

In die omstandigheden werpt NV ING België terecht op dat de afroep door NV Hayen Laser Technology niet geldig was.

2.3. Er wordt beweerd maar niet bewezen dat NV ING België de afroep aanvankelijk als geldig zou hebben aanvaard en slechts in het kader van huidig geschil de ongeldigheid heeft opgeworpen.

Uit het e-mailbericht van 13 januari 2014 kan niet worden afgeleid dat NV ING België afstand zou hebben gedaan van haar recht om zich te beroepen op een schending van de formele vereisten uit de garantiebrief.

In voormeld bericht verwees zij naar het verzet van de curator tegen de uitbetaling en deelde zij mee om die reden de bankgarantie voorlopig niet uit te betalen. Hieruit blijkt niet dat zij de geldigheid van de afroep zou hebben aanvaard of zelfs nog maar zou hebben onderzocht.

Dat zij niet onmiddellijk heeft opgeworpen dat de afroep ongeldig was, verhindert haar niet zich hierop te beroepen in huidig geschil, gelet ook op het in het gedrang komen van haar eigen aansprakelijkheid indien zij ondanks het niet vervuld zijn van de voorwaarden toch tot uitbetaling zou overgaan.

2.4. De vordering van de curatele ertoe strekkende BVBA ING België te horen verbieden de bankgarantie nr. 01-359956 d.d. 12 november 2012 in betaling te stellen aan BVBA Hayen Laser Technology, werd terecht gegrond verklaard.

De tussenvordering van BVBA Hayen Laser Technology tegen NV ING België werd op dezelfde gronden ook terecht ongegrond verklaard.

Het hoger beroep is ongegrond.

3. Beslissing

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Het hof verklaart het hoger beroep ongegrond.

Het hof verwijst BVBA Hayen Laser Technology bijkomend in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van NV ING België vereffend op de geïndexeerde rechtsplegingsvergoeding hoger beroep *ad* 2.400 EUR en aan de zijde van de curator vereffend op nihil.

(...)

Noot

Het letterlijk karakter van de bankgarantie

Reinhard Steennot¹

1. Bankgaranties worden gebruikt om de uitvoering van een verbintenis door een bank te laten waarborgen. Eigen aan de bankgarantie is dat de bank zich, op verzoek van de opdrachtgever (schuldenaar uit de onderliggende verhouding), *persoonlijk* en onherroepelijk verbindt tot de betaling van een (vooraf) bepaald bedrag² aan de begunstigde van de garantie (schuldeiser uit de onderliggende verhouding), dit zodra de garantie door de begunstigde wegens wanprestatie van de schuldenaar/opdrachtgever in overeenstemming met de in de garantie vermelde voorwaarden wordt afgeroepen³.

Essentieel is dat de begunstigde niet het bewijs moet leveren van de wanprestatie van de schuldenaar⁴.

De modaliteiten waaronder de afroep moet geschieden, kunnen door de partijen vrij bepaald worden. Zo zal de garantie onder meer duidelijk maken of de wanprestatie van de schuldenaar bij de afroep al dan niet gemotiveerd en/of gedocumenteerd moet worden⁵ en op welke wijze de afroep concreet moet geschieden. In de praktijk zal de begunstigde van de garantie vaak een belangrijke invloed hebben wat het vastleggen van deze modaliteiten betreft.

¹ Prof. Dr. Instituut Financieel Recht (UGent).

² Het is niet noodzakelijk dat het bedrag reeds vastligt. Zo kan de bank zich ook verbinden tot de betaling van een bedrag gelijk aan de schade, zoals die achteraf door een expert of arbiter wordt vastgesteld. *In casu* werd enkel een maximumbedrag bepaald.

³ Zie ook: J.-P. BUYLE en M. DELIERNEUX, noot onder Luik 29 april 2003, *TBH* 2005, 179; A. DESPONTIN, “Les exceptions à l’appel à la garantie bancaire à première demande”, *JT* 2014, 618; E. NORDIN, “Het abstract, autonoom en letterlijk karakter van de bankgarantie op eerste verzoek”, *RW* 2010-11, 1282.

⁴ P. De VROEDE en M. FLAMEE, “Garanties op eerste verzoek”, *TPR* 1982, 370; A. DESPONTIN, “Les exceptions à l’appel à la garantie bancaire à première demande”, *JT* 2014, 618; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 515.

⁵ De huidige *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG 758) bevatten als principe dat de afroep gemotiveerd moet worden, i.e. dat de begunstigde moet aangeven welke verbintenissen de opdrachtgever van de garantie heeft miskend (art. 15). Twee punten moeten worden benadrukt. Ten eerste deze regelen zijn enkel van toepassing indien ze door de partijen werden geïncorporeerd. Ten tweede, partijen die de URDG 758 toepassen, kunnen *uitdrukkelijk* bepalen dat deze motiveringsverplichting niet geldt: M. DELIERNEUX en C. CENTNER, “Les nouvelles Règles Uniformes de la CCI applicables aux garanties sur demande (URDG 758) un nouvel instrument à intégrer dans la pratique belge des garanties”, *TBH* 2011, 230.

In casu ging het om garantie op eerste verzoek (af te roepen door middel van een *aangetekend schrijven*) die door de bank werd verstrekt op verzoek van een aannemer en waarbij de bank er zich persoonlijk toe verbond om aan de opdrachtgever van de werken enig bedrag (maar met een maximum van 32.809 EUR) te betalen. De uiterste geldigheidsdatum van de garantie werd bepaald op 1 december 2013, hetgeen van cruciaal belang is in deze zaak.

2. Bankgaranties worden gekenmerkt door hun *zelfstandig en letterlijk* karakter. Het zelfstandig karakter van de garantie houdt in dat de gehoudenheid van de garant uitsluitend wordt bepaald door de inhoud en de draagwijdte van de garantieovereenkomst of garantiebrief en dat de garant zich niet kan baseren op excepties uit de onderliggende verhoudingen om aan zijn betalingsverplichting te ontkomen⁶. Het gaat daarbij zowel om excepties die hun oorsprong vinden in de verhouding tussen de garant en zijn opdrachtgever (bv. de insolventie van de opdrachtgever die met zich meebrengt dat de garant het betaalde bedrag niet meer zal kunnen recupereren), alsook om excepties die hun oorsprong vinden in de verhouding tussen de opdrachtgever en de begunstigde (bv. de bewering van de opdrachtgever van de garantie dat hij de gegarandeerde verbintenis is nagekomen)⁷. Enkel wanneer een afroep frauduleus of met kennelijk misbruik van recht plaatsvindt⁸ of wanneer de garantie strijdig is met de internationale openbare orde kan een betaalverbod aan de garant worden opgelegd. De opdrachtgever zal zich daartoe indien noodzakelijk tot de kortgedingrechter moeten wenden⁹.

Indien blijkt dat de afroep door de begunstigde ten onrechte plaatsvond, doch de opdrachtgever geen betaalverbod kon verkrijgen omdat er geen sprake was van kennelijke fraude of misbruik, kan de opdrachtgever zich wel *achteraf* in een procedure ten gronde tot de begunstigde richten om de betaalde bedragen terug te vorderen (*pay first, discuss later*)¹⁰. Het is daarbij aan de opdrachtgever, die zijn bank zal hebben moeten terugbetalen, om te bewijzen dat de begunstigde de garantie ten onrechte heeft afgeroepen¹¹.

3. Het letterlijk karakter van de garantie houdt in dat de tekst van de garantie letterlijk moet worden geïnterpreteerd.

De draagwijdte van de verbintenissen van de garant wordt uitsluitend bepaald door de bewoordingen van het geschrift¹². De garant kan bij de afroep van de garantie dan ook betaling weigeren indien de formele voorwaarden die in de garantie met betrekking tot de afroep worden gesteld niet strikt worden nageleefd¹³. Dit blijkt ook uit het geannoteerde arrest.

Meer concreet wordt door de bank betaling geweigerd omdat de garantie niet op de in de garantie bepaalde voorwaarden werd afgeroepen binnen de geldigheidsduur van de garantie. De tekst van de garantie bepaalde wat de afroep betrof enerzijds dat de afroep diende te geschieden door middel van een aangetekend schrijven, verzonden naar een in de garantie bepaald adres en anderzijds dat de afroep de bank op het vermelde adres diende te *bereiken* voor het verstrijken van de geldigheidsduur van de garantie. Aan deze voorwaarden werd volgens de garant door de begunstigde niet voldaan. Weliswaar werd de garantie binnen de geldigheidsduur afgeroepen via fax (op 29 november 2013) en werd het gevraagde aangetekende schrijven binnen de geldigheidsduur verzonden (eveneens op 29 november 2013), doch het vereiste aangetekend schrijven bereikte de garant pas na het verstrijken van de geldigheidsduur (met name op 2 december 2013). Bovendien werd het aangetekend schrijven naar het verkeerde adres verzonden. Het hof van beroep te Antwerpen beslist dat de garant terecht betaling weigert en verwijst ter zake naar het strenge formalisme dat geldt bij de afroep van een bankgarantie. Het feit dat de fax binnen de garantietermijn de juiste persoon binnen de bank bereikt zou hebben, wijzigt de analyse niet. Pleegvormen en termijnen die zijn bepaald in de garantiebrief moeten strikt worden nageleefd.

Interessant is dat het hof van beroep de weigering om tot betaling over te gaan indien de formaliteiten bij de afroep niet strikt worden nageleefd, in verband brengt met de aansprakelijkheid van de garant tegenover de opdrachtgever. Indien de garant tot betaling overgaat met miskennis van de in de garantie bepaalde formele voorwaarden of nadat de geldigheidsduur van de garantie is verstreken, dan kan hij door de opdrachtgever aansprakelijk gesteld worden, die aldus de terugbetaling van het ten onrechte betaalde bedrag

⁶ Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Arr. Cass.* 2009, nr. 277, 1103, *RW* 2010-11, 1301, noot E. NORDIN. Zie ook: E. WYMEERSCH, "Garanties op eerste verzoek", *TPR* 1986, 483-485.

⁷ Zie bv. A. DESPONTIN, "Les exceptions à l'appel à la garantie bancaire à première demande", *JT* 2014, 618; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, Brussel, Bruylant, 1988, 521.

⁸ De onrechtmatigheid van de afroep moet zonneklaar zijn of *crever les yeux*. Zie bv. Brussel 26 juni 1992, *TBH* 1994, 1126, noot J.-P. BUYLE en X. THUNIS; 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", *BFR* 2002, 28 *et seq.*; W. DERIJCKE, "Een zonneklare toepassing van de leer inzake garanties op eerste verzoek" (noot onder Brussel 2 maart 2001), *TBH* 2002, 492-493.

⁹ Zie o.m.: G. SCHRANS en H. VAN HOUTTE, *Internationaal handels- en financieel recht*, Leuven, Acco, 1992, 544-547; 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", *BFR* 2002, 28 *et seq.*; E. WYMEERSCH, "Garanties op eerste verzoek", *TPR* 1986, 485 *et seq.*

¹⁰ Cass. 28 juni 2012, C.11.0723.N, *Arr. Cass.* 2012, nr. 424, 1800, noot, *TBH* 2013, 189, noot J. BAECK, *DAOR* 2012, 381, noot D. PHILIPPE.

¹¹ D. PHILIPPE, "Garantie à première demande et charge de la preuve" (noot onder Cass. 28 juni 2012), *DAOR* 2012, 382.

¹² Bv.: Brussel 14 februari 2000, *DAOR* 2000, 269, noot C. LEWALLE; A. DESPONTIN, "Les exceptions à l'appel à la garantie bancaire à première demande", *JT* 2014, 619.

¹³ M. DELIERNEUX, "Les garanties indépendantes, quinze ans de jurisprudence et de doctrine (de 1989 à 2003)", *BFR* 2003, 384.

kan weigeren¹⁴. Het is dan ook niet meer dan logisch dat de miskening van de in de garantiebrief bepaalde formaliteiten de bank vrijstelt van haar betalingsverplichting tegenover de begunstigde.

4. Ook het Hof van Cassatie heeft het strikte formalisme inzake de afroep van de bankgarantie bevestigd¹⁵. In de betrokken zaak werd in de garantiebrief vereist dat de begunstigde een vonnis van de rechtbank van koophandel uitgesproken tussen 29 april 1999 en 6 mei 1999 zou voorleggen. Hoewel het vonnis pas op 20 mei 1999 werd uitgesproken, betaalde de garant de garantie uit, dit omdat hij van oordeel was dat het doel van de bankgarantie was bereikt. Geoordeeld werd dat deze miskening van de voorwaarden van de garantie tot gevolg had dat de bank aansprakelijk was tegenover haar opdrachtgever en deze laatste derhalve niet tot terugbetaling gehouden was. Het beroep door de bank op rechtsmisbruik werd van de hand gewezen. Een eventueel rechtsmisbruik van de opdrachtgever bij zijn verweer tegen het verhaal van de garant, dient volgens het Hof te worden beoordeeld zonder acht te slaan op de verhouding tussen de opdrachtgever en de begunstigde van de garantie en dient uitsluitend te worden getoetst aan de wijze waarop de opdrachtgever zijn uit de garantieovereenkomst voort-

vloeiende rechten ten aanzien van de garant uitoefent.

Regelmatig gaan er stemmen op om het principe van de strikte conformiteit te verlaten voor het criterium van de redelijke conformiteit¹⁶. Hoewel het strikte formalisme tot onbillijke resultaten kan leiden, biedt de strikte conformiteit het voordeel van de duidelijkheid¹⁷. Vanuit het standpunt van de rechtszekerheid kan het arrest van het Antwerpse hof van beroep in deze zaak dan ook worden onderschreven. De begunstigde van een garantie moet er bij de opstelling van de garantiebrief over waken dat hij aan alle formaliteiten die in de brief worden vooropgesteld, kan voldoen.

5. In het geannoteerde arrest komt ten slotte ook de vraag aan bod of de garant geen afstand had gedaan van het recht om zich op het letterlijk karakter of de formele vereisten van de garantie te beroepen door in een e-mail te stellen dat de bank ingevolge het verzet van de curator tegen de uitbetaling van de garantie de bankgarantie voorlopig niet zou betalen. Terecht wordt geoordeeld dat dit niet het geval is. Afstand van recht wordt niet vermoed en kan alleen worden afgeleid uit feiten die niet voor een andere uitlegging vatbaar zijn¹⁸. De e-mail van de bank kan niet in die zin worden geïnterpreteerd.

¹⁴. Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Arr. Cass.* 2009, nr. 277, 1103, *RW* 2010-11, 1301, noot E. NORDIN.

¹⁵. Cass. 24 april 2009, C.07.0379.N, *Arr. Cass.* 2009, nr. 277, 1103, *RW* 2010-11, 1301, noot E. NORDIN.

¹⁶. E. NORDIN, "Het abstract, autonoom en letterlijk karakter van de bankgarantie op eerste verzoek", *RW* 2010-11, 1288.

¹⁷. Zie ook: A. DESPONTIN, "Les exceptions à l'appel à la garantie bancaire à première demande", *JT* 2014, 620.

¹⁸. Bv. Cass. 24 december 2009, C.09.0024.N, *Arr. Cass.* 2009, nr. 788, 3231, *TBBR* 2011, 332, noot S. JANSEN.