

## 7. COUR D'APPEL DE LIÈGE 16 OCTOBRE 2007

### SÛRETÉS

#### Sûretés personnelles – Garantie à première demande – Contre-garantie – Caractère abstrait – Appel abusif

*La contre-garantie se caractérise par son indépendance non seulement par rapport au contrat de base mais également par rapport à l'engagement pris par le garant vis-à-vis du bénéficiaire.*

*La fraude ou l'appel abusif de la part du seul bénéficiaire de la garantie ne peut justifier une interdiction de payer à l'égard de la banque contre-garante. Il faut que la banque garante se rende complice de la fraude ou de l'abus du bénéficiaire, ce qui est le cas quand: le banquier garant soit a effectivement connaissance du caractère abusif ou frauduleux de l'appel, soit, en sa qualité de banquier normalement prudent et diligent, ne peut ignorer ce caractère et, néanmoins, exécute la garantie et appelle la contre-garantie, permettant ainsi la réalisation de la fraude ou de l'abus et que la banque contre-garante, invitée par la banque à s'exécuter, exécute sa contre-garantie alors qu'elle connaît ou ne peut ignorer la situation, s'associant ainsi à la faute du garant de premier rang.*

*La contre-garantie peut être plus étendue que la garantie de premier rang.*

### ZEKERHEDEN

#### Persoonlijke zekerheden – Bankwaarborg – Tegenwaarborg – Abstract karakter – Abusief beroep

*De tegengarantie wordt gekenmerkt door haar onafhankelijk karakter; niet enkel tegenover het basiscontract, maar ook tegenover de verbintenis van de garant jegens de begunstigde.*

*De fraude of het abusief beroep vanwege uitsluitend de begunstigde van de garantie volstaat niet om een verbod tot betalen in hoofde van de bank tegengarant te rechtvaardigen.*

*Het is vereist dat de garanderende bank zich medeplichtig maakt aan de fraude of het misbruik van de begunstigde, wat het geval is, indien – de garanderende bank effectief kennis had van het abusievelijk of frauduleuze karakter van het beroep, of, in zijn hoedanigheid van normaal voorzichtige en zorgzame bankier, niet kon onbekend zijn met dit karakter; en, desondanks de garantie uitvoert en beroep doet op de tegengarantie, daarmee de realisatie van de fraude of het misbruik toelatend, en dat de tegengaranderende bank, uitgenodigd door de bank om haar verbintenis uit te voeren, haar tegengarantie uitvoert terwijl ze kennis had, of niet onbekend kon zijn met de situatie, waardoor ze zich associeert met de fout van de garant in eerste rang.*

*De tegengarantie kan uitgebreider zijn dan de garantie in eerste rang.*

#### **SA Fortis Banque/SA Eurofit**

**Siég.: R. de Francquen (président), X. Ghuysen et M.-Cl. Ernotte (conseillers)**

**Pl.: Mes J.-P. Buyle, M. Dumont et D. Matray, J.-F. Moreau**

(...)

Par requête déposée le 26 décembre 2006, la SA Fortis Banque a interjeté appel du jugement rendu le 14 septembre 2006 par le tribunal de commerce de Liège.

#### Faits et antécédents

Les premiers juges ont soigneusement énoncé les faits de la cause. Au présent stade de la procédure, la cour entend mettre en exergue les éléments suivants.

La SA Eurofit demande à Fortis indemnisation du dommage résultant pour elle de ce que la banque se serait rendue complice d'appels abusifs aux garanties et contre-garanties constituées à l'occasion d'un contrat conclu avec la société algérienne Bonlait. Ce contrat d'un montant de 1.064.094,10 EUR (6.980.000 FF), portant sur la fourniture et le montage d'une installation de production de desserts lactés et sur la

formation du personnel en vue de cette production, a été conclu le 15 juillet 2000, puis remplacé par un second contrat du 13 mars 2001 – les modifications apportées au texte portant principalement sur les modalités de la livraison des équipements qui doit se faire “C&F Alger, via le port de Caen (Incoterms 2000)” au lieu du “FOB Le Havre-France (Incoterms 2000)”.

La convention prévoit en son article 12.3. que “Fortis Banque délivrera à Bonlait une garantie de restitution de l'acompte (de 1.047.000 FF)” et, en son article 12.7. que “Eurofit fournira en faveur de Bonlait une garantie d'un montant de 349.000 FF en vue de garantir l'exécution de ses obligations contractuelles”.

Le 15 septembre 2000, Fortis octroie à Eurofit un crédit de 10.000.000 FB, utilisable sous forme de crédit de caisse ou “sous forme d'émission, par notre banque ou par un banquier étranger contre-garanti par nous, de votre ordre et

*pour votre compte, de garanties bancaires autonomes, actes de caution ou engagements sous quelque forme que ce soit (...)*. Le 25 octobre 2000, Eurofit invite Fortis à émettre au bénéfice de Bonlait une garantie de remboursement d'acompte d'1.047.000 FF – mentionnant la banque algérienne BADR au titre de “*banquier correspondant demandé*” (dossier Eurofit pièce 2.2.) – et une garantie de bonne exécution de 349.000 FF (pièce 2.1.). Le 30 octobre 2000, Fortis demande à BADR, ce que celle-ci accepte (voir son message SWIFT du 2 novembre 2000, dossier Fortis, pièce 1.6.) “*de souscrire sous notre pleine et entière responsabilité en faveur de EURL Bonlait une garantie de restitution de l'avance versée par celui-ci à Eurofit SA, en cas d'inexécution par ce dernier de ses obligations contractuelles*”, ainsi que “*une garantie de bonne exécution des obligations contractuelles de Eurofit pour un montant de 349.000 FF (...)*”; en contrepartie, Fortis contre-garant irrévocablement et inconditionnellement la bonne exécution des obligations contractuelles de Eurofit et s'engage dès lors à ce titre à payer ces montants à BADR “*sans délai, à sa première demande, sans pouvoir recourir à une quelconque formalité et sans lui opposer de motif de notre chef ou de celui de notre donneur d'ordre précité ou nous prévaloir d'une quelconque exception tirée du contrat liant la SA Eurofit et EURL Bonlait*”.

Le 31 mai 2001, Eurofit demande à Fortis de prolonger la validité de la garantie de restitution d'acompte, initialement échue au 31 décembre 2000, jusqu'au 3 août 2001 (pièce 41 de son dossier), demande répercutée par Fortis auprès de BADR étant entendu toutefois que Fortis étend quant à elle sa contre-garantie jusqu'au 3 mars 2002 (pièce 4.2. du dossier Eurofit).

La même démarche est accomplie en juillet 2001 quant à la garantie de bonne exécution, laquelle est prolongée jusqu'au 30 octobre 2001, Fortis étendant sa garantie jusqu'au 31 mai 2002 (pièce 5.1. à 5.3. du dossier Eurofit).

Le 15 septembre 2001, Bonlait confirme à Eurofit: “*suite à notre entretien de ce jour, (...) notre accord pour un ultime délai de 15 jours pour l'expédition des équipements, soit au plus tard le 30 septembre 2001*” mais en ajoutant de manière manuscrite: “*ou au plus tard à la date du prochain bateau partant de Caen à Alger*”. Avant même que le navire MR Aron, chargé des trois conteneurs de matériel destinés à Bonlait, ait quitté le port de Caen le lundi 1<sup>er</sup> octobre 2001 (dossier Eurofit, pièce 10), Eurofit avait, par courriers des 24, 25 et 28 septembre 2001, averti Fortis d'un risque d'appel abusif aux garanties.

Le 1<sup>er</sup> octobre 2001, la banque de Bonlait, Cabanque, s'adresse à BADR en ces termes: “*Les conditions contractuelles n'ayant pas été remplies par le fournisseur SA Eurofit notre client EURL Bonlait a décidé de mettre en jeu la caution de restitution d'avance citée ci-dessus pour un montant de 1.047.000 FF (montant déjà réglé valeur 18 juillet 2001).*” (dossier Eurofit, pièce 11). Il n'est pas contesté qu'à

la même époque, il est également fait appel à la garantie de bonne exécution. Le 3 octobre 2001, BADR demande à Fortis d'exécuter ses contre-garanties (dossier Fortis, pièces 1.14. et 1.15.) ce dont Fortis avertit Eurofit (*ibid.*, pièces 1.16. à 1.18.); le 4 octobre, elle l'informe de l'appel à la contre-garantie de remboursement d'acompte et que “*sans levée de cet appel, (elle) (payera) au plus tard le 9 octobre 2001 (...)*”; le 8 octobre, elle en fait de même pour la contre-garantie de bonne exécution, mais en précisant que “*sans levée de cet appel, (elle) (payera) au plus tard le 12 octobre 2001 (...)*”.

Afin d'empêcher ces paiements, le 8 octobre 2001, Eurofit assigne Fortis en référé devant les présidents des tribunaux de commerce de Liège et Bruxelles. Ceci n'empêche pas Fortis de payer dès le lendemain à BADR les montants litigieux dont elle débitera le compte d'Eurofit (son dossier, pièces 24 et 25). Par ordonnances des 11 et 16 octobre 2001, les juges saisis n'ont dès lors pu que déclarer que ces demandes étaient devenues sans objet.

Par ailleurs la marchandise arrivée à Alger le 8 octobre 2001 n'a pas été réceptionnée par Bonlait (pièces 26 et 31 du dossier Eurofit).

Eurofit a encore diligencé devant le président du tribunal de commerce de Liège une action en référé provision, pour un montant de 213.225 EUR et a obtenu gain de cause par une ordonnance rendue le 2 juillet 2002, que la cour de céans a réformée par son arrêt du 16 septembre 2004 (dossier Eurofit, pièces 32 et 33).

La présente procédure a été introduite par citation du 17 février 2004. Devant les premiers juges, Eurofit demandait que Fortis soit condamnée à payer 251.494,69 EUR à majorer des intérêts au taux légal depuis le 17 décembre 2004, ainsi que 11.000,07 EUR à titre de dommages et intérêts et 10.000 EUR à titre de frais de défense, motif pour lequel Fortis postulait quant à elle 6.000 EUR. Les premiers juges ont fait droit à la demande d'Eurofit, sauf en ce qui concerne les frais de défense qui ont été réduits à 7.500 EUR provisionnels. En appel, Eurofit porte sa demande de remboursement des frais de défense à 14.000 EUR et l'intimée à 10.000 EUR pour les deux instances.

## Discussion

### *Les relations entre parties*

Eurofit fonde son action sur l'ouverture de crédit qui constitue selon elle “*la base du devoir de remboursement du donneur d'ordre. Dès lors que la banque contre-garante a commis de multiples fautes dans le cadre de l'exécution de ses obligations prévues dans cette convention de crédit, la concluante (Eurofit) était bel et bien fondée à soulever l'exception d'inexécution et à refuser tout remboursement*” (ses ultimes conclusions, p. 15; voir également p. 13). Il convient de noter que Fortis ne soutient plus que la cause relèverait de la compétence des tribunaux algériens.

Eurofit considère que Fortis a outrepassé les instructions reçues quant à l'émission des garanties demandées, qu'elle a manqué à son devoir d'information et de renseignement, qu'elle a payé une garantie échue et donné suite à un appel à la contre-garantie fondé sur un appel à la garantie manifestement abusif.

Eu égard au caractère autonome de la garantie à première demande, le garant ne doit s'abstenir de s'exécuter qu'en cas d'appel manifestement abusif ou de fraude du bénéficiaire (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *R.P.D.B.*, Compl. VII, n<sup>os</sup> 140 et s.), ce caractère abusif ou frauduleux devant apparaître "sans contestation possible" et "sans qu'il soit tenu à cet égard à aucune investigation", le garant ne pouvant "s'immiscer dans les conflits existant entre bénéficiaire et donneur d'ordre" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n<sup>o</sup> 144). Il reste que si, de façon évidente, le bénéficiaire de la garantie est sans droit au titre du contrat de base, le garant doit s'abstenir de donner effet à l'appel.

La particularité tient en l'espèce en ce que le contrat de base conclu entre Eurofit et Bonlait a donné lieu à des rapports quadrangulaires, la banque BADR souscrivant des garanties de restitution d'acompte et de bonne exécution en faveur de Bonlait tandis que Fortis a souscrit des contre-garanties à première demande en faveur de BADR.

À cet égard, "la contre-garantie se caractérise par son indépendance non seulement par rapport au contrat de base mais également par rapport à l'engagement pris par le garant vis-à-vis du bénéficiaire" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n<sup>o</sup> 164). Il en résulte, pour l'appréciation de la situation du contre-garant, que "la fraude ou l'appel abusif de la part du seul bénéficiaire de la garantie ne peut justifier une interdiction de payer à l'égard de la banque contre-garante". Il faut que "la banque garante se rende complice de la fraude ou de l'abus du bénéficiaire, ce qui est le cas quant: – le banquier garant soit effectivement connaissance du caractère abusif ou frauduleux de l'appel, soit, en sa qualité de banquier normalement prudent et diligent, ne peut ignorer ce caractère; – et, néanmoins, exécute la garantie et appelle la contre-garantie, permettant ainsi la réalisation de la fraude ou de l'abus" et que "la banque contre-garante, invitée par la banque à s'exécuter, et qui connaît ou ne peut ignorer la situation, ne peut, sans commettre elle-même une faute, s'associer à celle du garant en exécutant sa contre-garantie" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n<sup>o</sup> 171; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, T. IV, 1988, n<sup>o</sup> 659; J. LINSMEAU, "Les opérations de crédit", *Traité pratique de droit commercial*, T. V, *Droit bancaire et financier*, pp. 401 et s.).

Si ces principes s'appliquent lorsque la garantie et la contre-garantie ont été souscrites à première demande, il reste que "la contre-garantie peut être plus étendue que la garantie de premier rang (...). Il arrive d'ailleurs (...) que la garantie de premier rang soit un cautionnement, et la contre-garantie

une garantie autonome" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n<sup>o</sup> 165). Dans ce cas, le contre-garant "sera, en cas d'appel, tenu en conséquence, sans pouvoir invoquer les termes plus stricts de la garantie de premier rang (...), sauf, bien entendu, fraude ou appel abusif" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n<sup>o</sup> 165).

Eurofit soutient en l'espèce que le contrat de base ne prévoit pas l'émission de garanties appelables à première demande (conclusions, p. 20), que la demande de garanties formulée auprès de BADR est maladroite en ce qu'elle n'indique pas "si la garantie doit être documentée, à première demande, justifiée, motivée ou autre" (conclusions, p. 21) et que les garanties de BADR s'analysent en des garanties conditionnelles (conclusions, p. 21) tandis que Fortis soutient qu'il s'agit bien de garanties à première demande, tout en soulignant pour le surplus qu'elles sont soumises au droit algérien, lequel a vocation à régir toutes les questions relatives à leur interprétation (conclusions, p. 29).

Dans la relation entre Eurofit et Fortis qui est seule en cause dans le présent litige, il convient d'examiner si, en exécution de la relation contractuelle conclue entre ces deux acteurs, soit l'ouverture de crédit régie par le droit belge, il a été demandé à Fortis de souscrire ou faire souscrire des garanties à première demande, étant entendu que cette ouverture de crédit permettait toutes formes de garantie, et non pas nécessairement, ainsi que le soutient Fortis, des garanties à première demande.

Les formulaires de "demande d'émission d'un engagement" complétés par Eurofit à l'attention de Fortis ne comportent guère de précisions en ce qu'il est uniquement demandé au donneur d'ordre de cocher l'une des cases, dont en l'espèce "garantie de paiement d'acompte" et "garantie de bonne exécution". S'il n'est pas précisé que ces garanties sont "à première demande", cette formule n'est toutefois pas sacramentelle.

Le libellé de la garantie de bonne exécution, tel qu'il apparaît du courrier adressé par Fortis à BADR le 30 octobre 2000, ne souffre aucune discussion en ce qu'il est demandé à BADR de souscrire "une garantie de bonne exécution des obligations contractuelles de Eurofit pour un montant de 349.000 FF" sans aucune restriction à cet engagement qui est inconditionnel.

En ce qui concerne la garantie de restitution d'acompte, s'il est d'abord indiqué que cette garantie est souscrite "en cas d'inexécution par ce dernier de ses obligations contractuelles", il est toutefois ensuite précisé qu'elle ne sortira ses effets que "pour autant que la livraison des équipements au lieu de livraison FOB (Le Havre/France) n'ait pas été effectuée dans un délai de trois mois au plus tard après la signature du contrat pour un motif qui ne soit pas imputable à Bonlait" (lettre du 30 octobre 2000). Si de telles conditions posent un problème d'interprétation en ce que la référence au contrat de base pourrait être susceptible de dénaturer l'enga-

gement bancaire en un cautionnement (voir sur cette question, C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n° 74), la volonté de Eurofit telle qu'elle résulte notamment de l'emploi du terme "garantie" et non de "caution" prévue au contraire pour la garantie de CIAR quant au paiement par Bonlait (voir article 12.5. du contrat de base du 15 juillet 2000), ainsi que de l'économie générale du contrat, lequel prévoit bien une garantie de bonne exécution à première demande, est de maintenir également le caractère autonome de la garantie de restitution d'acompte, étant entendu toutefois que celle-ci devra être motivée en ce que son appel doit faire référence à la condition de mise en œuvre ainsi précisée. Le caractère à première demande de la garantie de restitution d'acompte s'impose d'autant plus qu'il s'agit d'un contrat international et que cette indépendance des garanties correspond à la pratique internationale (J.-F. ROMAIN, "Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes à première demande", *R.G.D.C.* 1999, p. 446; Liège 8 juin 1999, *R.D.C.* 2000, p. 731).

Même si le contrat de base ne prévoyait pas l'émission d'une garantie en premier rang par un banquier algérien puis d'une contre-garantie par Fortis, Eurofit a expressément marqué son accord, lors de la demande d'émission de la garantie de restitution d'acompte, sur l'intervention de BADR (pièce 2.2. de son dossier) et a, en toute hypothèse, été dûment informée du mécanisme et du libellé des garanties que BADR était invitée à souscrire ainsi que de la contre-garantie assumée par Fortis. Eurofit a ainsi renvoyé pour accord le projet de lettre de Fortis du 30 octobre 2000 sans formuler la moindre observation (voir pièce 1.8<sup>ter</sup>. du dossier Fortis). Aucune modification n'a été demandée lors du remplacement du contrat de base le 13 mars 2001 et une demande de prorogation sans réserve a été adressée par Eurofit le 31 mai 2001.

#### **Les circonstances de l'appel à la garantie de restitution d'acompte et l'exécution par BADR**

Le 6 juin 2001, Fortis demande à BADR de proroger la garantie de restitution d'acompte, dont la validité était déjà expirée depuis le 31 décembre 2000, jusqu'au 3 août 2001, tandis qu'elle déclare proroger sa contre-garantie "*jusqu'au 3 mars 2002, incluant 1 mois de délai courrier; toutes les autres clauses et conditions sont inchangées*".

Eurofit dénonce à juste titre que l'appel à la garantie auprès de BADR a eu lieu après la date d'expiration de la garantie, laquelle n'avait en conséquence plus aucun effet, ce que BADR ne pouvait ignorer.

Contrairement à l'appréciation de Fortis, le swift adressé par Cabanque, banquier de Bonlait, à BADR le 1<sup>er</sup> octobre 2001, confirme que la garantie n'a été appelée qu'à ce moment. Cabanque précise en effet que "*les conditions contractuelles n'ayant pas été remplies par le fournisseur SA Eurofit notre client EURL Bonlait a décidé de mettre en jeu la caution de restitution d'avance citée ci-dessus pour un montant de*

*1.047.000 FF (montant déjà réglé valeur 18 juillet 2001). En conséquence, nous vous prions de faire le nécessaire et de nous tenir informés du suivi*" (pièce 11 du dossier Eurofit).

L'invitation ainsi adressée à BADR de "*faire le nécessaire*" n'a de sens que si BADR n'a pas versé les fonds à Bonlait et qu'elle est invitée à le faire. Il est d'ailleurs significatif que, dès la réception de ce swift, BADR répercute immédiatement cette demande auprès de Fortis en appelant la contre-garantie, ce qui correspond à la pratique des doubles garanties: "*la procédure habituelle est la suivante: en cas d'appel à la garantie, la seconde banque en informe la première, lui indique l'étendue de l'appel et lui demande l'envoi par télex du montant correspondant. En règle générale, la seconde banque ne paie donc pas de ses propres fonds le montant de la garantie, mais effectue le paiement seulement dès qu'elle a effectivement reçu une couverture par la première banque*" (DOHM cité par C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n° 166). Le swift adressé le 1<sup>er</sup> octobre 2001, soit bien après l'expiration de la validité de la garantie de restitution d'acompte, formalise donc l'appel à la garantie par Bonlait. Il appartenait à BADR de refuser de donner effet à cette demande qui reposait sur une garantie à l'évidence expirée depuis près de deux mois.

Les tentatives d'explication de Fortis quant à la portée de ce swift ne peuvent être suivies: la date valeur dont Cabanque fait mention après coup n'est corroborée par aucun élément et en supposant même qu'elle ait fait l'avance des fonds le 18 juillet 2001, cette circonstance ne concerne que la relation entre Bonlait et son banquier, à l'exclusion de toute formalisation d'un appel à la garantie auprès de BADR.

Dès lors qu'il est établi, sur le plan factuel, que l'appel à la garantie auprès de BADR est tardif, Fortis ne peut raisonnablement soutenir que le caractère irrégulier de cet appel ne serait pas établi au regard du droit algérien, lequel est applicable à la garantie litigieuse. Pour le surplus, il ne s'agit pas d'en tirer des conséquences en droit dans la relation entre BADR et Bonlait, voire avec Fortis.

Surabondamment, l'appel à la garantie de restitution d'acompte, prévue en cas de non-livraison dans un délai requis, est manifestement abusif en ce que Bonlait a fait appel à cette garantie, et maintenu cet appel, après que la livraison ait eu lieu dans le délai qu'elle avait conventionnellement accepté de reporter.

Formellement, le libellé de la garantie initiale prévoyait le jeu de la garantie en cas d'absence de livraison du matériel au lieu de livraison FOB Le Havre dans un délai de trois mois à partir de la signature du contrat du 15 juillet 2000. Aucune nouvelle garantie n'a été émise pour se conformer à la convention du 13 mars 2001 qui, remplaçant la convention du 15 juillet 2000, modifiait notamment les modalités de livraison. La garantie initiale a simplement été remise en vigueur à partir du 6 juin 2001 jusqu'au 3 août 2001 dans la mesure où cela correspondait à une extension convention-

nelle du délai de livraison. Il reste que, après l'expiration de la garantie, Bonlait a continué à accepter des reports sans demander cette fois une prorogation de la garantie.

Dans son courrier du 15 septembre 2001, Bonlait confirme expressément son *“accord pour un ultime délai de 15 jours pour l'expédition des équipements, soit au plus tard le 30 septembre 2001”*, un ajout manuscrit de sa part précisant *“ou au plus tard à la date du prochain bateau partant de Caen à Alger”*. La portée de cet ajout, à peine de lui enlever tout sens, est à l'évidence d'étendre quelque peu, au-delà du 30 septembre 2001, le délai de livraison jusqu'au prochain départ d'un bateau de Caen pour Alger. Elle n'a d'ailleurs jamais été contestée in *tempore non suspecto* par Fortis lorsque Eurofit lui écrivait le 24 septembre 2001 que *“Bonlait a accepté que le chargement soit reporté jusqu'au prochain bateau, dont le départ de Caen pour Alger est prévu vers le 5 octobre 2001”* (dossier Eurofit, pièce 7). Bien plus, Fortis l'a répercutée auprès de BADR en soulignant que puisque l'embarquement des marchandises avait eu lieu le 1<sup>er</sup> octobre *“et ce dans les délais accordés par EURL Bonlait dans sa lettre du 15 septembre 2001”*, la garantie de restitution d'acompte *“n'a plus de raison d'être”* (swift du 4 octobre 2001, pièce 17 du dossier Eurofit). L'interprétation défendue actuellement par Fortis ne correspond dès lors à aucune réalité et est développée pour les besoins de la cause.

Or, il est établi que le matériel a été embarqué sur le bateau MR Aron, lequel a appareillé de Caen à destination d'Alger le 1<sup>er</sup> octobre 2001 (voir attestation de Sofrino-Sogena et bill of lading, pièce 10 du dossier Eurofit). Cette information a dûment été répercutée par Fortis à BADR le 4 octobre 2001 en lui demandant de confirmer cette opération à Bonlait (pièce 17 du dossier Eurofit).

Dès le 8 octobre 2001, Bonlait elle-même le reconnaissait, en renvoyant pour accord un fax où Eurofit précisait que le matériel avait été chargé le 1<sup>er</sup> octobre 2001 *“ce qui met définitivement fin à notre garantie de restitution d'acompte de 1.047.000 FF par ailleurs échue depuis le 3 août 2001”*, tout en ajoutant *“mais pas la garantie de bonne exécution prévue dans le contrat”*. La position de Bonlait confirme que, à ce moment, il n'avait pas encore été donné effet à l'appel à la garantie de restitution d'acompte et qu'il n'y avait plus lieu d'y donner suite.

Le maintien de l'appel à la garantie dans ces conditions était manifestement abusif, ce que ne pouvait ignorer BADR. Il en est d'autant plus ainsi que l'appel même n'était pas conforme aux stipulations de la garantie en ce qu'il visait uniquement que les conditions contractuelles n'avaient pas été remplies, mais non que la livraison n'avait pas eu lieu dans le délai contractuellement prévu. Il n'est pas douteux que le fait de mettre en œuvre une garantie dont les conditions ne sont pas réunies est fautif, et ce même si celle-ci est soumise au droit algérien.

### ***Les circonstances de l'appel à la garantie de bonne exécution***

Le 8 octobre 2001, Fortis informe Eurofit de l'appel à la contre-garantie de bonne exécution adressé par BADR le 3 octobre 2001.

Aucun document n'est produit au débat en ce qui concerne l'appel à la garantie par Bonlait, lequel a, selon toute vraisemblance été formulé concomitamment à l'appel à la garantie de restitution d'acompte.

Si cette garantie couvre sur un plan général la *“bonne exécution des obligations contractuelles de Eurofit”* jusqu'à l'établissement du procès-verbal de reconnaissance de conformité des critères de performance, l'appel à cette garantie est manifestement prématuré puisque Eurofit a rempli son obligation de livraison à l'embarquement le 1<sup>er</sup> octobre 2001 et que le matériel est en cours d'acheminement lorsqu'il est fait appel à cette garantie début octobre 2001. Au moment où il est fait appel à la garantie, la seule obligation qui est susceptible d'être appréciée dans le chef de Eurofit, est en effet celle portant sur la livraison, laquelle est accomplie. Bien plus, arrivée à Alger le 8 octobre 2001, la marchandise ne sera pas réceptionnée par Bonlait en vue de son montage, empêchant par là même Eurofit de poursuivre l'exécution de ses obligations (voir attestation de Flamar Algérie du 10 décembre 2001, pièce 26 du dossier Eurofit).

BADR, qui est dûment informée par Fortis de la livraison le 1<sup>er</sup> octobre 2001, ne peut ignorer l'absence de tout fondement quant à l'appel à cette garantie alors que, à ce stade, Eurofit respecte ses obligations contractuelles. En donnant effet à cet appel, BADR se rend complice de l'abus commis par Bonlait.

Les circonstances invoquées après coup par Fortis pour tenter de soutenir qu'il n'est pas établi qu'Eurofit avait bien exécuté ses obligations contractuelles sont hors propos: il n'a jamais été fait état d'une incertitude quant au contrat applicable entre parties. Pour le surplus, les mentions manuscrites apposées par Bonlait sur le fax de Eurofit du 5 octobre 2001 quant au paiement d'un chèque, sont extérieures à la relation contractuelle qui justifie la garantie de bonne exécution: le contrat entre parties ne prévoit pas le paiement de montants par Eurofit.

Il est dès lors à suffisance établi que BADR, ne pouvant, en sa qualité de banquier normalement prudent et diligent, ignorer le caractère abusif de l'appel aux garanties litigieuses, a choisi de les exécuter et d'appeler la contre-garantie, permettant ainsi la réalisation de l'abus.

### ***Exécution de la contre-garantie par Fortis***

Si Fortis observe que les contre-garanties sont soumises au droit algérien, les parties s'accordent sur le fait que les contre-garanties souscrites par Fortis sont des engagements autonomes et que si le banquier contre-garant paie alors qu'il

sait que l'appel est manifestement abusif, il commet une faute engageant sa responsabilité (conclusions Fortis, n° 29, p. 14; voir également n° 30).

Avant même que BADR ait fait appel aux contre-garanties litigieuses le 3 octobre 2001, Fortis a été avertie du risque d'appel abusif, Eurofit ne se bornant pas à faire part de simples sentiments mais faisant également état d'éléments précis:

– le 24 septembre 2001, Eurofit avisait Fortis de ce qu' "*il semblerait que (Bonlait) ne souhaite plus, pour des raisons de sécurité, que la marchandise soit expédiée*" et envisageait déjà une procédure judiciaire pour bloquer la restitution d'acompte (son dossier, pièce 7);

– le 25 septembre 2001, Eurofit informait Fortis d'un risque d'appel abusif à la garantie de bonne exécution et, rappelant que celle-ci n'était appelable qu'en cas de mauvaise performance de la machine, faisait part de ses craintes que Eurofit s'oppose à son expédition (son dossier, pièce 8);

– le 28 septembre 2001, Eurofit signifiait à Fortis que les conteneurs avaient été livrés sur quai à Caen, qu'ils seraient chargés sur le navire MR Aron le 1<sup>er</sup> octobre 2001 et que le même jour, une copie du connaissement et de la liste de colisage prouvant ce chargement serait adressée à Fortis, avant d'ajouter que cette livraison mettrait fin à la garantie de restitution d'acompte et qu'un appel à cette garantie serait dès lors abusif (son dossier, pièce 9);

– par télécopie du 3 octobre 2001, Eurofit transmettait comme promis l'attestation de l'expédition du matériel le 1<sup>er</sup> octobre 2001, le connaissement et la liste de colisage, en précisant à nouveau: "*nous vous rendons une fois de plus attentive au fait que le client ne peut donc plus faire appel à la garantie de restitution d'acompte*" (son dossier, pièce 13).

Fortis n'ignorait donc rien des circonstances dans lesquelles Bonlait avait fait appel aux garanties litigieuses, ni de la nature de celles-ci puisqu'elle en avait dicté les termes à BADR.

Enfin, l'attitude adoptée par Fortis dans le cadre des procédures de référé intentées par Eurofit le 8 octobre 2001 (son dossier, pièces 1.19., 2.1. à 2.4.) afin de s'opposer à l'exécution des garanties, doit être relevée. En effet, il est significatif que Fortis, assignée à comparaître à Liège le 9 octobre et à Bruxelles le 11 octobre 2001, a décidé de payer les montants contre-garantis dès le 9 octobre 2001, empêchant ainsi les juges saisis de se prononcer sur l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste alors que "*si (...) le garant ne peut se livrer à aucune interprétation des faits et ne peut refuser de payer que si la fraude 'crève les yeux', le juge des référés, par contre, peut examiner les arguments développés par le donneur d'ordre, sous condition que celui-ci démontre – dans le bref délai de la procédure en référé – que la demande du bénéficiaire excède manifestement l'équilibre des intérêts mis en place par la convention (M. POULLET,*

*Thèse, I, p. 252*" (C. MARTIN et M. DELIERNEUX, *o.c.*, n° 149). Fortis a ainsi fait preuve d'un empiètement qui ne se justifiait pas. En effet, de son propre aveu, la garantie de remboursement d'avance était devenue sans objet, ce qui devait l'amener à plus de prudence (voir son courrier précité du 4 octobre 2001 à BADR). En outre, les engagements de contre-garantie, s'ils prévoyaient un paiement sans délai, ne faisaient courir les intérêts de retard qu'au huitième jour de l'appel à la garantie, ce qui permettait à Fortis de suspendre le paiement sans pénalité jusqu'au 12 octobre 2001. Il est à cet égard intéressant de noter que Fortis avait attendu le 8 octobre 2001 pour informer Eurofit de ce que BADR avait fait appel à la contre-garantie de bonne exécution le 3 octobre 2001 – tout en lui précisant que le paiement ne devait intervenir qu' "*au plus tard le 12 octobre 2001, en exécution de nos engagements*".

Fortis s'est ainsi rendue complice de l'appel abusif aux garanties et contre-garanties, sacrifiant l'intérêt de sa cliente Eurofit vraisemblablement dans le but de préserver sa réputation internationale auprès d'une partenaire algérienne qui lui offrait de nouvelles perspectives (voir à cet égard dossier d'Eurofit, pièce 29). Sa responsabilité est donc engagée.

### Évaluation du dommage

Le dommage subi par Eurofit est constitué de la somme que cette société a dû décaisser en faveur de Fortis le 17 décembre 2004, soit 251.494,69 EUR (dossier Fortis, pièce 1.21.).

Ce dommage est bien en lien causal avec l'attitude fautive de la banque, sans laquelle le compte bancaire d'Eurofit n'aurait pas été débité des montants correspondants aux contre-garanties indûment appelées, ce qui a donné lieu au paiement du 17 décembre 2004. La somme de 251.494,69 EUR sera majorée des intérêts depuis le 17 décembre 2004.

Rien ne permet de penser que la procédure d'arbitrage prévue par le contrat de base aurait été mise en œuvre par Eurofit ou que cette procédure lui aurait permis de réduire son dommage (voir conclusions récapitulatives de Bonlait, p. 36). De toutes façons, il s'agit là d'une question qui concerne le contrat de base Bonlait et Eurofit, alors que la présente action porte sur l'exécution du contrat de crédit conclu entre Fortis et Eurofit. Si celle-ci devait engager une action au fond contre Bonlait, elle ne pourrait lui réclamer le montant de l'acompte dont elle aurait récupéré la contre-valeur à charge de Fortis en vertu du présent arrêt. Il n'y a donc pas de risque de double indemnisation.

Par identité de motifs, la question de savoir si Fortis peut être subrogée aux droits qu'Eurofit peut tirer de la convention de base à l'encontre de Bonlait est également étrangère au présent débat et sera posée en cas de recours ultérieur contre cette société. Fortis pourra aussi, le cas échéant, exercer un recours contre son cocontractant BADR mais quoi qu'il en soit, les difficultés qu'elle pourrait rencontrer pour récupérer

ses décaissements ne sont pas de nature à lui permettre d'évaluer sa responsabilité vis-à-vis d'Eurofit.

Eurofit réclame également 11.000,07 EUR correspondant aux intérêts sur la somme de 213.225 EUR entre le 9 octobre 2001 et le 4 juillet 2002. Elle justifie cette réclamation par le fait que cette somme est restée indisponible pendant cette période, ce qui l'a amenée à supporter des intérêts débiteurs. L'historique des comptes financiers d'Eurofit (pièce 28 de son dossier) permet de confirmer qu'elle a dû recourir à des avances à terme auprès de différentes banques (BBL, CBC, Artesia et Fortis) entre octobre 2001 et août 2002, ce qui a entraîné un coût en intérêts de 10.820,82 EUR. Eurofit perd toutefois de vue que le recours au crédit du 15 septembre 2000 entraînait l'application d'intérêts débiteurs "au taux de base caisse pratiqué par Fortis, soit à ce jour 8,5% l'an". Ce chef de demande sera dès lors réduit à la somme forfaitaire de 2.500 EUR majorée des intérêts depuis le 17 décembre 2004.

Enfin, il est certain que les frais de défense exposés par Eurofit en instance et en appel sont la conséquence néces-

saire des manquements commis par Fortis. Il convient d'allouer à ce titre à Eurofit la somme globale de 10.000 EUR, outre les dépens.

Par ces motifs,

la cour, statuant contradictoirement

Reçoit les appels et les demandes incidentes.

Confirme le jugement dont appel sous les émendations par lesquelles la cour:

– réduit la condamnation en principal de Fortis à 253.994,69 EUR (251.494,69 + 2.500);

– porte à 10.000 EUR les dommages et intérêts alloués à Eurofit à titre de frais de défense d'instance et d'appel.

Condamne l'appelante aux dépens d'appel liquidés pour l'intimée à la somme de 485,87 EUR.

(...)

## Noot

Dit arrest is de laatste gerechtelijke beslissing in een reeks van gerechtelijke tussenkomsten met betrekking tot een leveringscontract van de NV Eurofit van een montagelijp voor melkdessertjes aan de Algerijnse vennootschap Bonlait.

Naar aanleiding van dit leveringscontract vroeg NV Eurofit aan zijn Belgische bankier om, in het kader van zijn lopende kaskrediet, 2 onafhankelijke bankgaranties uit te schrijven, met tussenkomst van zijn correspondent-bankier in Algerije, ten gunste van Bonlait.

Het betrof een garantie tot terugbetaling van een voorschot en een uitvoeringsgarantie.

De Belgische bank sprak voor beide garanties zijn Algerijnse correspondent aan om de garanties uit te schrijven, onder tegengarantie van de Belgische bank.

Beide garanties worden na hun oorspronkelijke looptijd verlengd, waarbij de Belgische bank blijkbaar haar tegengarantie verder in de tijd verlengt dan wat gevraagd werd door de opdrachtgever.

Wanneer de Algerijnse bank beroep doet op de beide tegengaranties, betaalt de Belgische bank die onmiddellijk uit, alhoewel de bank op dat moment al gedagvaard was en dit zonder te wachten op de dag waarop de rechter in kort geding zich zou uitspreken over een eventueel abusief beroep en het daaraan verbonden verbod tot betalen aan de Belgische bank zou opleggen.

In eerste aanleg kregen de opdrachtgevers gelijk en werd de Belgische bank veroordeeld tot het terugbetalen van het

bedrag van de beide garanties. De Belgische bank gaat hier tegen in beroep.

Volgens de opdrachtgever had de Belgische bank

- 1) (was) haar instructies met betrekking tot het uitschrijven van de garanties te buiten gegaan;
- 2) aan haar informatieverplichting tekort geschoten;
- 3) de garantie tot terugbetaling van een voorschot uitbetaald, terwijl die vervallen was;
- 4) gevolg gegeven aan een beroep op een tegengarantie, dat manifest abusief was.

Volgens het hof staat het vast dat het beroep op de garantie voor terugbetaling van een voorschot bij de Algerijnse bank laattijdig was, zodat de Belgische bank niet op redelijke wijze kan volhouden dat het onrechtmatig karakter van dit beroep niet zou zijn vastgesteld onder Algerijns recht, dat van toepassing is op de omstreden garanties.

Verder stelt het hof vast dat, alhoewel de Algerijnse bank, als een normaal voorzichtig en zorgzame bankier, het abusief beroep op de betwiste garanties niet kon negeren, toch beslist heeft om de garanties uit te voeren en beroep te doen op de tegengaranties. Daardoor is de Algerijnse medeplichtig aan het misbruik van de begunstigde. Derhalve kon de Belgische bank niet onkundig zijn van de omstandigheden waarin de begunstigde beroep doet op de betwiste garanties.

Het gedrag van de Belgische bank in het kader van de gerechtelijke procedure is, volgens het hof, van groot belang. Zij heeft beslist de bedragen onder de tegengarantie uit te betalen, waardoor de rechter waarbij de zaak aanhan-

gig werd gemaakt, verhinderd werd zich uit te spreken over het bestaan van een fraude of een manifest misbruik.

In dit arrest wordt nog eens duidelijk aangetoond in welke moeilijke positie de bank zich bevindt die een abstracte bankgarantie heeft uitgeschreven.

Eenzijds heeft zij een eigen verbintenis onderschreven, die zij vanzelfsprekend als professioneel bankier moet respecteren. Over het algemeen is deze verbintenis volledig onafhankelijk van het onderliggende contract en dikwijls afroepbaar op loutere verklaring van de begunstigde. De bankier heeft zijn internationale reputatie hoog te houden zodat hij de door hem aangegane verbintenissen correct moet uitvoeren<sup>105</sup>.

Anderzijds is het ook de bedoeling dat de bankier zijn garantieverbintenis uitvoert met het geld van de opdrachtgever en niet met haar eigen geld.

De bank bevindt zich in een kredietrelatie met de klant en is deze dan ook een zekere mate van loyaliteit verschuldigd. De bank moet de opdrachtgever ook de kans geven te bewijzen dat er eventueel sprake is van een manifest misbruik van beroep<sup>106</sup>.

Eigenlijk kunnen zich in dit geval 3 situaties voordoen.

Ofwel is de bankier duidelijk overtuigd van het frauduleus beroep op de tegengarantie en dan dient hij de uitvoering van de garantie te weigeren.

Ofwel is de bankier overtuigd van het feit dat er geen fraude is en dan dient hij onverwijld uit te betalen.

De derde situatie doet zich echter vaakst voor nl. de bankier twijfelt of er nu al dan niet fraude is. De opdrachtgever van de bankgarantie komt vaak aandraven met argumenten uit het basiscontract en het is niet altijd evident voor een bankier om de grens te trekken tussen het slecht uitvoeren van een basiscontract en een manifest geval van fraude. In dit geval is het aan de rechter om zich uit te spreken over het al of niet abusief karakter.

Klassiek wordt er immers een gradatie gemaakt bij het ontdekken van een frauduleus beroep. Deze gradatie vindt men ook in het arrest terug. Een eerste controle op abusief beroep gebeurt door de bankier. In dat geval moet die controle vrij oppervlakkig blijven, hij mag niet in detail gaan. Om dat duidelijk te maken, vinden we in de rechtsliteratuur een heel bloemrijk taalgebruik terug. Zo sprak prof. Vasseur over feiten “qui crève les yeux”<sup>107</sup>, terwijl we in het Nederlands al eens de kleurrijke uitdrukking “zonneklaar” terugvinden<sup>108</sup>.

Een tweede controle, die iets verder mag gaan, gebeurt door de rechter in kort geding. Ook bij deze tweede instantie moet de controle beperkt blijven: het blijft immers gaan om een duidelijke afbraak aan het abstracte en onafhankelijke karakter van de bankgarantie.

Het arrest hanteert een heel beperkte interpretatie van de functie van een garantie tot terugbetaling van een voorschot.

Hoever reikt de draagwijdte van een dergelijke garantie?

Een dergelijke garantie wordt gevraagd als de koper er zeker van wil zijn dat hij zijn betaalde voorschot terugkrijgt indien de levering niet gebeurt. Wat als de levering wel gebeurt, maar helemaal niet conform is met de contractuele bepalingen? Heeft hij dan ook geen recht op de terugbetaling van zijn voorschot?

Blijkbaar wordt er vaak van uitgegaan dan men recht heeft op zijn voorschot tot de levering en niet meer daarna. Indien de levering volledig foutief gebeurt, moet men maar beroep doen op een uitvoeringsgarantie, maar niet meer op de garantie terugbetaling voorschot.

Om deze interpretatie te omzeilen, kan men er natuurlijk voor zorgen dat de bewoordingen van de garantietekst zelf duidelijkheid biedt in dat domein.

Men kan het abstracte karakter van de garantie op eerste verzoek ook nuanceren door bij het beroep op de garantie documenten te eisen die één en ander kunnen aantonen. Deze documenten zorgen ervoor dat het onderzoek naar fraude of abusief beroep in een ander daglicht wordt gesteld: het wordt er iets gemakkelijker door<sup>109</sup>.

Documentaire garanties zijn garanties waarin een bank een betaalverplichting op zich neemt die eisbaar gesteld wordt op voorlegging van bepaalde documenten, waaruit de wanprestatie blijkt, of waarschijnlijk wordt gemaakt. Dit document kan allerlei vormen aannemen. Het kan gaan van een gerechtelijke of arbitrale beslissing, over een expertiseverslag tot een akkoord tussen begunstigde en opdrachtgever<sup>110</sup>.

Wanneer de bank gevraagd wordt om een documentaire garantie uit te betalen, dient zij, alvorens daartoe over te gaan, de voorgelegde documenten onderzoeken ten einde na te gaan of zij ogenschijnlijk (*prima facie*) overeenstemmen met die welke door de garantiebrief worden geëist. Indien de begunstigde niet de correcte documenten voorlegt, moet de bank hem hierop onverwijld attent maken, nog voor het verstrijken van de vervalltermijn van de garantie, zodat de

<sup>105</sup>. J.-P. MATTOUT, “Droit bancaire international”, *Rev. Banq.*, Parijs, 2004, nr. 238.

<sup>106</sup>. E. WYMEERSCH, “Garantie op eerste verzoek”, *T.P.R.* 1986, (471), p. 482.

<sup>107</sup>. M. VASSEUR, “Rapport de synthèse: le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l’Europe de l’Ouest”, *Colloque de Tours*, 319.

<sup>108</sup>. W. DERYCKE, “Een zonneklare toepassing van de leer inzake garanties op eerste verzoek” (noot onder Rb. Brussel 2 maart 2001), *T.B.H.* 2002, (491), p. 492.

<sup>109</sup>. J.-P. MATTOUT, *o.c.*, nr. 210.

<sup>110</sup>. E. WYMEERSCH, *o.c.*, p. 476-477.

begunstigde alsnog de gelegenheid krijgt de zaak recht te zetten, en zich te schikken naar de garantiebrieff<sup>111</sup>.

Op dat gebied verschilt de documentaire garantie niet heel veel van het documentaire krediet: in beide gevallen wordt van de bank verwacht dat er documenten geanalyseerd worden. Natuurlijk is er een verschil in finaliteit tussen de beide figuren. Net zoals alle andere garanties heeft de documentaire garantie een zekerheidsfunctie: de garantie treedt maar in werking als de uitvoering van het basiscontract niet naar behoren verloopt. Het documentaire krediet heeft eerder een betalingsfunctie: het documentaire krediet maakt deel uit van de voorziene betalingswijze uit het basiscontract.

Dezelfde discussie over de draagwijdte van de garantie tot terugbetaling van een voorschot vinden we terug in een beschikking van de rechter in kort geding van de rechtbank van koophandel van Luik in een geschil tussen Drever International NV en ING België NV. Ook hier werd de draagwijdte van de garantie tot terugbetaling van een voorschot in vraag gesteld, maar in dit geval was er de bijkomende moeilijkheid dat de garantietekst voorzag dat de garantie beëindigd werd bij levering<sup>112</sup>. De rechtbank besliste dat de garantie tot terugbetaling van een voorschot beëindigd was, omdat de levering in casu al gebeurd was.

Het hier becommentarieerde arrest maakt ook toepassing van verschillende algemeen verspreide theorieën in verband met bankgaranties en meer bepaald over fraude bij beroep en dan vooral in geval van een vierhoeksverhouding met garantie en tegengarantie.

We hebben met dergelijke vierhoeksverhouding te maken wanneer de opdrachtgever aan zijn Belgische bank vraagt om een garantie uit te schrijven en wanneer die bank zijn correspondent-bank in het land van de begunstigde contacteert, met de vraag om rechtstreeks een garantie uit te schrijven aan de begunstigde en dit onder de tegengarantie van de Belgische bank.

In de rechtsleer is er al één en ander verschenen over fraude of abusief beroep bij tussenkomen van verschillende banken. Men kan zich de vraag stellen in welke mate de fraude of het misbruik gepleegd door de begunstigde van de garantie gevolgen kan hebben op de schuldvordering van de bankgarant in eerste rang op de bank-tegarant.

Een eerste stroom van, ondertussen oudere rechtsleer, is van mening dat enkel het bestaan van een frauduleuze heimelijke verstandhouding (collusie) tussen de bank-garant en zijn klant-begunstigde kan gesanctioneerd worden met de niet-betaling van de tegengarantie<sup>113</sup>.

Aangezien het in de praktijk heel moeilijk is om voor de rechter het bewijs te leveren van het bestaan van deze frauduleuze heimelijke verstandhouding, werd hierop in recentere rechtsleer een nuance aangebracht, die erin bestaat dat de bank zich medeplichtig maakt aan de fraude of het misbruik gepleegd door de begunstigde wanneer de bank zijn eigen verbintenis uitvoert – gedekt door het mogelijke verhaal op de bankier van de opdrachtgever – terwijl die op de hoogte is van het bestaan van de fraude of het misbruik of wanneer die – als normaal voorzichtige en zorgzame bankier – op de hoogte had moeten zijn van die fraude of dat misbruik<sup>114</sup>.

In dit arrest wordt de meer genuanceerde stroming gevolgd volgens welke er alleen sprake kan zijn van een frauduleus beroep op de tegengarantie door de buitenlandse bankier wanneer deze laatste op de hoogte is – of, als normaal voorzichtige en zorgzame bankier op de hoogte hoorde te zijn – van de omstandigheden waarin beroep werd gedaan op zijn garantie en ondanks zijn kennis van de fraude in het beroep op die garantie, toch nog beroep doet op de tegengarantie, waardoor hij zich medeplichtig maakt aan het frauduleuze gedrag van de uiteindelijke begunstigde<sup>115</sup>.

Het loutere bestaan van een fraude of misbruik van de begunstigde van de garantie is in een vierpartijenverhouding volgens geen enkele van de verschillende stromingen in de rechtsleer voldoende.

De problematiek van fraude of abusief beroep in een vierpartijenverhouding werd ook al uitvoerig bestudeerd in de commentaren op het arrest van hetzelfde hof, maar dan in kort geding<sup>116</sup>.

De reden waarom fraude of abusief beroep in een vierpartijenverhouding anders moet worden bekeken dan in een drie-partijenverhouding (waar er dus geen tegengarantie is), vindt zijn oorzaak in het feit dat bij een constructie met tegengarantie en garantie in eerste rang, de tegengarantie een dubbel niveau van abstractie vertoont. Enerzijds is de tegengarantie volledig onafhankelijk van de basisovereenkomst (ook wel valutaverhouding genaamd)<sup>117</sup>. De garant doet

<sup>111</sup>. Ph. COLLE, “Kroniek handels- en distributieovereenkomsten”, *R.W.* 2007-08, (170), p. 179.

<sup>112</sup>. Kh. Luik 1 februari 2005, *onuitg.*, A.R. 608/278.

<sup>113</sup>. M. DELIERNEUX, “L’actualité des crédits internationaux”, in J.-P. BUYLE en BRUYNEEL (eds.), *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Brussel, Éd. du Jeune Barreau, 2002, p.

<sup>114</sup>. M. DELIERNEUX, “Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003)”, *Bank Fin. R.* 2003, (343), 353.

<sup>115</sup>. C. MARTIN en M. DELIERNEUX, *Les garanties bancaires autonomes*, in *R.P.D.B.*, Compl. VII, Brussel, Bruylant, 199, nr. 170. J.-F. ROMAIN, “La fraude et l’abus manifestes dans les garanties bancaires autonomes: persistance ou transformation des concepts de droit commun dans la jurisprudence internationale, en particulier française et belge”, *Dr. banc. fin.* 2002, (18), nr. 18.

<sup>116</sup>. Kh. Luik (Kort Ged.) 2 juli 2002, aangehaald door M. DELIERNEUX en J.-P. BUYLE, “Becommentarieerde rechtspraak in Bank- en Financieel Recht”, *T.B.H.* 2004, (...), p. 183 e.v.

<sup>117</sup>. Rb. Brussel 26 april 2002, *NjW* 2003, p. 278.

afstand van alle excepties die ontstaan in het kader van de verhouding tussen de opdrachtgever en de begunstigde<sup>118</sup>. Anderzijds is de tegengarantie ook volledig onafhankelijk van de garantie<sup>119</sup>. Dit heeft als gevolg dat de tegengarantie een uitgebreidere draagwijdte kan hebben dan de garantie in eerste rang. Dit kan zowel slaan op de termijn van de verbintenis als op de juridische aard van de verbintenis. Zo komt het nog wel eens voor dat de garantie in eerste rang het karakter van een borgtocht vertoont, terwijl de tegengarantie ontegensprekelijk de vorm aanneemt van een abstracte, onafhankelijke garantie op eerste verzoek. Ook het recht dat van toepassing is op de tegengarantie kan verschillen van het recht dat van toepassing is op de garantie in eerste rang.

Het zou ten slotte de aandachtige lezer van het arrest kunnen

verbazen dat het arrest niet dieper ingaat op het feit dat de bankier in dit geval, om een of andere onduidelijke reden, beslist heeft om zijn tegengarantie langer te verlengen dan wat de opdrachtgever vraagt.

Het wordt wel vermeld, maar de daaruit volgende, logische conclusie, dat bij een eventueel beroep binnen de betwiste periode (tussen de datum van verlenging gevraagd door de opdrachtgever en de datum van effectieve verlenging van de Belgische bank), de Belgische bank wel gehouden is tegenover haar buitenlandse correspondent, maar haar klant niet mag debiteren, wordt hier niet gemaakt.

Kathleen Bernaert  
Bedrijfsjurist

<sup>118</sup>. K. TOBBACK, "Is borgtocht 'op eerste verzoek' een borgtocht of een garantie? De grens van het accessoir karakter van de borgtocht" (noot onder Rb. Brussel 25 april 2005), *RABG* 2007, p. 28.

<sup>119</sup>. C. MARTIN en M. DELIERNEUX, *o.c.*, nr. 164.