

ses décaissements ne sont pas de nature à lui permettre d'élu-der 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 tegen- garanties, 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 uitschrij- ven van de garanties te buiten gegaan;
- 2) aan haar informatieverplichting tekort geschoten;
- 3) de garantie tot terugbetaling van een voorschot uitbe- taald, 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 medeplich- tig 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 uitvoeren¹⁰⁵.

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 beroep¹⁰⁶.

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”¹⁰⁷, terwijl we in het Nederlands al eens de kleurrijke uitdrukking “zonneklaar” terugvinden¹⁰⁸.

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 door¹⁰⁹.

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 opdrachtgever¹¹⁰.

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

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

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

¹⁰⁷. 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.

¹⁰⁸. 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.

¹⁰⁹. J.-P. MATTOUT, *o.c.*, nr. 210.

¹¹⁰. E. WYMEERSCH, *o.c.*, p. 476-477.

begunstigde alsnog de gelegenheid krijgt de zaak recht te zetten, en zich te schikken naar de garantiebrieff¹¹¹.

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 levering¹¹². 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 tussenkomst 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 tegengarantie¹¹³.

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 misbruik¹¹⁴.

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 begunstigde¹¹⁵.

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 geding¹¹⁶.

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)¹¹⁷. De garant doet

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

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

¹¹³. 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.

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

¹¹⁵. 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.

¹¹⁶. 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.

¹¹⁷. 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 begunstigde¹¹⁸. Anderzijds is de tegengarantie ook volledig onafhankelijk van de garantie¹¹⁹. 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

¹¹⁸. 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.

¹¹⁹. C. MARTIN en M. DELIERNEUX, *o.c.*, nr. 164.