

B. Appel incident de la SA Fortis à l'égard de M. Thiry

30. Il résulte de ce qui précède que celui-ci n'est pas fondé puisque M. Thiry a agi en qualité de mandataire et dans le cadre de son mandat.

C. Quant à la demande subsidiaire de M. Litvine à l'encontre de M. Thiry

31. M. Litvine demande que M. Thiry soit condamné à le garantir des condamnations prononcées à sa charge au profit de la SA Fortis.

M. Thiry a agi, d'une part, dans les limites du mandat qu'il avait reçu et, d'autre part, aucune responsabilité extracontractuelle n'est démontrée à son encontre.

La demande n'est pas fondée.

D. Quant aux demandes respectives d'intervention dans les frais et honoraires de conseil

32. Il ne peut y être fait droit depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixant le tarif des indemnités de procédure visées à l'article 1022 du Code judiciaire et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 1 à 13 de la loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et frais d'avocat.

E. Quant à la nouvelle indemnité de procédure en application de l'article 1022 du Code judiciaire

33. Les parties demandent l'indemnité de base qui est fixée à 5.000 EUR compte tenu de la valeur de la demande.

En vertu de l'article 1022 du Code judiciaire, c'est la partie qui obtient gain de cause qui en bénéficie.

Les dépens sont dès lors fixés comme précisé en termes de dispositif.

Pour ces motifs, la cour,

Dit les appels, principal et incident, recevables.

Dit l'appel principal non fondé et en déboute M. Litvine.

Dit l'appel incident de la SA Fortis partiellement fondé dans la mesure ci-après.

Dit pour droit que les intérêts sont capitalisés au taux Euribor + 2% du 2 septembre 2003 au 15 décembre 2005.

Dit les demandes nouvelles devenues sans objet.

Met les dépens d'appel à charge de M. Litvine. Ceux-ci s'élèvent à 5.000 EUR en ce qui concerne la SA Fortis et à 5.000 EUR en ce qui concerne M. Thiry.

(...)

Noot

Een bankgarantie op eerste verzoek werd door Fortis uitgeschreven ten gunste van CIC Bonnasse-Lyonaise de Banque tot zekerheid van een krediet dat die bank aan de vennootschap NV Riverland Nouvelle had toegekend en dit in opdracht en voor rekening van Dhr. Litvine.

Eenzelfde garantie werd door Fortis uitgeschreven in opdracht en voor rekening van Dhr. Thiry.

De garantie wordt verschillende malen verlengd. De laatste probleemloze verlenging gaat tot 31 juli 2001.

Op 18 juli 2001 vraagt de Franse bank, begunstigde van de garantie, een "extend or pay" aan Fortis. Op dat ogenblik is Dhr. Litvine niet bereikbaar. Fortis contacteert daarom Dhr. Thiry.

Dhr. Thiry aanvaardt voor zichzelf en voor Dhr. Litvine een verlenging tot 31 oktober 2001.

Fortis bevestigt de verlenging van de garantie aan de begunstigde en stuurt een kopie van dit bericht aan Dhr. Litvine.

Op 4 oktober 2001 doet de begunstigde beroep op de garantie. Op 17 oktober laat Dhr. Litvine aan Fortis weten dat hij eigenlijk niet akkoord ging om de garantie verder te verlengen dan tot 31 augustus 2001.

Op 25 oktober gaat Fortis over tot de uitbetaling van de garantie en verwittigt daarvan Dhr. Litvine.

Dhr. Litvine weigert echter Fortis terug te betalen, waarop Fortis overgaat tot dagvaarding van de beide opdrachtgevers van de garantie.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelt dat Fortis gelijk heeft en veroordeelt Dhr. Litvine om het bedrag van de garantie terug te betalen.

Dhr. Litvine gaat tegen deze beslissing in beroep.

Fortis verdedigt dat ze recht heeft op terugbetaling door Dhr. Litvine nadat ze de bankgarantie, die werd uitgeschreven in opdracht en voor rekening van Dhr. Litvine, uitbetaald heeft.

Verder stelt ze dat Dhr. Litvine volmacht heeft gegeven aan Dhr. Thiry om de verlenging van de garantie goed te keuren of dat, in ieder geval, Dhr. Thiry de schijnlasthebber was van Dhr. Litvine.

Dhr. Litvine haalt aan dat Fortis twee contractuele fouten heeft begaan door enerzijds de garantie te verlengen zonder het akkoord van de opdrachtgever en door anderzijds de garantie uit te betalen zonder de opdrachtgever daarvan te informeren, waardoor het voor hem onmogelijk was om te controleren of het beroep al dan niet rechtmatig was gebeurd en dit terwijl de bank op de hoogte was van zijn weigering.

De rechtbank concludeert dat er wel degelijk een volmacht bestond, zodat kan besloten worden dat Dhr. Litvine, welis-

waar tegen zijn zin, zijn akkoord heeft gegeven op de verlenging van de garantie.

Immers, het standpunt van Dhr. Litvine is tegenover het bestaan van deze lastgeving nogal tegenstrijdig. Enerzijds erkent hij dat hij een verlenging van de bankgarantie aanvaard heeft, wat enkel kon gebeuren door zijn contacten met Dhr. Thiry hieromtrent. Anderzijds had de begunstigde, voor wat de duur van de verlenging betreft, slechts één mogelijkheid opengelaten, namelijk een verlenging tot 31 oktober of een betaling. Aangezien Dhr. Litvine nooit had laten weten dat hij wilde overgaan tot betalen, moest men wel besluiten dat hij de verlenging aanvaard heeft en dit in haar totaliteit.

Wat de zogenaamde tweede contractuele fout betreft, namelijk dat de bank de opdrachtgever niet heeft geïnformeerd over het beroep op de garantie alvorens ze te hebben uitbetaald, oordeelt het hof dat hier geen fout begaan is, aangezien het hier gaat om een garantie op eerste verzoek, die een onvoorwaardelijke verbintenis is, ogenblikkelijk opeisbaar, volgens de volledige discretie en op louter verzoek van de begunstigde.

Derhalve besluit het hof dat Fortis wel degelijk recht had op de terugbetaling van de bankgarantie door Dhr. Litvine.

In beroep had Fortis nog een bijkomende eis ingesteld, namelijk om Dhr. Thiry te laten veroordelen tot terugbetaling van de gekapitaliseerde interesten op het bedrag van de bankgarantie.

Het hof geeft hierin Fortis gelijk, aangezien de vraag tot kapitalisatie volledig gebeurde met respect van de voorwaarden uit artikel 1155 BW.

Het antwoord op de vraag, of de bankier verplicht is de opdrachtgever te informeren over het gedane beroep op de garantie alvorens over te gaan tot uitbetaling van die garantie, is in de rechtsleer door de tijd heen geëvolueerd.

Aanvankelijk bestond er in de rechtsleer niet echt unanimité hierover. Nu kan toch gesteld worden dat de meer recente rechtsleer oordeelt dat de bankier wel degelijk verplicht is om de opdrachtgever te informeren van het bestaan van een beroep.

De reden voor deze informatieverplichting is dat het de opdrachtgever moet toelaten te oordelen of het beroep op de garantie wel gefundeerd is en of we niet te maken hebben met een abusief beroep op de garantie.

Indien de opdrachtgever oordeelt dat dit wel het geval is, kan hij nog naar de rechter stappen om dit te laten vaststellen en om de bankier te verbieden de garantie uit te betalen.

Indien hij niet op de hoogte is van het bestaan van het beroep, kan hij in geen enkele mate tussenkomen in dit proces.

Eenmaal de garantie uitbetaald is, wordt het voor de opdrachtgever veel moeilijker om fraude vast te laten stellen voor de rechter, want dan moet hij immers ook nog bewijzen dat de bank op de hoogte was van het bestaan van de fraude van de begunstigde¹¹⁵.

Natuurlijk kan de opdrachtgever, na uitbetaling van de bankgarantie, nog altijd een verhaal uitoefenen tegenover de begunstigde op basis van de contractuele relatie tussen deze beiden, maar aangezien de begunstigde zich meestal in het buitenland bevindt, is het helemaal niet zo gemakkelijk voor de opdrachtgever om te bekomen dat hij zijn geld terug krijgt.

Een met het probleem van de informatieverplichting onvermijdelijk verbonden problematiek is die van de termijn waarbinnen de bank tot de uitbetaling van de garantie moet overgaan nadat ze een conform beroep heeft ontvangen. Om ervoor te zorgen dat de informatieverplichting haar doel niet mist, moet deze verplichting automatisch vergezeld worden van een wachtperiode van 3 tot 5 dagen om de opdrachtgever de mogelijkheid te laten om voor de rechter te gaan, mocht hij dat nodig achten.

Deze wachtperiode is niet in strijd met de verplichtingen die de bankier heeft tegenover de begunstigde, aangezien de bank recht heeft op een onderzoeksperiode van een aantal dagen alvorens effectief tot uitbetaling van de garantie over te gaan.

Momenteel worden de uniforme regels van de ICC inzake bankgaranties aan een herziening onderworpen.

In het voorstel van tekst vinden we deze termijn dan ook expliciet terug. In het huidig voorstel is in artikel 20 sprake van 5 werkdagen.

Een ander argument in het voordeel van de informatieverplichting is dat de garantie en vooral het beroep op de garantie wel eens gebruikt worden als een chantage-instrument vanwege de begunstigde om in extremis nog van de opdrachtgever enkele belangrijke toegevingen te bekomen. Dit manoeuvre mist zijn doel indien de bankier onmiddellijk betaalt aan de begunstigde, zonder de opdrachtgever te informeren¹¹⁶.

Nog een ander argument voor de informatieverplichting van de bank, dat men in de literatuur terugvindt, is dat de bank, als uitgever van een bankgarantie, moet beschouwd worden als de lasthebber van de opdrachtgever en zij er dus wettelijk toe verplicht is om de belangen van de opdrachtgever te beschermen en hem bijgevolg moet informeren. De uitgifte van een bankgarantie houdt volgens deze literatuur voor de bank een handeling in die hij vervult voor een derde: de bank vervult de betaling van de garantie voor rekening van de opdrachtgever en de bank zal dan ook de terugbetaling

¹¹⁵ R.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Amsterdam, Kluwer, 1996, nr. 10.9 (30).

¹¹⁶ C. MARTIN en M. DELIERNEUX, *Les garanties bancaires autonomes*, RPDB, VII, 1990, Brussel, Bruylant, nrs. 124-130.

daarvan eisen. Derhalve moet de opdrachtgever de nodige schikkingen kunnen treffen voor die betaling. Dit kan enkel als hij er ook van op de hoogte is¹¹⁷.

Hoewel moeilijk kan verdedigd worden dat we hier te maken hebben met een mandaat – dit is eigenlijk volledig in strijd met het principe dat de bank in een bankgarantie een zelfstandige en persoonlijke verbintenis uitvoert – kan men niet betwisten dat er een sterke economische band bestaat tussen de bank en de opdrachtgever en het derhalve belangrijk is dat de bank de opdrachtgever op de hoogte houdt van het wel en wee van de bankgarantie.

Het voornaamste argument van de tegenstanders van deze informatieplicht is dat de verplichting van de bank onder een bankgarantie duidelijk een verplichting is die onafhankelijk is van de verplichtingen uit het basiscontract en dat de bank er een gewettigd belang bij heeft om buiten de discussies van opdrachtgever en begunstigde te blijven.

Dit argument is echter niet erg overtuigend. Door niet te informeren kan de bank misschien wel moeilijkheden met de begunstigde vermijden, maar zal ze zich echter een beschadigde relatie met de opdrachtgever op de nek halen¹¹⁸.

Er bestaat echter geen twijfel over, ook niet bij de tegenstanders van de informatieplicht, dat de bankier de opdrachtgever moet verwittigen van verschillende gebeurtenissen die zich tijdens het leven van een garantie kunnen voordoen, zoals het vragen naar een reductie, een verlenging of het gebruik van het mechanisme van ‘extend or pay’¹¹⁹.

Wanneer een ‘extend or pay’ wordt gevraagd, kan de bank daarover zelf niet beslissen: net zoals ze voor het uitschrijven van een garantie instructies van de opdrachtgever nodig heeft, moet ze die ook hebben vooraleer over te gaan tot het verlengen van de garantie.

Ook wordt er algemeen aanvaard dat er een informatieverplichting is wanneer de uitvoering van de bankgarantie onderworpen is aan voorwaarden, waarvan de vervulling door de opdrachtgever moet aangetoond worden. In dit geval kan de bank niet anders dan de opdrachtgever aanspreken om er zich van te vergewissen of de voorwaarden al of niet uitgevoerd werden¹²⁰. Het is echter niet aan te raden om in een garantie voorwaarden op te nemen waarbij voor het nazicht op de voldoening van die voorwaarden beroep moet worden gedaan op de opdrachtgever. Op die manier komt het onafhankelijk karakter van de bankgarantie op eerste ver-

zoek sterk in het gedrang en krijgt de begunstigde een zekerheid in handen die hoofdzakelijk afhangt van de goodwill van de opdrachtgever.

Een andere vraag die hieromtrent rijst is of deze informatieverplichting ook geldt in een vierpartijenverhouding (bij tussenkomst van twee banken, één in het land van de opdrachtgever en één in het land van de begunstigde) in hoofde van de garant ten opzichte van de tegengarant. Hierover lijkt de hedendaagse rechtsleer nogal verdeeld. Sommige stemmen vinden dat de informatieplicht zowel in een drie- als in een vierpartijenverhouding van toepassing is. Deze mening vinden we onder andere bij Jean-Pierre Mattout¹²¹ en bij Eddy Wymeersch¹²².

Anderen vinden dat het niet opgaat deze verplichting op te leggen om aan de buitenlandse bank, die van nature georiënteerd is naar de begunstigde toe en geen contractuele relatie heeft met de opdrachtgever¹²³.

De uniforme regels van de Internationale Kamer van Koophandel van Parijs betreffende de “les garanties sur demande” uit 1992 bevat een in zijn artikel 17 een expliciete verplichting van de bankier om zonder uitstel de opdrachtgever te verwittigen¹²⁴. Indien er twee banken in de verrichting betrokken zijn (bank en tegengarant), dan moet de bank die het beroep ontvangt van de begunstigde daarvan onmiddellijk de tegengarant verwittigen, die op zijn beurt de opdrachtgever moet verwittigen. Ook in de voorganger van deze regels van 1992, nl. de uniforme regels voor de contractuele garanties van 1978, stond er een uitdrukkelijke informatieverplichting in artikel 8.2.

Zoals reeds hierboven vermeld, zijn de bestaande regels momenteel onderworpen aan een herziening. In het voorstel van de nieuwe regels vinden we deze informatieverplichting nog steeds expliciet terug in artikel 16. Er wordt bovendien ook gewerkt met een heel precieze termijn die wordt opgelegd, waarbinnen de bank tijd krijgt om te controleren of het beroep conform is. Daarmee wordt er een zekere harmonie teweeggebracht tussen de bankgaranties en de documentaire kredieten.

Noch in de regels rond documentaire kredieten¹²⁵, noch in de regels voor stand-by-kredieten vinden we een bepaling rond de informatieplicht terug¹²⁶.

Natuurlijk is het ook zo dat bij een documentair krediet en bij een stand-by-krediet de voorwaarden die de bank moet

¹¹⁷. J. DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Bern, SA Staempfli & Cie, 1986.

¹¹⁸. M. VASSEUR, *Garanties indépendantes*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire commercial, Parijs, 1984.

¹¹⁹. J.P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, La Revue Banque, Parijs, 1987, nrs. 217 en 227.

¹²⁰. R.F. BERTRAMS, *o.c.*, nr. 10.9 (29).

¹²¹. J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, Parijs, Rev. Banque Edition, 2004, nr. 230.

¹²². N. HORN en E. WYMEERSCH, *Bank-guarantees, standby letters of credit and performance bonds in international trading*, The Law of international trade finance, p. 485.

¹²³. R.F. BERTRAMS, *o.c.*, nr. 10.9 (30).

¹²⁴. Les règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, publicatie CCI, nr. 458.

¹²⁵. Uniform Customs and Practise for Documentary Credits 2007, publicatie ICC, nr. 600.

¹²⁶. International Standby Practices, ISP98, publicatie ICC, nr. 590.

controleren voornamelijk documentair zijn, waarvoor de tussenkomst van de opdrachtgever niet nodig is.

Voor documentaire kredieten is er nog een extra reden te vinden in de andere finaliteit die documentaire kredieten hebben in vergelijking met de bankgarantie en de stand-by-kredieten: bij documentaire kredieten is de betaling door de bankier de gewone evolutie van het contract, terwijl de betaling van de bank onder een bankgarantie eerder een noodoplossing is voor als er iets verkeerd loopt in de uitvoering van het contract.

Daarnaast kan men zich afvragen of de bank zich van deze informatieverplichting contractueel kan laten vrijstellen nl. in haar relatie met de opdrachtgever, in de kredietbrief.

Er gaan stemmen op in de rechtsleer die beweren dat deze ontheffing niet uitsluit dat de bank aansprakelijk kan gesteld worden indien ze de garantie uitbetaalt zonder de opdrachtgever te informeren van het bestaan van een beroep en daarbij een aangetoonde fraude negeert¹²⁷.

De verplichting om te verwittigen bij een eventueel beroep houdt echter helemaal niet in dat de bank het akkoord moet vragen aan de opdrachtgever om tot betaling over te gaan. De verplichting om te oordelen of de garantie moet worden uitbetaald is uitsluitend een verplichting van de bank¹²⁸.

Het lijkt dus alsof dit arrest terugkeert naar de oudere rechtsleer rond bankgaranties, waar er nog een minderheid in de rechtsleer te vinden was die er de mening op nahield dat er geen informatieverplichting in hoofde van de bank bestond.

De meer recente rechtsleer inzake bankgaranties was echter overtuigd van het bestaan van deze informatieverplichting, waardoor we mogen besluiten dat dit wel een merkwaardig arrest is.

De informatieverplichting van de bank is geenszins in strijd met het abstract en onafhankelijk karakter van de bankgarantie, maar laat wel toe om ervoor te zorgen dat er in geval van fraude niet ten onrechte door de bank wordt uitbetaald.

Een zekere voorzichtigheid zal wel aan de dag moeten gelegd worden opdat er niet iedere keer opnieuw zou worden vastgesteld dat er fraude in de zaak is, terwijl het eerder een foutieve uitvoering van de verbintenissen in het basiscontract betreft. Het is echter de taak van de rechters in kort geding om de gevallen van fraude en de mogelijkheid om op basis daarvan de bankgarantie niet uit te betalen enkel te gebruiken wanneer dit gerechtvaardigd is.

Kathleen Bernaert
Bedrijfsjuriste

¹²⁷. L. SIMONT, *Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome*, Colloque de Tours, juni 1980, gepubliceerd door Feduci, "Les garanties bancaires dans les contrats internationaux", p. 487.

¹²⁸. T. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande*, Pratique commerciale internationale, droit comparé, droit international privé, Le Mont-sur-Lausanne, Méta-Editions, 1988.