

■ Procesrecht algemeen

JURISPRUDENTIE

Hoger beroep tegen tussenvonnis en deelvonnis

HR 25 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:96

Bij tussentijds hoger beroep tegen het tussenvonnisdedeelte van een deelvonnis geldt eveneens de één-keerschieten-regel van de Hoge Raad zoals genoemd in ECLI:NL:HR:2012:BU3160.

Casus en hoofdoverwegingen

Het onderhavige geval betreft een burengeschil over schade aan een pad waarop een erfdienstbaarheid namens eisers rust. Eisers menen een viertal vorderingen jegens verweerders te hebben, te weten: (a) de herstelkosten van de schade aan het pad, (b) verweerders moeten medewerking verlenen aan de levering van een perceel aan eisers, (c) vergoeding van reeds voorgeschoten herstelkosten en (d) een verbod aan verweerders om zware landbouwmachines te gebruiken. De rechtbank wees bij deelvonnis van 16 oktober 2013 de vorderingen (c) en (d) toe. Ten aanzien van vordering (a) heeft de rechtbank partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het benoemen van een deskundige. Ter zake van vordering (b) heeft de rechtbank verweerder in de gelegenheid gesteld om tegenbewijs te leveren. Verweerders gaan in hoger beroep tegen dat eerste deelvonnis, slechts grievend tegen hetgeen is beslist omtrent de vorderingen (a), een tussenvonnis, en (d), een deelvonnis. Op 14 januari 2015 wijst de rechtbank een tweede deelvonnis waarbij vordering (b) eveneens wordt toegewezen en ten aanzien van vordering (a) wordt gevraagd dat partijen zich uitlaten over de gekozen deskundige. Ook tegen dat deelvonnis stelt verweerder hoger beroep in, grievend tegen de beslissing van de rechtbank ten aanzien van vordering (b). Echter, ten aanzien van vordering (b) had verweerder in de eerste instantie geen hoger beroep ingesteld.

In de gevoegde hogerberoepprocedure wijst het hof vordering (b) af. Het cassatieberoep wordt daartegen gericht. Het hof mocht niet over vordering (b) oordelen want, gezien het feit dat er aanvankelijk geen grieven waren aangevoerd tegen vordering (b), moest het eerste deelvonnis van de rechtbank worden gezien als een eindvonnis. Die klacht slaagt. Nu verweerder aldus ook het tussenvonnisdedeelte van het eerste deelvonnis in zijn hoger beroep betrok, had hij bij die gelegenheid al zijn bezwaren tegen de eindbeslissingen in het tussenvonnisdedeelte van dat vonnis naar voren moeten brengen (r.o. 3.3.2).

Duiding

De één-keerschieten-regel werd door de Hoge Raad al eerder genoemd in ECLI:NL:HR:2012:BU3160: 'De partij die tussentijds hoger beroep instelt, is gehouden daarin

al haar bezwaren tegen de tot dan toe gewezen tussenvonnissen aan te voeren en verliest de mogelijkheid dat bij een latere gelegenheid te doen', aldus de Hoge Raad in 2012. In het geval van de cassatiezaak in 2012 was er echter sprake van een zuiver tussenvonnis en niet van een deelvonnis. Wat dat betreft formuleert het huidige arrest een belangrijke toevoeging aan die rechtsregel: ook in geval van hoger beroep tegen het tussenvonnisdedeelte van een deelvonnis geldt de eerdergenoemde één-keerschieten-regel. Nu de verweerder in het eerste hoger beroep van het deelvonnis niet geschoten heeft, was het hof daaraan gebonden. De Hoge Raad trekt daarmee een strikte grens.

Maar strenge heren regeren niet lang. De Hoge Raad toont in het onderhavige arrest enige inschikkelijkheid. Het arrest biedt in rechtsoverweging 3.3.2 ruimte voor enige versoepeling van de één-keerschieten-regel. Het gaat dan met name om de zinsnede: 'Nu verweerder aldus ook het tussenvonnisdedeelte van het eerste deelvonnis in zijn hoger beroep betrok, had hij bij die gelegenheid al zijn bezwaren tegen de eindbeslissingen in het tussen-vonnisdedeelte van dat vonnis naar voren moeten brengen.' Dat biedt ruimte voor een a-contrario-redening. Indien de verweerder bij het hoger beroep tegen het eerste deelvonnis géén grieven had aangevoerd tegen het tussenvonnisdedeelte, dan stond tegen het tussenvonnisdedeelte mogelijk nog wél hoger beroep open. Indien verweerder derhalve na afloop van het eerste deelvonnis géén hoger beroep had ingesteld tegen vordering (a), had hij bij het hoger beroep tegen het tweede deelvonnis nog wél grieven aan kunnen voeren ten aanzien van vordering (a) en (b). Derhalve leert men een belangrijke les: betrek bij het tussentijds hoger beroep tegen een deelvonnis alle gedeelten van het tussenvonnisdedeelte, óf helemaal geen. En zelfs dan lijkt de beste route dat men al zijn kruid ineens verschiet.

L. Lugens

Ontvankelijkheid appel tegen beschikking omtrent voorlopig getuigenverhoor

HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2395

Een beslissing van de rechter-commissaris op verzoeken op grond van artikel 27 lid 1 onder c (het voorlopig getuigenverhoor achter gesloten deuren) en artikel 28 lid 1 onder a Rv (het stellen van beperkingen aan de verspreiding van de processen-verbaal) is geen tussenbeschikking maar een eindbeschikking. Dergelijke beslissingen vallen onder het rechtsmiddelvebod van artikel 188 lid 2 Rv.

Casus en hoofdoverwegingen

De rechtbank heeft bij beschikking van 20 februari 2017 het verzoek van Quanter Global B.V. (hierna: Quanter) tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor toegewezen. Nadat het voorlopig getuigenverhoor is gelast, heeft Magna Group B.V. (hierna: Magna) de

rechtbank verzocht om (a) op voet van artikel 27 lid 1 aanhef en onder c Rv te bepalen dat het voorlopige getuigenverhoor met gesloten deuren zal plaatsvinden, en (b) op voet van artikel 28 lid 1 aanhef en onder a Rv te bevelen dat de processen-verbaal door partijen en hun raadslieden niet aan derden mogen worden verstrekt zonder toestemming van Magna vanwege bedrijfsgevoelige informatie. De rechter-commissaris heeft bij beschikking van 22 mei 2017 beide verzoeken van Magna afgewezen. Magna appelleert hiertegen. Het hof stelt dat de beschikking van 22 mei 2017 een tussenbeschikking is, nu het voorlopig getuigenverhoor (nog) niet heeft plaatsgevonden en geen sprake is van een eindoordeel door de rechtbank. Op grond van artikel 358 lid 4 Rv kan hoger beroep van tussenbeschikkingen slechts tegelijk met dat van de eindbeschikking worden ingesteld, tenzij de rechter anders heeft bepaald. Om deze reden overweegt het hof dat Magna niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar incidenteel appel.

De Hoge Raad is het eens met het hof ten aanzien van het oordeel dat Magna niet-ontvankelijk verklaard dient te worden. Echter, dit dient op andere gronden gebaseerd te worden dan de gronden die het hof heeft gebruikt. De beschikking van de rechter-commissaris moet worden aangemerkt als een eindbeschikking waarvan op grond van artikel 358 lid 1 Rv in beginsel hoger beroep openstaat. Artikel 188 lid 2 Rv bepaalt echter dat voor zover het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt toegewezen, geen hogere voorziening is toegelaten. Het voorlopig getuigenverhoor strekt immers tot het spoedig mogelijk maken van een getuigenverhoor ter verduidelijking van omstreden feiten en om te voorkomen dat bewijs verloren gaat. Onder het rechtsmiddelenverbod van 188 lid 2 Rv valt ook een afwijzende beslissing op het verzoek op de voet van artikel 27 lid 1 Rv, aldus de Hoge Raad.

Duiding

De Hoge Raad geeft in dit arrest een beoordeling van een tussenbeschikking met betrekking tot het voorlopig getuigenverhoor en wat dit voor gevolgen heeft voor ontvankelijkheid in hoger beroep.

Een ambtshalve genomen beschikking, waarin de kantonrechter de Raad voor de Kinderbescherming gelast een onderzoek in te stellen en waarbij geen enkele (verdere) beslissing is aangehouden, moet als een eindbeschikking worden aangemerkt (HR 6 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6646). Een tussenbeschikking is louter een maatregel ter bevordering van een behoorlijke rechtspraak en ter verzekering van de procesgang en grijpt niet in in de rechten en de belangen van de geïntimeerde. De Hoge Raad stelt in zijn arrest van 21 december 2018 dat ook een besluit dat is genomen in verband met de toewijzing van een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor betrekking heeft op de uitvoering van dit voorlopige getuigenverhoor en derhalve geen tussenbeschikking is. De beoordeling of een beschikking een tussenbeschikking is of een eindbeschikking, is relevant voor de mogelijkheid tot hoger beroep. Hoger beroep van tussenbeschikkingen kan slechts tegelijk met dat van de eindbeschikking worden ingesteld volgens artikel 358 lid 4 Rv.

Dit arrest bevat bovendien een interessante toevoeging aan de reikwijdte van het rechtsmiddelenverbod van

artikel 188 lid 2 Rv. Artikel 188 lid 2 Rv bepaalt dat, voor zover het verzoek tot houden van een voorlopig getuigenverhoor wordt toegewezen, geen hogere voorziening is toegelaten (zie o.a. HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1683 en HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:344). De ratio hierachter is het spoedeisende karakter van het voorlopige getuigenverhoor om onder meer te voorkomen dat bewijs verloren zal gaan. Via het hoger beroep zou men namelijk het snel doen horen van getuigen kunnen frustreren. In dit arrest voegt de Hoge Raad daaraan toe dat dit rechtsmiddelenverbod ook geldt voor toe- dan wel afwijzende beslissingen op het verzoek om op grond van artikel 27 lid 1 Rv het voorlopig getuigenverhoor met gesloten deuren te laten plaatsvinden. Dat geldt eveneens ten aanzien van toe- dan wel afwijzende beslissingen op het verzoek om op voet van artikel 28 lid 1 aanhef en onder a, Rv partijen en hun raadslieden te verbieden de processen-verbaal van de getuigenverhoren aan derden te verstrekken. Zou een partij tegen de beslissing een rechtsmiddel kunnen instellen, dan zou, zolang daarop niet onherroepelijk is beslist, het getuigenverhoor immers niet kunnen plaatsvinden en frustreert dit ook het snel doen horen van getuigen.

Magna heeft in hoger beroep geen gronden voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod van artikel 188 lid 2 Rv aangevoerd. Derhalve heeft het hof Magna terecht niet-ontvankelijk verklaard in haar incidenteel appel. De Hoge Raad verworpt het cassatieberoep.

L. Lugens

LITERATUUR

Overschrijding van de redelijke termijn in civiele zaken

J. van de Bunt

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2019, afl. 5, p. 320

Dit artikel gaat in op de vraag of de procedure voor schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (artikel 6 EVRM) in civiele zaken een effectieve remedie vormt. Er lijkt geen afdoende prikkel te bestaan voor de rechtspraak om de civiele zaken binnen een redelijke termijn af te handelen. In deze bijdrage wordt in dit verband onder meer gepleit voor een nieuwe, wettelijke regeling voor een schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in civiele zaken.

De suggestiebevoegdheid van de civiele rechter, niets nieuws onder de (Caribische) zon

F.J.P. Lock

Bron: Ars Aequi (AA) 2019, afl. 2, p. 92-93

Deze bijdrage gaat over de suggestiebevoegdheid van de rechter in het Caribisch deel van het Koninkrijk. Het zijn vooral artikel 118 en 281a RvCar die grond geven aan de gedachte dat de Caribisch-Nederlandse rechter actiever en vrijer is dan zijn Nederlandse collega. De auteur onderzoekt of dit echt zo is.

Voorlopige bewijsverrichtingen: wat kun en moet je ermee, nu en in de (nabije?) toekomst?

C.J.M. Klaassen

Bron: *Ars Aequi* (AA) 2019, afl. 2, p. 97-107

Het huidige Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent verschillende vormen van voorlopige bewijsverrichtingen oftewel, in de thans gebruikelijke terminologie, voorlopige bewijsmaatregelen. In deze bijdrage gaat de auteur in op het nut en de mogelijkheden van deze voorlopige bewijsverrichtingen in het kader van de feitengaring. Het accent ligt op het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht omdat deze voorlopige bewijsverrichtingen in de praktijk het meeste voorkomen.

L. Lupgens
CMS

■ Verbintenissenrecht/consumentenrecht

JURISPRUDENTIE

Ruime uitleg art. 7:954 lid 2 BW door Hoge Raad

HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:150

Wat is de reikwijdte van artikel 7:954 lid 2 BW inzake directe actie van een benadeelde jegens een aansprakelijkheidsverzekeraar?

Casus en hoofdoverwegingen

Eiser heeft een arbeidsongeval gehad. Hij heeft daarbij ernstig blijvend letsel opgelopen. De Arbeidsinspectie heeft op 14 oktober 2009 de arbeidsplaats bezocht en in haar rapport geoordeeld dat de hoofdaannemer onzorgvuldig heeft gehandeld. Eiser heeft de hoofdaannemer op 5 november 2010 aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade. De hoofdaannemer is op 12 mei 2010 failliet gegaan en sinds 8 oktober 2013 opgehouden te bestaan.

Achmea, verweerster, was ten tijde van het ongeval de AVB-verzekeraar van de hoofdaannemer. Noch de hoofdaannemer noch de curator heeft het ongeval gemeld bij Achmea.

Eiser vordert dat de hoofdaannemer aanspraak kan maken op de verzekering bij Achmea en dat Achmea gehouden is de uitkering uit die verzekering rechtstreeks aan eiser te voldoen, omdat de hoofdaannemer is opgehouden te bestaan. De kantonrechter en het hof hebben de vordering van eiser afgewezen.

In cassatie zet de Hoge Raad allereerst een en ander uiteen over de directe actie en de meldingsplicht. De Hoge Raad overweegt dat artikel 7:954 BW de zogenoemde directe actie van de benadeelde jegens een aansprakelijkheidsverzekeraar regelt. De strekking van de bepaling is de bescherming van de belangen van de benadeelde, aldus de Hoge Raad. Artikel 7:954 lid 1 BW bevat de eis dat de verzekerde de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar meldt. Het meldingsvereiste is opgenomen in het belang van de verzekerde. Deze moet in de gelegenheid worden gesteld de afweging te maken of hij de zaak zelf, buiten de verzekeraar om, afwikkelt, dan wel een beroep doet op de verzekering.

Artikel 7:954 lid 2 BW maakt een uitzondering op het meldingsvereiste. De benadeelde kan zonder melding betaling verlangen indien de verzekerde een rechtspersoon was die heeft opgehouden te bestaan. De wetgever heeft bij het opnemen van deze uitzondering gedacht aan gevallen waarin de schade zich pas openbaart nadat de aansprakelijke partij heeft opgehouden te bestaan. Volgens de Hoge Raad betekent dat niet dat artikel 7:954 lid 2 BW zo moet worden uitgelegd dat die bepaling tot die gevallen beperkt is. De tekst van de bepaling geeft geen aanleiding voor die beperkte uitleg. Ook past die uitleg niet bij de strekking van de directe actie, namelijk bescherming van degenen die schade hebben geleden door dood of letsel tegen insolventie van de aansprakelijke partij. De Hoge Raad oordeelt dat de uitzondering op het meldingsvereiste ook geldt in het geval waarin de aansprakelijke partij heeft opgehouden te bestaan nadat de schade is opgetreden.

Duiding

De Hoge Raad oordeelt in dit arrest voor het eerst over de reikwijdte van artikel 7:954 lid 2 BW. De Hoge Raad hanteert een ruimere uitleg van artikel 7:954 lid 2 dan het hof en de wetgever. De Hoge Raad oordeelt dat een uitzondering op het meldingsvereiste ook mogelijk is indien de aansprakelijke partij ophoudt te bestaan nadat de schade zich heeft voorgedaan.

Het hof overwoog dat juist een strikte uitleg van artikel 7:954 lid 2 BW op zijn plaats is. Het hof oordeelde dat voornoemde bepaling ziet op de situatie dat de verzekerde een rechtspersoon is die heeft opgehouden te bestaan vóór de verwezenlijking van het risico (zogenoemde 'long-tail-schade') en er dus geen melding meer aan de verzekeraar kan worden gedaan. Het hof onderbouwt deze strikte uitleg onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis. Daarin wordt vermeld dat een rechtspersoon die heeft opgehouden te bestaan de verwezenlijking van het risico niet meer kan melden aan de verzekeraar. Volgens het hof kan alleen in dat geval de benadeelde zonder melding rechtstreeks betaling van de verzekeraar vorderen. Deze situatie doet zich hier voor, omdat vaststaat dat het ongeval heeft plaatsgevonden op 20 juli 2009 en daarmee dateerde van vóór het faillissement en de latere ontbinding van de rechtspersoon, aldus het hof.

De advocaat-generaal concludeert dat artikel 7:954 lid 2 niet enkel ziet op de situatie dat de verzekerde rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan ná de verwezenlijking van het risico (Parket bij de Hoge Raad 16 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1471). De Hoge Raad heeft de advocaat-generaal daarin gevolgd. De advocaat-generaal citeert in zijn conclusie passages uit de parlementaire geschiedenis waar de Hoge Raad in zijn arrest weer naar verwijst. Uit die passages blijkt dat de wetgever bij de totstandkoming van artikel 7:954 lid 2 BW ervan is uitgegaan dat het meldingsvereiste in de praktijk niet in de weg zal staan aan de uitoefening van de directe actie door de benadeelde, ook niet in geval van insolventie. Die veronderstelling gaat volgens de Hoge Raad echter niet altijd op. Een benadeelde zal soms pas enige tijd nadat de schade zich heeft voorgedaan, in staat zijn de eventueel aansprakelijke partij te identificeren en stappen te ondernemen om deze partij – of in geval van faillissement, de curator – in of buiten rechte te bewegen tot het doen van een melding aan de

desbetreffende aansprakelijkheidsverzekeraar. Indien op dat moment de aansprakelijke rechtspersoon niet meer bestaat, zou het stellen van het meldingsvereiste wel in de weg staan aan uitoefening van de directe actie door een slachtoffer.

Mijns inziens heeft het hof, in tegenstelling tot de Hoge Raad en de advocaat-generaal, onterecht geen rekening gehouden met de strekking van de directe actie. De Hoge Raad citeert daaromtrent uit de parlementaire geschiedenis:

‘De directe actie strekt ter bescherming van de belangen van benadeelden: de uitkering dient zoveel als mogelijk bij hen terecht te komen en dient niet bij de aansprakelijke verzekerde te blijven steken of bij insolventie van de laatste diens schuldeisers ten goede te komen.’

Het hof heeft dat niet in zijn oordeel meegewogen. In het middel van eiser wordt dit verwoord door te stellen dat als de melding van de verwezenlijking van het verzekerde risico niet vóór faillissement van de rechtspersoon wordt gedaan, de benadeelde tussen wal en schip valt en dat dat niet de bedoeling van de wetgever kan zijn. De Hoge Raad deelde kennelijk die visie. Overigens dient de benadeelde zich ervan bewust te zijn dat de aansprakelijkheidsverzekeraar in geval van een directe actie van de benadeelde de verweren kan inroepen die hij tegen de verzekerde zou hebben ingeroepen. De Hoge Raad benoemt dit risico, naar mijn mening terecht, aan het einde van het arrest. Daar valt ook het verweer onder dat de verzekerde niet heeft voldaan aan de verplichting de verwezenlijking van het risico aan de verzekeraar te melden zodra hij daarvan op de hoogte was of behoorde te zijn (artikel 7:941 BW).

C.L. Kaspersen

Hoge Raad bevestigt strikte toepassing uitleg inhoud abstracte bankgarantie

HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2297

Op welke manier dienen de voorwaarden van een abstracte bankgarantie uitgelegd te worden?

Casus en hoofdoorwegingen

Verweerster heeft opdracht gekregen voor de levering en plaatsing van gevels. De gevelelementen heeft verweerster gekocht bij Polux. Polux kon of wilde de productie van die gevelelementen niet voorfinancieren. Polux en verweerster hebben daarom afgesproken dat verweerster vooruitbetalingen zou doen en dat Polux tot zekerheid bankgaranties zou verstrekken. Polux heeft zich voor de bankgaranties tot de Rabobank, eiseres, gewend.

De eerste bankgarantie vermeldt als opschortende voorwaarde dat het opgenomen bedrag door verweerster is gestort bij de bank. Dat bedrag heeft verweerster voldaan. De tweede bankgarantie vermeldt als opschortende voorwaarde dat verweerster de termijnbetalingen betaalt conform het opgenomen betaalschema met uiterlijke betaaldatum. Polux heeft uit dat schema alleen een betaling van € 29 000 binnen de uiterlijke betaaldatum voldaan.

Verweerster heeft eiseres om betaling van het totaalbedrag van de twee bankgaranties verzocht. Eiseres heeft het beroep op de eerste bankgarantie gehonoreerd en het beroep op de tweede bankgarantie gehonoreerd voor een bedrag van € 29 000. Eiseres heeft betaling van het overige geweigerd op de grond dat de termijnbetalingen in de tweede bankgarantie door verweerster te laat zijn gedaan.

Verweerster vordert primair betaling van eiseres van de overige termijnbetalingen van de tweede bankgarantie. Zij stelt daartoe dat de daarin opgenomen betalingsdata niet zijn te beschouwen als fatale termijnen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Het hof heeft dat vonnis vernietigd.

De Hoge Raad overweegt dat gelet op de aard van een abstracte garantie en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank, die de belangen in het oog moet houden van zowel degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is. Uit de aard en functie van de abstracte bankgarantie vloeit tevens voort dat bij de uitleg van een dergelijke garantie groot gewicht toekomt aan de (strikt te lezen) bewoordingen daarvan. Het middel slaagt. Het hof heeft vastgesteld dat (i) de tekst van de tweede bankgarantie duidelijk is, (ii) de in de tweede bankgarantie opgenomen betalingstermijnen fatale termijnen zijn, en (iii) alle door verweerster gedane betalingen – behoudens de betaling van € 29 000 – steeds te laat zijn gedaan. Het oordeel van het hof valt hiermee zonder nadere motivering niet te verenigen, namelijk dat betalingen die te laat zijn gedaan, kunnen worden toegerekend aan een volgende termijn als tijdige betaling daarvan. Daarmee wordt immers het fatale karakter ontnomen aan de in het betaalschema opgenomen betalingstermijnen, aldus de Hoge Raad.

Duiding

In dit arrest staat de uitleg van de inhoud van een abstracte bankgarantie centraal. De Hoge Raad herhaalt hier de uitgangspunten die daarvoor zijn gegeven in zijn arrest van 26 maart 2004

(ECLI:NL:HR:2004:AO2778, NJ 2004/309). Een strikte toepassing door de bank van de in de bankgarantie gestelde voorwaarden is geboden. In zijn arrest van 26 maart 2004 voegt de Hoge Raad daaraan toe dat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering op het beginsel van strikte conformiteit niet is uitgesloten. In het arrest van 13 maart 2015 noemt de Hoge Raad dezelfde uitgangspunten en vult dat aan door te overwegen dat een dergelijke uitzondering op grond van de redelijkheid en billijkheid zich kan voordoen bij bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde of degene in wiens opdracht de garantie is gesteld (HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600).

In het onderhavige arrest bevestigt de Hoge Raad de hiervoor besproken uitgangspunten door de bankgarantie strikt uit te leggen waarbij groot gewicht wordt toegerekend aan de bewoordingen. Daaruit trekt de Hoge Raad de conclusie dat de betalingstermijnen in de bankgarantie als fatale termijnen hebben te gelden.

De advocaat-generaal benoemt in zijn conclusie dat in de literatuur discussie bestaat over de vraag of de abstracte bankgarantie moet worden uitgelegd volgens het subjectieve Haviltex-criterium, het objectieve Haviltex-criterium of de cao-norm (Parket bij de Hoge Raad 12 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1188).

In het alom bekende *Haviltex*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat bij de uitleg van een overeenkomst, niet alleen de taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract van belang zijn (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635). Het gaat ook om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij daaromtrent ten aanzien van elkaar redelijkerwijs mochten verwachten. De term 'subjectieve Haviltex-norm' is hierop gebaseerd.

In het arrest van 26 mei 2000 oordeelde de Hoge Raad dat bij de uitleg van de bepalingen in een collectieve arbeidsovereenkomst, waarbij de individuele werknemers niet zijn betrokken bij de totstandkoming ervan, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn (HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961). Dit wordt de cao-norm genoemd.

In het arrest *DSM/Fox* oordeelde de Hoge Raad dat tussen de (subjectieve) Haviltex-norm en de cao-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427). Als een overeenkomst naar haar aard bestemd is de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kennen, moet het zwaartepunt bij de uitleg liggen bij objectieve factoren. Dit heet de objectieve Haviltex-norm.

De advocaat-generaal is de mening toegedaan dat het Haviltex-criterium het uitgangspunt moet zijn voor de uitleg van een bankgarantie. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen in hoeverre aan objectieve maatstaven meer of mindere betekenis zal toekomen. Moeilijkheid is dat het gaat om een driepartijenverhouding waarbij de invloed van de bank, de begunstigde en de opdrachtgever niet bij iedere bankgarantie dezelfde is, aldus de advocaat-generaal. Indien het gaat om een abstracte bankgarantie waarbij de bank niets van doen heeft gehad met het opstellen van de garantie en zijn handelingen vervolgens heeft kunnen afstemmen op de bewoordingen ervan, valt er veel voor te zeggen om het objectieve Haviltex-criterium toe te passen. In het omgekeerde geval, waarin de bank wel een actieve rol heeft gespeeld, kan worden teruggevallen op het subjectieve Haviltex-criterium. De advocaat-generaal concludeert dat met het abstracte karakter van de bankgarantie en het uitgangspunt van strikte conformiteit in onderhavig geval niet is te verenigen dat betalingen die te laat zijn gedaan zonder meer toegerekend zouden mogen worden aan een (willekeurige) volgende betaaltermijn als tijdig gedane betaling. De Hoge Raad heeft daarmee de conclusie van de advocaat-generaal gevolgd. Het hof was daarentegen aan het beginsel van strikte conformiteit voorbijgegaan door te oordelen dat betalingen die te laat zijn gedaan, kunnen worden toegerekend aan een volgende termijn als tijdige betaling ervan.

De Hoge Raad onderstreept met het hanteren van een dergelijke strikte uitleg dat een abstracte bankgarantie

veel zekerheid biedt. De letterlijke bewoordingen zijn doorslaggevend voor de vraag of tot uitbetaling moet worden overgegaan. Hierop kan alleen een uitzondering worden gemaakt bij bedrog of willekeur.

C.L. Kaspersen

LITERATUUR

Causaliteit in explosieve vogelvlucht deel 2 – Causaliteit in het verzekeringsrecht

F. van Huizen

Bron: de Beursbengel 2018, afl. 880, p. 17-19

Dit artikel is het tweede deel van een tweeluik over juridische causaliteit (deel 1 over aansprakelijkheidsrecht: *de Beursbengel 2018*). Deze bijdrage bespreekt de causaliteit in het verzekeringsrecht en gaat in op de basis van de causaliteit in het verzekeringsrecht en de 'dominant-cause'-leer bij niet samenwerkende en samenwerkende oorzaken.

Geen of gedateerde algemene voorwaarden: een risico? M. Nijenhof

Bron: Bedrijfsjuridische berichten (Bb) 2018/84, afl. 25

Uit onderzoek van verzekeraar Reaal naar risico's in het mkb blijkt dat bijna de helft (45,6%) van de onderzochte ondernemers minder dan één keer per vijf jaar de algemene voorwaarden controleert. In deze bijdrage staat de auteur stil bij de vragen waarom je algemene voorwaarden zou willen gebruiken en waarom de noodzaak bestaat om eenmaal opgestelde algemene voorwaarden regelmatig tegen het licht te houden.

Profiteren van fraude: de glijdende schaal van onrechtmatig naar ongerechtvaardigd

W. Vader & T. Jansen

Bron: Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP) 2018, afl. 7

Fraude neemt toe en de verschijningsvormen daarvan zijn steeds complexer. Dit artikel gaat in op de middelen die kunnen worden ingezet om de profiteurs aansprakelijk te stellen. De auteurs onderzoeken of onrechtmatig profiteren van fraude, onrechtmatige groepsdaad en/of indirecte ongerechtvaardigde verrijking ('derden-verrijking') uitkomst bieden voor een succesvolle schadevergoedingsactie.

Het uitgangspunt van de 'redelijk handelend verzekeraar' en de regeling van art. 7:928-931 BW M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes

Bron: Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht (NTHR) 2018, afl. 6

In deze bijdrage staat het criterium van de 'redelijk handelend verzekeraar' in het kader van de regeling van de precontractuele mededelingsplicht ex artikel 7:928-931 BW centraal. Aan de orde komen de volgende drie aspecten: wat is de betekenis en de reikwijdte van het criterium van de 'redelijk handelend verzekeraar'?, wat omvat de toets van de 'redelijk handelend verzekeraar'? en hoe is de stelplicht en de bewijslast in dezen geregeld?

Prejudiciële vragen én antwoorden over de reikwijdte van art. 6:265 BW (ontbinding)

K. Maes

Bron: Bedrijfsjuridische berichten (Bb) 2018/89, afl. 26

Op 28 september 2018 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in antwoord op de prejudiciële vragen van de Rechtbank Amsterdam over de uitleg van de ontbindingsregeling van artikel 6:265 BW (ECLI:NL:HR:2018:1810). De auteur bespreekt het juridisch kader van de wettelijke ontbindingsregeling, de vereisten van ontbinding, de bewijslastverdeling en de rechtsgevolgen van ontbinding.

Naar een hanteerbare vordering voor een concurrent tegen een ondernemer die zich schuldig maakt aan oneerlijke handelspraktijken

M. Faraj & L. Tigelaar

Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvC) 2018, afl. 6

In deze bijdrage wordt antwoord gegeven op de vraag hoe het optreden van een concurrent tegen oneerlijke handelspraktijken in het licht van de onrechtmatige daad eruitziet in de praktijk aan de hand van jurisprudentieanalyse.

De integrale proceskostenveroordeling en verzekeringsfraude

M. Jongkind & H. Wielhouder

Bron: Tijdschrift Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht in de praktijk (TAV) 2018/161, afl. 7/8

In dit artikel gaan de auteurs in op de vraag of het recht op vergoeding van proceskosten bij list en bedrog van de wederpartij ook geldt voor een verzekeraar die door een frauderende verzekeringnemer 'gedwongen' wordt deel te nemen aan een gerechtelijke procedure. Aan de orde komen de regels en uitgangspunten aan de hand waarvan de Nederlandse rechter (forfaitaire en integrale) proceskostenveroordelingen toewijst, wat onder verzekeringsfraude verstaan dient te worden en er wordt aandacht besteed aan de hierbij geldende stelplicht en bewijslast. De bestaande rechtspraak op het gebied van verzekeringsfraude en (integrale) proceskostenveroordelingen komt ook aan bod.

De kwalificatie van bitcoins

T. de Graaf

Bron: Nederlands Juristenblad (NJB) 2019/2, afl. 1

In deze bijdrage worden bitcoins gekwalificeerd vanuit verbintenis- en goederenrechtelijk perspectief. Door de auteur wordt uitgelegd vanuit technisch perspectief, wat bitcoins zijn en hoe ze worden overgedragen. Verder wordt besproken hoe het bitcoinnetwerk vanuit verbintenisrechtelijk en goederenrechtelijk perspectief kan worden gekwalificeerd.

Het recht op loon bij een voortijdig einde van de opdracht

M. Wallart

Bron: Tijdschrift voor Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP) 2019, afl. 1

De auteur behandelt de strekking van de overeenkomst van opdracht en de ruime opzeggingsbevoegdheid van de opdrachtgever met toepassing van artikel 7:411 BW. Deze geeft een regeling voor het aan de opdrachtnemer

verschuldigde loon bij een voortijdig einde van de opdracht.

Onrechtmatig meewerken aan andermans wanprestatie: twee ontsnappingsroutes voor de aansprakelijke partij

J. Regouw

Bron: Tijdschrift voor Overeenkomst in de Rechtspraak (ORP) 2019, afl. 1

Het bevorderen en profiteren van andermans wanprestatie kan – onder omstandigheden – een onrechtmatige daad opleveren jegens de benadeelde contractpartij. De auteur bespreekt twee mogelijke complicaties die hierbij kunnen optreden naar aanleiding van een arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2018 (ECLI:NL:HR:2018:1027). Dit zijn nietigheid van de aldus gesaboteerde overeenkomst, in het bijzonder wegens een daarin opgenomen zwartgeldbeding en vermindering van aansprakelijkheid wegens genoten voordeel uit een contractueel boetebeding.

C.L. Kaspersen
CMS