

Wat betekent dit nu voor de casus in ABN AMRO/Rabobank? Ten eerste houdt de opvatting van het Hof over het onzelfstandige karakter van de Garantie geen stand. De Hoge Raad laat het bij de overweging dat de gedingstukken geen andere conclusie toelaten dan dat partijen tot uitgangspunt hebben genomen dat de Garantie een abstract karakter heeft en dat het Hof 'kennelijk heeft miskend' dat een zodanige garantie een zelfstandig karakter ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding heeft<sup>2</sup>. Dit oordeel lijkt mij terecht<sup>3</sup>. In dat kader is het overigens wat eigenaardig dat het Hof in zijn overwegingen aansluiting zoekt bij de vaste rechtspraak over abstracte garanties, dit terwijl het nu juist van mening is dat de Garantie geen zelfstandig karakter heeft. Ten tweede is voor toepassing van de uitzondering op het strikte conformiteitsbeginsel niet vereist dat degene die de garantie afroept ook wetenschap van die fraude of willekeur moet hebben. Daarom mocht Rabobank betaling weigeren, ook al wist ABN AMRO niet dat de verklaring van Giebros frauduleus was. Ten derde is de Hoge Raad van mening dat de door Rabobank vermelde reden om niet tot betaling over te gaan (te weten dat volgens haar opdrachtgever de hoogte van de gestelde factuur apert onjuist zou zijn) in het licht van de hiervoor vermelde zekerheidsfunctie van de bankgarantie onvoldoende gespecificeerd om betaling onder een abstracte bankgarantie te mogen weigeren.

#### Slot

Uiteindelijk vernietigt de Hoge Raad het arrest van het Hof en verwijst de zaak naar gerechtshof Amsterdam voor verdere behandeling. De lessen voor de bancaire praktijk uit ABN AMRO/Rabobank zijn in ieder geval dat de formeel gerechtigde ook bij een vierpartijenverhouding als de onderhavige rekening moet houden met (fraude bij) de onderliggende overeenkomst en Anthea Yachting/ABN Amro Bank ook in die situatie onverkort toepassing vindt. Verder maakt het voor de betalingsweigering door de garanderende bank geen verschil of de begunstigde partij kennis heeft van fraude bij onderliggende overeenkomst. Ten slotte zal de garanderende bank in dat geval echter wel duidelijk moeten aangeven waarom zij denkt dat er sprake is van fraude en dus niet tot uitbetaling over kan gaan.

#### Noten:

1. Rechtbank Amsterdam 3 december 2009, JOR 2010/82 m.nt. Bertrams. Het betrof hier een in dezelfde zaak gevoerd kort geding.
2. Soortgelijks geldt ook voor de overweging van het Hof dat het ook voor ABN AMRO de 'kenbare bedoeling' van de Garantie was dat ABN AMRO slechts dan recht op betaling onder de Garantie kan doen gelden in geval Giebros grond had om te verklaren dat Amstelpark haar betalingsverplichtingen jegens Giebros niet was nagekomen. Hier is de Hoge Raad van mening dat het niet duidelijk maakt uit welke omstandigheden het deze 'kenbare' bedoeling heeft afgeleid en dat het zonder nadere motivering verder niet begrijpelijk is hoe een dergelijke bedoeling valt te rijmen met het abstracte karakter van de Garantie (dat meebrengt dat groot gewicht toekomt aan de strikt te lezen bewoordingen).
3. De A-G denkt hier anders over: volgens hem heeft het Hof het abstracte karakter van de bankgarantie niet miskend, maar alleen toepassing gegeven aan de regel dat betaling onder de garantie dient te worden geweigerd wanneer sprake is van een frauduleus betalingsverzoek.

## EUROPEES / ECONOMISCH RECHT

Mw. mr. J.I. Kohlen, Bird & Bird LLP, Den Haag

Mr. G.J. van Midden, Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn, Den Haag

### **EHRM: onaangekondigde bedrijfsinspectie in strijd met artikel 8 EVRM 15-053**

Geschreven door: mw. mr. J.I. Kohlen en mw. mr. M. van de Sanden, Bird & Bird LLP, Den Haag

*Op 2 oktober 2014 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ('het Hof') een arrest (EHRM, 2 oktober 2014, zaaknr. 97/11) gewezen waarin de omvang van de rechterlijke toetsing van een bedrijfsinspectie centraal stond. Het Hof heeft geoordeeld dat een nationale rechter niet kan volstaan met het toetsen van de rechtmatigheid van de bedrijfsinspectie. Artikel 8 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens ('EVRM') vereist dat niet alleen de rechtmatigheid maar ook de noodzakelijkheid van de bedrijfsinspectie, inclusief het verzamelen van de bewijsstukken, moet worden getoetst. Hoewel dit de rechterlijke toetsing in Tsjechië betrof, houdt de Nederlandse rechter het veelal ook bij een toetsing van de rechtmatigheid, zonder daarbij acht te slaan op de noodzakelijkheid. Dit arrest heeft wat dat betreft ook een betekenis voor Nederland.*

### **Bedrijfsinspectie**

In deze zaak was het volgende aan de hand. De Tsjechische mededingingsautoriteit had een onaangekondigd bezoek (een 'dawn raid') gebracht aan bakkerij Delta Pekárny (hierna: de klager). Zij werd verdacht van prijsafspraken met twee andere bedrijven. Tijdens die inspectie heeft de Tsjechische mededingingsautoriteit de digitale correspondentie onderzocht. De klager gaf echter slechts gedeeltelijk toegang tot de correspondentie omdat een deel van de correspondentie privébestanden zou betreffen. De Tsjechische mededingingsautoriteit bestempelde deze weigering als het niet-meewerken aan het onderzoek en besloot een boete op te leggen. De klager is hier tegen in beroep gegaan.

### **Beroep artikel 8 EVRM**

Nadat ook het Constitutionele Hof van Tsjechië de boete in stand hield, heeft de klager zich tot het Hof gewend met een beroep op artikel 8 EVRM. Artikel 8 EVRM bepaalt:

*Artikel 8 - Recht op eerbiediging van privé familie- en gezinsleven*

1. *Een ieder heeft het recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.*
2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

### **Uitspraak EHRM**

*Bedrijfsruimten vallen ook onder reikwijdte artikel 8 EVRM*

Het Hof overwoog allereerst dat de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 8 EVRM, zich ook uitstrekken tot bedrijfsruimten (en dus niet alleen tot woningen). Een bedrijfsinspectie vormt daarmee een inbreuk op artikel 8 EVRM. Dit is overigens niet nieuw. Het Hof heeft in eerdere recht-

spraak namelijk bepaald dat het beschermingsbereik van artikel 8 EVRM eveneens bedrijfsruimten bevat (zie bijvoorbeeld EHRM, 16 april 2002, zaaknr. 37971/97, *Colas Est/Frankrijk*).

*Waarborgen: toetsing van zowel rechtmatigheid als noodzakelijkheid inspectie*

Een inbreuk op het in artikel 8 EVRM neergelegde privacyrecht kan gerechtvaardigd zijn. Een dergelijke inbreuk moet echter wel met de nodige waarborgen omkleed zijn, zoals een rechterlijke controle op de bedrijfsinspectie. Deze rechterlijke controle vindt bij voorkeur vooraf plaats. Indien een voorafgaande rechterlijke controle echter ontbreekt, kan dit gebrek worden gecompenseerd door een rechterlijke controle achteraf.

Het Hof herhaalt in deze zaak nogmaals dat het de voorkeur verdient een voorafgaande rechterlijke controle plaats te laten vinden. Voor zover slechts een rechterlijke controle achteraf plaatsvindt, dient die controle wel zodanig effectief te zijn dat dit het gebrek aan een voorafgaande controle compenseert. Dit houdt volgens het Hof in dat niet alleen de rechtmatigheid van de bedrijfsinspectie onder de loep moet worden genomen, maar ook de noodzakelijkheid hiervan.

In het onderhavige geval hadden de nationale rechters in Tsjechië wel de rechtmatigheid van de inspectie beoordeeld, maar niet de noodzakelijkheid. Zo vond geen rechterlijke toetsing plaats van de feiten die tot de inspectie hadden geleid noch van de duur en reikwijdte van deze inspectie. Het Hof komt tot het oordeel dat de rechterlijke toetsing achteraf dan ook niet met voldoende waarborgen omkleed was om de inbreuk op het privacyrecht te rechtvaardigen en aldus in strijd met artikel 8 EVRM is gehandeld. Aan de klager is een schadevergoeding toegekend van € 5.000. De Tsjechische mededingingsautoriteit heeft overigens laten weten dat de uitspraak geen grote impact zal hebben op hoe de autoriteit onaangekondigde inspecties zal uitvoeren (Mlex, persbericht 'rights breach in Czech inspections won't affect raid practices', 25 februari 2015). Volgens haar is de uitspraak alleen relevant in de specifieke omstandigheden zoals in deze zaak aan

de orde waren en kunnen geen algemene conclusies worden getrokken.

#### Nederland

In Nederland zijn de bevoegdheden op het binnentreden voor ACM neergelegd in artikel 5:15 tot en met 5:17 Awb en artikel 12c van de Instellingswet. In mededingingszaken zijn ook de artikelen 50 en 51 Mededingingswet relevant. Op grond van voornoemde artikelen is alleen een voorafgaande machtiging vereist voor bezoeken aan *woningen* (tenzij de bewoner toestemming geeft). Voor *bedrijfsbezoeken* is géén voorafgaande machtiging vereist. Hoewel een voorafgaande machtiging volgens het Hof aldus wel de voorkeur geniet, kan het ontbreken van een voorafgaande machtiging worden gecompenseerd door effectieve rechterlijke controle achteraf. Onze ervaring is echter dat de Nederlandse rechter veelal alleen de rechtmatigheid van het bedrijfsbezoek beoordeelt maar niet (expliciet) ook de noodzakelijkheid. Indien de lijn van de hiervoor besproken uitspraak wordt gevolgd, zou dat betekenen dat de rechterlijke controle achteraf in Nederland met onvoldoende waarborgen is omkleed en in strijd kan zijn met artikel 8 EVRM. Op grond van dit arrest geldt ook voor Nederland dat een rechter niet alleen de rechtmatigheid maar ook expliciet de noodzakelijkheid van de bedrijfsinspectie moet beoordelen.

#### Conclusie A-G Wahl in de Deutsche Bahn-zaak en Commentaar

Voorts is op 12 februari 2015 de conclusie van advocaat-generaal Wahl gepubliceerd (conclusie A-G Wahl, 12 februari 2015, zaaknr. C-583/13P) inzake de *Deutsche Bahn*-zaak. Ook in die zaak staat de reikwijdte van artikel 8 EVRM en de toetsing van *dawn raids* centraal. De A-G verwijst in zijn conclusie ook naar de hiervoor besproken *Delta Pekárny*-zaak van het Hof en komt (eveneens als het Hof) tot de conclusie dat de bevoegdheden van mededingingsautoriteiten niet zover gaan als zij vaak zouden willen. Hoewel het in deze zaak niet de reikwijdte van de rechterlijke toetsing betrof, heeft ook hier de mededingingsautoriteit haar bevoegdheden bij een onaangekondigde bedrijfsinspectie overtreden. Het lijkt er aldus op dat de grenzen van de bevoegdheden van de (mededingings)autoriteiten inmiddels bereikt zijn!

N.B.: de uitspraak van het EHRM inzake *Delta Pekárny* is alleen in het Frans gepubliceerd. Voor het doeleinde van deze kenniswebsite is bovenstaande samenvatting gebaseerd op hetgeen in AB 2015/29 is gepubliceerd.

## HANDELS- EN TRANSPORTRECHT

Mw. mr. J.V. Tetelepta, Kneppelhout & Korthals Advocaten, Rotterdam

### ***Vliegtuigongevallen en de aansprakelijkheid van de luchtvervoerder; enige aantekeningen naar aanleiding van de crashes van MH17 en Germanwings*** 15-054

Geschreven door: mr. M.A.R.C. Padberg en mw. mr. M.H. Louws, Kneppelhout & Korthals Advocaten, Rotterdam

#### Inleiding

Actueel en tragisch: vlucht MH17 en Germanwings. Op 17 juli 2014 is het luchtvaartuig van Malaysia Airlines met vluchtnummer MH17 neergehaald op Oekraïens grondgebied. 298 inzittenden vonden de dood. Op 24 maart 2015 liet copiloot Andreas Lubitz (doelbewust) een toestel van Germanwings neerstorten in de Franse Alpen. Hierbij sleurde hij 149 mensen mee in zijn dood. Nabestaanden blijven door verdriet verscheurd achter.

Naast het verdriet en de verwerking rijzen onvermijdelijk vragen over de aansprakelijkheid en financiële compensatie van en voor slachtoffers. Reden genoeg om het aansprakelijkheidsregime bij luchtvervoer in kort bestek te beschrijven. In dit artikel beperken wij ons tot de gevolgen die al dan niet opzettelijke handelingen (van werknemers of derden) hebben op de toe te kennen financiële vergoedingen. Hoe (on)breekbaar zijn de limieten op basis van de internationale verdragen die op dit gebied zijn gesloten?

#### Verdrag van Montreal 1999 / Verordening (EG) nr. 889/2002

Bij luchtvaartongevallen is het aansprakelijkheidsregime in zijn meest geavanceerde variant te vinden in het passagiersvriende-