1, 3.5.9). De eerste component verwijst naar het objectieve recht, de tweede naar de maatschappij; een en ander zal veelal nauw samenhangen. De omschrijving sluit aan bij de bestaande inzichten, maar is niettemin interessant, omdat zij iets informatiever is dan in de rechtspraak gebruikelijk. Vergelijk art. II-7:301 DCFR ('fundamental principles'); nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/345; H.J. van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 40, aant. 7.2.

7. *Strijd met de WAV?* In *Esmilo/Mediq* was uitgangspunt dat de (inhoud of) strekking van de overeenkomst bij de wet was verboden. Dat arrest ziet dus op de – eventuele – sprong van dat tussenstation (wet) naar het eindstation van de openbare orde (par. 5 onder b). *Wijnen Bouw/Muller* speelt zich af in een eerdere gedachtefase: is hier sprake van strijd met de wet?

(a) *Tekst van de wet.* Bezien naar haar tekst is de WAV niet overtreden. Art. 2 lid 1 WAV (par. 2) verbiedt het zonder vergunning tewerkstellen van vreemdelingen, terwijl het verhaalsbeding (par. 3) op de interne allocatie van boeten ziet. Een verbod om een bestuurlijke boete op een ander te verhalen komt, zo constateert de Hoge Raad, in de WAV niet voor (r.o. 3.4). De inhoud van het verhaalsbeding is dus niet in strijd met de wettekst; voor de strekking van het beding geldt m.i. hetzelfde.

(b) *Strekking van de wet.* Het probleem ligt ditmaal (niet in maar) *achter* de wettekst: de verhaalsmogelijkheid ondermijnt wellicht de strekking van de WAV (preventie; par. 2). Een werkgever die de boete op een ander kan verhalen, ontkomt per saldo aan de sanctie en zal daardoor minder geneigd zijn illegale vreemdelingenarbeid tegen te gaan. Het is deze kwestie, die de Hoge Raad in het centrale deel van zijn uitspraak onderzoekt (r.o. 3.5.1-3.5.9). Inleidend refereert hij aan 'het doel of de strekking van de WAV' (r.o. 3.4). Het doel (oogmerk wetgever) zou m.i. geen afzonderlijke vermelding behoeven, nu men dit gevoeglijk onder het – rijkere – strekkingsbegrip kan scharen.

8. *Pro en contra.* De Hoge Raad presenteert een flinke bundel gezichtspunten rond de toelaatbaarheid van WAV-verhaalsbedingen (r.o. 3.5.2-3.5.8).

De Raad vangt aan met een bondige analyse van het boetestelsel van de WAV (zie ook de inleidende r.o. 3.2.1-4). Dat de wetgever voor bestuurlijke boe-

ten – en niet (ook) voor strafrechtelijke sancties – heeft gekozen, duidt erop dat de betrokken regels 'een geringe normatieve lading' hebben (MvT, *Kamerstukken II* 2003/04, 29523, 3, p. 4). Centraal staat de wens tot afschrikking, waarbij van snelle geldsancties meer wordt verwacht dan van een strafrechtelijk vervolgingsbereid (r.o. 3.5.2).

Als een werkgever de aan hem opgelegde boete kan doorschuiven, doet dat afbreuk aan de beoogde afschrikwekkende werking (r.o. 3.5.3). Deze constatering pleit *tegen* het verhaalsbeding. De Raad plaatst daar echter een serie relativeringen tegenover: (i) er bestaan reeds situaties waarin – los van een verhaalsbeding – de werkgever een WAV-boete op een wanpresterende derde kan verhalen (r.o. 3.5.4); (ii) het beding legt het nadeel bij de schakel in de werkgeversketen die het nauwst bij het probleem is betrokken (r.o. 3.5.5); (iii) de vergunningsplicht wordt door niemand ontlopen, de boeten worden niet ontgaan (r.o. 3.5.6); (iv) de nauwst betrokken werkgever krijgt een extra prikkel (r.o. 5.7); (v) voor iedere werkgever blijft stillegging dreigen, zodat hij een sterke prikkel behoudt om ook zelf op de naleving van de WAV toe te zien (art. 17b WAV; r.o. 3.5.8). Bovendien houdt de werkgever bij die naleving belang omdat hij niet zeker weet of het verhaal te zijner tijd zal slagen; de vervolgschakel kan insolvent raken (conclusie A-G, onder 3.8; vgl. r.o. 3.5.4). Voorts dreigt negatieve publiciteit (art. 19g WAV; 'naming and shaming').

9. *Uitkomst.* Per slot van rekening komt de Hoge Raad tot het oordeel dat het verhaalsbeding *niet* in strijd is met de openbare orde (r.o. 3.5.9). Daar voegt het college, afrondend, aan toe: "Het voorgaande leidt tot de conclusie dat een verhaalsbeding (...) als zodanig niet onaanvaardbaar afbreuk doet aan het doel of de strekking van de WAV (...). Van nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden als bedoeld in art. 3:40 BW is dan ook geen sprake" (r.o. 3.6). De verhaalsbedingen zijn dus in principe *geldig*.

10. *Redeneerpatroon.* Afweging en uitkomst verdienen bijval. Bij de opbouw van de redenering past echter een kanttekening. Het betoog springt nogal onrustig heen en weer tussen enerzijds de WAV en anderzijds de openbare orde. De Hoge Raad begint bij doel en strekking van de WAV (r.o. 3.4), schakelt over naar de openbare orde (r.o. 3.4, 3.5.1), bespreekt vervolgens een reeks aspecten van de WAV (r.o. 3.5.2-3.5.8; par. 8), komt terecht bij de openbare orde (r.o. 3.5.9), keert dan terug naar doel en strekking van de WAV (r.o. 3.6, eerste zin), om ten slotte te belanden bij de wet, de openbare orde en de goede zeden in algemene zin (r.o. 3.6, slot). Wet en openbare orde voeren aldus een bij vlagen adembemennende dans op.

De achtergrond van deze kaderonrust lijkt te zijn, dat de Hoge Raad enerzijds trouw wil blijven aan de onderbrenging bij de openbare orde, maar er anderzijds niet aan ontkomt dat de wetsdoorkruising materieel bepalend is. M.i. is het verkieslijk 'strijd met de wet' als een tussenstation te (erkennen en) posi-

tioneren, zodat éérst de vraag wordt behandeld of er al dan niet strijd met de betrokken wet bestaat (vgl. r.o. 3.4). In deze zin ook H.A. ten Oever & G.M. Veldt, *NTBR* 2016/52. Indien het antwoord bevestigend uitvalt kan, op de voet van het arrest *Esmilo/Mediq*, de sprong naar de openbare orde worden beproefd (par. 5 onder b). Bij een ontkennend antwoord zal een toetsing aan de openbare orde (en de goede zeden) in de regel niet meer opportuun zijn, nu de openbare orde los van die wet niet in het geding is.

Aldus bezien leert *Wijnen Bouw/Muller* ons, dat het tussentstation 'strijd met de wet' zich niet alleen aandient als de *tekst* van de wet wordt overtreden (par. 7 onder a), maar ook – lastiger grijpbaar – als de *strekking* van de wet wordt ondermijnd (par. 7 onder b). Hoewel deze tweede mogelijkheid niet vaak van zich doet spreken, verdient zij een eigen plaats op de staalkaart van art. 3:40 lid 1 BW.

11. In de marge teken ik aan, dat de Hoge Raad zijn betoog niet toespit op ofwel de inhoud ofwel de strekking van het verhaalsbeding, maar die twee samenhoudt. Deze handelwijze past bij de in de literatuur geventileerde gedachte dat het aloude onderscheid tussen inhoud en strekking van de overeenkomst niet van principiële aard is en dus relativering verdient. Ook HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4, neemt inhoud en strekking in één greep ('indien een overeenkomst verplicht tot een door de wet verboden prestatie'); zie ook S.D. Lindenbergh, noot, *AA* 2012, p. 742.

12. *Toetsmoment*. De geldigheid van een rechtshandeling wordt structureel beoordeeld naar het moment waarop die handeling wordt verricht. Later intredende omstandigheden kunnen een geldig tot stand gekomen beding dus niet meer nietig maken; vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/327, 336. Voor enkele in de procedure ter tafel gebrachte factoren betekent dit, dat zij niet aan de geldigheid in de weg (kunnen) staan. De Hoge Raad vermeldt er twee (r.o. 3.7).

(a) *Ernstig verwijt*. Een verhaalsbeding wordt niet nietig door het – latere – gegeven dat aan de verhaalzoeker een ernstig verwijt van de illegale tewerkstelling te maken valt. Wel kan zo'n ernstig verwijt de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid in stelling brengen; men denke aan situaties waarin de verhaalzoeker zelf de ander heeft opgedragen illegaal vreemdelingen in te zetten. Zie A-G Langemeijer, conclusie, onder 3.5.

(b) *Insolventie*. Het verhaal kan de vervolgschakel insolvent maken. Als de insolventie intreedt terwijl de vervolgschakel zijn eigen boete nog niet heeft betaald, kan zij ertoe leiden dat het bestuursorgaan er niet meer in slaagt die boete te incasseren. Ook hier is sprake van een later gegeven, dat op zichzelf het verhaalsbeding niet nietig maakt.

13. *Nietigheidsgevallen*. Het standpunt dat een WAV-verhaalsbeding in principe geldig is (par. 9), betekent niet dat zo'n beding immuun is voor nietigheid. De (van meet af aan bestaande) bijzondere omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat het beding *toch* nietig is, aangezien het door in-

houd of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW). In de staart van de uitspraak schetst de Hoge Raad hiervan twee illustraties, die nuttig zijn ter (voorkoming van misverstand en) completering van het beeld (r.o. 3.7 slot).

(a) *Benadelingsbedoeling*. De bijzonderheid dat partijen van meet af aan de bedoeling hebben het bestuursorgaan in het incasseren van boeten te frustreren (bijv. via een strategische insolventie), kan tot zo'n nietigheid leiden. Men geraakt hier aan de opzettelijke (onredelijke) benadeling van derden, die meer in het algemeen strijd met de goede zeden kan opleveren. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/344; V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Boom 2002, p. 98-102; vgl. HR 19 december 2014, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*B/H. c.s.*).

(b) *Opzet of grove schuld verhaalzoeker*. Ook de bijzonderheid dat het beding ziet op boeten die aan de verhaalzoeker worden opgelegd omdat hij met opzet of grove schuld de WAV-verplichtingen schendt, kan ertoe leiden dat het beding toch nietig is. In wezen schort het hier aan het in *Wijnen Bouw/Muller* aanwezige element, dat het beding het nadeel neerlegt bij de werkgever die het probleem feitelijk heeft veroorzaakt (r.o. 3.1 onder ii-iv), welk element voor de akkoordbevinding door de Hoge Raad van cruciale betekenis is. Zie r.o. 3.5.5 (en par. 8).

14. De uitspraak heeft alleen betrekking op bedingen tot verhaal van krachtens de WAV opgelegde bestuurlijke boeten (r.o. 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7). Nu ook de centrale afweging specifiek op de WAV is gericht (par. 8), zegt zij over andersoortige boeten niet veel. Duidelijk is wel, dat de Hoge Raad het intern doorschuiven van boeten niet categorisch afwijst. Met betrekking tot andersoortige boeten zal een eigen, op die boeteregeling toegesneden, afweging moeten worden gemaakt.

15. Over deze prejudiciële beslissing ook M.H.S. Berghuijs, *JOR* 2016/85; J.O. Berlage & N. Koenne, *TBR* 2016/75; Y. Konijn, *JAR* 2016/16; T. de Lange, *JV* 2016/50; H.A. ten Oever & G.M. Veldt, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 333-338; H.A. ten Oever & G.M. Veldt, *NTBR* 2016/52.

Jac. Hijma

NJ 2017/60

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

22 april 2016, nr. 15/01426

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. F.F. Langemeijer)