

DE GARANTIES OP EERSTE VERZOEK

door

Paul DE VROEDE
Gewoon hoogleraar V.U.B.

en

Michel FLAMEE
Assistent V.U.B.

1. De economische betrekkingen evenzeer op nationaal als op internationaal vlak verlopen bij wege van goederen- en dienstenverkeer, kapitaalverkeer en personenverkeer.

Kenmerkend voor de naoorlogse decennia blijken te zijn(1):

a. Een ontzaglijke toename van het goederenverkeer (de FOB-waarde van uitvoer zou tussen 1948 en 1974 met een factor 15 zijn toegenomen) en een belangrijke evolutie in de aard van uitgewisselde goederen. Niet alleen afgewerkte produkten maar ook uitrustingsgoederen zijn het voorwerp van het handelsverkeer.

b. Het tot stand komen van nieuwe types van contracten.

Vernoemen wij:

— het *engineeringcontract* dat van *consulting engineering* (studie- en onderzoeksverrichtingen) is overgegaan naar *commercial engineering* — dit omvat ook het oprichten en het leveren van een industrieel complex hetgeen betekent dat de *engineer* als hoofdaannemer instaat voor het optrekken en uitrusten van de gebouwen, en het opzetten van het productieproces. Zulks impliceert vaak het bekomen als algemene licentienemer van een octrooi of van industriële en/of commerciële *know-how* vanwege een octrooihoudende onderneming — algemene licentie die dan in onderlicentie aan de cliënt wordt doorgegeven,

— *het contract „sleutel op de deur”* — deze uitdrukking onderstelt dat de uitrusting, na realisatie wordt overgemaakt aan de meester van het werk zonder enige medewerking van zijnentwege,

— *het contract „produkt in de hand”* waarbij het gaat om het overmaken van een installatie in werking,

(1) BYE, M., *Relations économiques internationales I, Echanges Internationaux*, Parijs, 1977, 632-731.

— *het contract „markt in de hand”*, hierbij wordt een afname op de markt gegarandeerd(2).

Bij deze contracten, steeds met lange looptijd, gaan de verbintenissen van de leverancier van de verplichting een materieel productieapparaat te bezorgen tot de verplichting dit productieapparaat ook degelijk te doen werken en de geproduceerde goederen op de markt afgezet te krijgen.

2. Uiteraard is het opstellen van een internationaal contract een delikate aangelegenheid. Terzake zal heel wat aandacht dienen te worden besteed aan de mogelijke rechtsstelsels die op zo'n contract van toepassing kunnen zijn.

In zijn bijdrage „Incorporatie van vreemd recht in een overeenkomst” heeft J. Herbots vier rechtsstelsels vernoemd die in aanmerking kunnen komen, wat uiteraard aan de partijen een vrij grote keuze laat die slechts beperkt wordt hetzij door de openbare orde in de zin van het internationaal privaatrecht van de rechtbank door wie de zaak moet beslecht worden, hetzij door de openbare orde van het gekozen kaderrecht(3). De keuzemogelijkheden zullen vergroot worden door het „Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst” (ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980). Inderdaad, eens dit verdrag in werking treedt(4) zullen de partijen bij een overeenkomst het recht hebben een verschillend recht aan te wijzen voor de verschillende onderdelen van de overeenkomst (weliswaar voorzover de gekozen rechtsstelsels op een logisch samenhangende manier kunnen worden gecombineerd)(5), een oplossing die fundamenteel afwijkt van de in de Belgische doctrine gangbare verwerping van de *dépeçage* mogelijkheid(6).

Wat meer is, op grond van artikel 3, tweede alinea van voornoemd verdrag kunnen de partijen te allen tijde overeenkomen de overeenkomst aan een

(2) VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, V., „Algemene beschouwingen over het sluiten van contracten met ontwikkelingslanden”, *R.W.*, 1979-80, 1611; VERCAMMEN-VAN DEN VONDER, V., „Het engineeringcontract: nieuw contractspatroom van een industriële maatschappij”, *T.P.R.*, 1980, 831-854.

(3) HERBOTS, J., *T.P.R.*, 1981, 41.

(4) Artikel 29 bepaalt dat het verdrag in werking treedt op de eerste dag van de derde maand volgend op het neerleggen van de zevende akte van bekrachtiging, aanvaarding of goedkeuring. Op 19 juni 1980 was het verdrag reeds ondertekend door de gevolmachtigden van België, Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Ierland, Italië, Luxemburg en Nederland. Op 10 maart 1981 werd het ondertekend door de gevolmachtigde van Denemarken bij het secretariaat generaal van de Raad der Europese gemeenschappen, *P.B.C.*, 80, 8 april 1981.

(5) *P.B.L.*, 266, 9 oktober 1980. Zie ook het rapport betreffende het verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst door GIULIANO, Mario, hoogleraar aan de universiteit van Milaan, en LAGARDE, Paul, hoogleraar aan de universiteit van Parijs I, *P.B.C.*, 282, 31 oktober 1980.

(6) HERBOTS, J., *o.c.*, 41; RIGAUX, F., *Droit International Privé*, 374, nr. 1128.

ander recht te onderwerpen dan het recht dat deze voorheen beheerste, hetzij op grond van een vroegere rechtskeuze overeenkomstig dit artikel, hetzij op grond van een andere bepaling van het verdrag. Een wijziging in de rechtskeuze door partijen na de totstandkoming van de overeenkomst is niet van invloed op de formele geldigheid van de overeenkomst en doet geen afbreuk aan de rechten van derden.

Zonder aan de verdragtekst een draagwijdte te willen hechten die deze niet bezit blijkt er evenwel de tendens uit komaf te maken met de benadering van het contract als een immutabele vastlegging van rechten en verplichtingen. Uitvoering naar best vermogen (men bemerkte de toenadering tot het „middelenverbintenis”-concept) lijkt de hoofdbekommernis van de contractanten te moeten zijn. Voor zover het toepasselijk recht staande het geding wordt gekozen of gewijzigd, rijst de vraag welke begrenzings aan deze keuzeverandering zijn gesteld.

Deze vraag wordt, naar blijkt van de toelichting bij het verdrag, door het nationale procesrecht beheerst: de vraag kan derhalve slechts aan de hand van dit recht worden beantwoord.

Nieuwe instrumenten bestemd om de goede afloop van internationale contracten te verzekeren — De garanties op eerste verzoek

3. Contractanten in internationale overeenkomsten — en dat zijn vaak staten — zijn, meer dan contractanten in nationale overeenkomsten, bekommerd om de goede afloop van het contract, om uitvoering van de verbintenissen aangegaan door hun contractpartner. Dit is niet als een éénrichtingsverkeer op te vatten. Niet alleen hij die een bestelling ontvangt rekent op de goede afloop die o.m. in de vlotte betaling gestalte zal krijgen, ook de meester van het werk is er om bekommerd dat zijn bestelling goed en binnen de gestelde termijnen wordt uitgevoerd.

Voorals wanneer deze overeenkomsten een lange uitvoeringstermijn stipuleren en complexe relaties creëren waarbij een moeizaam evenwicht in prestaties werd bereikt, wanneer meerdere subcontractanten in de handel betrokken zijn, kunnen uitvoeringsproblemen rijzen ten gevolge van onvoorziene omstandigheden (overmacht, imprevisie, e.d.) (7).

Onder de instrumenten die meestal onder Angelsaksische invloed in het leven werden geroepen om de goede afloop van internationale contracten te verzekeren zijn o.m. te vermelden de „*letter of comfort*” (8), de belofte

(7) VAN OMMESLAGHE, P., „Les clauses de force majeure et d'imprévision (*hardship*) dans les contrats internationaux”, *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1980, 7.

(8) Men zou kunnen stellen dat door een *lettre de confort* een morele verbintenis wordt aangegaan bij de schuldenaar tussen te komen om hem tot het naleven van zijn verbintenissen aan te zetten. Zie hierover TERRAY, J., *La lettre de confort, Banque*, (Fr), 1980, 329-338. Soms worden de benamingen

geen zekerheden aan derden toe te staan(9), de garanties op eerste verzoek(10).

4. Het is de bedoeling in dit referaat meer in het bijzonder in te gaan op de garanties op eerste verzoek, een rechtsfiguur die sterk afwijkt van de in het Burgerlijk Wetboek omschreven borgtocht en die anderzijds ook niet gelijk te stellen is met de zg. documentaire garanties zoals b.v. het documentaire krediet(11).

Over de garanties bij eerste verzoek bestaat geen enkele Belgische wettekst. Een ontwerp van E.E.G.-richtlijn is bekend. De „Règles uniformes pour les garanties contractuelles” (20 juni 1978) vastgelegd door de Internationale Kamer van koophandel behandelen deze materie niet(12).

I. DE GARANTIES OP EERSTE VERZOEK — ALGEMENE BENADERING

5. In de garanties op eerste verzoek zijn er tenminste drie partijen(13): de begunstigde van de waarborg, de borg, de eerste verplichte (soms ook opdrachtgever genoemd omdat hij aan de bank de opdracht geeft de waarborg te verstrekken aan de begunstigde).

De begunstigde is, al naargelang de omstandigheden, de koper of de meester van het werk; de eerste verplichte is de aannemer of de verkoper; de borg is de persoon (meestal een bank) die de waarborg verstrekt.

Het kunnen er ook vier zijn wanneer de begunstigde eist dat de waarborg gegeven door een bank van zijn land zou bevestigd worden door een bank van het land van de eerste verplichte.

lettre d'intention of *lettre d'apaisement* gebruikt. Zie hierover, „Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux”, *Droit et Pratique du Commerce International* (verder D.P.C.I.), 1977, 73-122.

(9) VAN LIER, H., „Les garanties dites „à première demande” ou „abstraites”, *J.T.*, 1980, 345. Deze auteur vermeldt ook nog de verklaring van ondergeschiktheid (*déclaration de subordination*) uitgaande van de aandeelhouders, van de moedermaatschappij of van de andere schuldeisers van de schuldenaar.

(10) GRAHAM, W.C. en MATEJCEK, Q.C. JAN, „The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 49-66.

(11) In het documentair krediet dient de borg (meestal de bankier) slechts zijn verbintenis uit te voeren op voorlegging van een reeks documenten die de betrokken koopwaar beschrijven, soms zelfs ze vertegenwoordigen. Zie o.m. VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Handels- en Economisch Recht*, XIII, deel 1, nr. 47.

(12) VAN LIER, H., *o.c.*, 356.

(13) Zie Kh. Brussel, 23 december 1980, *Rev. Banque*, 1981, 627. In deze zaak is een Zwitserse firma, de N.V. Afiwa de eerste verplichte, de begunstigde is de Iraanse firma SHT Sahami Mas-hinhaye Rahsazi. De garantie op eerste verzoek werd gegeven door de Mercantile Bank of Iran and Holland en bevestigd door de Algemene Bank Nederland.

Het kunnen er nog meer zijn zo bij het contract ook toeleveringsbedrijven betrokken zijn (14).

Deze partijen staan onder elkaar in de volgende verhoudingen:

- a. Een commerciële verhouding tussen de eerste verplichte en de begunstigde, zijnde een verkoop, een dienstprestatie of een verkoop gecombineerd met dienstprestaties,
- b. Een lastgeving vanwege de eerste verplichte aan de bank om een garantie ten voordele van de begunstigde uit te schrijven,
- c. Een waarborg die wordt uitgeschreven door de bankier als lasthebber van de exporterende aannemer (de eerste verplichte) ten voordele van de begunstigde.

6. De verstrekte garantie kan betrekking hebben op verschillende verrichtingen. S. Velu in haar studie „Les garanties à première demande en droit belge” onderscheidt volgende mogelijkheden:

- a. de offerte garantie (*garantie de soumission ou d'offre, tender guarantee of bid bond, Bietungsgarantie*) die tot doel heeft de uitschrijver van een aanbesteding een vergoeding toe te kennen zo de persoon aan wie de aanbesteding werd toegekend b.v. het hem voorgelegde contract niet zou ondertekenen of zou weigeren de gevraagde garanties te verstrekken.
- b. de terugbetalingsgarantie (*garantie de remboursement d'acompte, repayment bonds, Anzahlungsgarantie*) die aan de meester van het werk de verzekering geeft dat de door hem betaalde voorschotten zullen worden terugbetaald.
- c. de uitvoeringsgarantie (*garantie de bonne exécution, Leistungsgarantie, performance bond*), die aan de meester van het werk de verzekering geeft dat hij bij de niet-uitvoering van het contract of wat als dusdanig beschouwd wordt een bepaald bedrag zal ontvangen ongeacht de reden van deze niet-uitvoering.
- d. de onderhoudsgarantie (*garantie d'entretien, maintenance bond*) die, zoals de benaming het zegt de verzekering geeft dat ook de onderhoudsverplichtingen zullen worden nagekomen.
- e. de garantie ter vervanging van de inhouding van waarborgsommen (*garantie de retenue, retention money bond*) die aan de aannemer de verzekering geeft het hem verschuldigde bedrag te ontvangen zelfs vóór definitieve ontvangst van het werk (15).

(14) Kh. Brussel, 15 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, 147.

(15) VELU, S., „Les garanties à première demande en droit belge”, in *Les garanties bancaires dans le contrats internationaux*, 212-213.

II. DE FUNCTIE EN DE KENMERKEN VAN DE GARANTIES OP EERSTE VERZOEK

7. Garanties op eerste verzoek worden o.m. in internationale contracten m.b.t. verkoop van uitrustingsgoederen, van levering van bedrijven sleutel op deur door de buitenlandse koper of meester van het werk geëist van de Belgische aannemer.

Zij komen ook vaak voor in kredietovereenkomsten die de financiering van dergelijke contracten beogen. Inderdaad, vaak zal de bankier de kredietverlening aan de meester van het werk afhankelijk stellen van het bekomen van een garantie op eerste verzoek (16).

De garanties op eerste verzoek bieden volgende voordelen:

a. de begunstigde die er beroep op doet is niet verplicht het bewijs te leveren dat de overeenkomst die hij met de aannemer (eerste verplichte) heeft gesloten niet of slecht werd uitgevoerd. Dergelijke garanties houden een vermoeden *juris tantum* in dat de borg zal betalen zonder een exceptie op te werpen geput uit de ongeldigheid of de nietigheid van de overeenkomst waarvoor een waarborg wordt gegeven. Deze waarborgen zijn juist nuttig in de internationale handel omdat ze de begunstigde niet verplichten steeds te onderzoeken o.m. of de toestemmingen van hun medecontractanten rechtsgeldig werden gegeven. Terecht worden ze soms „onvoorwaardelijke” garanties genoemd (17).

b. de eerste verplichte geniet het voordeel niet tot het immobiliseren van fondsen te moeten overgaan (18).

c. van deze nieuwe vorm van garanties die als persoonlijke zekerheden de zakelijke komen verdringen (19) werd ook verwacht dat ze in sterke mate de mogelijke betwistingen tussen de meester van het werk en de aannemer zouden beperkt hebben. De praktijk wijst uit dat zulks helemaal niet het geval is.

8. De basiskennmerken van de garanties op eerste verzoek zijn de volgende:

a. Om zijn verhaal tegen de borg uit te oefenen is de begunstigde niet verplicht vooraf aan te tonen dat de hoofdschuldenaar ergens in gebreke is gebleven.

(16) Ook in het binnenlands verkeer duiken garanties op eerste verzoek op o.m. inzake huurgaranties, zie POULLET, Y., „Les incertitudes récentes relatives à la valeur juridique de l'Assurance-caution”, *Bull. Ass.*, 1979, 5 en ook SIMONT, L. en BRUYNEEL, A., „Chronique de droit bancaire privé, Les opérations de banque”, *Rev. Banque*, 1980, 104, noot 57.

(17) *Contact*, Informatieblad van de Nationale Delcrederedienst, nr. 42, juni 1981, 3.

(18) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(19) Over de persoonlijke zekerheden, zie HEENEN, J., „Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge”, *Recueil de la Société Jean Bodin*, t. XXX, 1969, 162.

b. Aan de begunstigde die zijn verhaal tegen de borg uitoefent kunnen geen verweermiddelen worden tegengeworpen geput uit de contractuele verhoudingen tussen de borg en de eerste verplichte noch tussen de begunstigde en de eerste verplichte. Zoals Van Lier het aanstipt is de niet-tegenstelbaarheid aan de begunstigde, van de verweermiddelen geput uit de overeenkomst die hem met de eerste verplichte bindt wel enigszins bevreemdend. Inderdaad, de gegrondheid van de aanspraak van de begunstigde dient niet te worden bewezen, wat meer is, terzake wordt in principe geen discussie geduld. Men komt er aldus toe de begunstigde de mogelijkheid te geven éézijdig de eisbaarheid van de garantie te bepalen. De begunstigde dient op het woord geloofd. Hij beslist in feite soeverein over zijn garantierecht, zelfs in die mate dat het door hem gevraagde bedrag niet dient overeen te stemmen met het bedrag der geleden schade (20).

c. Het gaat om een éézijdige en zelfstandige verbintenis: de borg verbindt zich niet alleen „à titre principal”, hij onderschrijft tevens een nieuwe verbintenis, los van de contractuele verhouding die aanleiding heeft gegeven tot het verlenen van de garantie. Het is dienvolgens mogelijk dat het voorwerp, het *quantum* en de duur der beide verbintenissen niet samenvallen. Inderdaad, het bedrag waarvoor waarborg werd verstrekt kan hoger of lager liggen dan het bedrag dat door de begunstigde van de waarborg verschuldigd is aan de aannemer wanneer het contract zal uitgevoerd zijn. Ook de geldigheidsduur van de garantie is niet noodzakelijkerwijze dezelfde als deze van de basisovereenkomst. Een reden daartoe kan o.m. zijn dat de begunstigde een beveiliging wenst tegen een eventueel faillissement van de eerste verplichte.

9. Het feit dat de garantieverbintenis als een éézijdige verbintenis dient te worden aangemerkt leidt o.m. tot het gevolg dat het op deze verbintenis toepasselijk recht niet noodzakelijkerwijze het recht zal zijn van toepassing op de gewaarborgde overeenkomst. Eén van de gevolgen hiervan is dat de toepasselijke verjaringsregels deze zijn van het gemeenrecht en niet deze van de gewaarborgde overeenkomst.

Wordt het op de waarborgverbintenis toepasselijk recht in de waarborgtitel zelf gepreciseerd dan stelt er zich uiteraard terzake geen probleem. Is dat niet het geval dan zal als criterium voor het toe te passen recht gelden het land van vestiging hetzij van de maatschappelijke zetel van de bank of

(20) VAN LIER, H., o.c., 346. Zie ook Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99: „Attendu qu'il ressort des conventions ... que le bénéficiaire n'était pas tenu avant d'appeler les garanties, de faire la preuve de l'existence d'un manquement dans le chef du donneur d'ordre, puisque la banque émettrice s'obligeait à lui verser le montant de la garantie „sur simple demande”, sans pouvoir exiger de la part du bénéficiaire l'accomplissement d'aucune formalité”.

van haar *succursale* die de waarborgverbintenis heeft uitgeschreven(21). In de ons bekende betwistingen rond de uitvoering van de garanties op eerste verzoek hebben zich tot dusver m.b.t. het toepasselijk recht geen problemen gesteld.

III. DE VERHOUDINGEN TUSSEN DE BIJ DE GARANTIE OP EERSTE VERZOEK BETROKKEN PARTIJEN

A. De verhoudingen tussen de begunstigde en de borg

10. De verhoudingen tussen de begunstigde van de waarborg en de persoon (meestal een bank) die deze waarborg onderschreven heeft, worden fundamenteel gekenmerkt door het principe van de niet-tegenstelbaarheid der verweermiddelen geput uit de basisovereenkomst tussen de begunstigde en de eerste verplichte.

Onder voorbehoud van de nuanceringen die verder zullen behandeld worden zijn niet tegenstelbaar de verweermiddelen geput uit:

- a. de ongeldigheid van de basisovereenkomst tussen de eerste verplichte (de aannemer) en de meester van het werk (de begunstigde van de waarborg) ingevolge een wilsgebrek(22).
- b. de niet-uitvoering van de basisovereenkomst.
- c. de uitdoving(23) of de wijziging van de verbintenis van de eerste verplichte t.o.v. de begunstigde van de waarborg.

11. Op deze algemene regel van niet tegenstelbaarheid der verweermiddelen wordt volgende tempering aangenomen:

- a. verweermiddelen zouden kunnen geput worden uit de onwettelijkheid van de basisovereenkomst b.v. een overeenkomst die tot doel heeft bepalingen van monetaire of fiscale aard te schenden.

Zo dergelijke overeenkomsten naar Belgisch recht nietig zijn want strijdig met onze openbare orde, dan is zulks niet noodzakelijkerwijze zo in geval de overeenkomst door een ander dan het Belgisch recht zou worden beheerst. Het komt in deze eventualiteit de Belgische rechter niet toe de hoeder te zijn van de buitenlandse openbare orde. Anderzijds brengt de

(21) POULLET, Y., „Le contrat de garantie - Examen de quelques problèmes juridiques particuliers”, *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 140-141. In het E.E.G.-ontwerp van richtlijn wordt eenzelfde oplossing voorgesteld.

(22) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(23) Onder uitdoving wordt hier verstaan de uitdoving door schuldvernieuwing, schuldvergelijking of verjaring, niet de uitdovingsmiddelen die in de overeenkomst zelf worden voorzien. Zie ook vonnis geciteerd in voetnoot 22.

enkele omstandigheid dat, zo een door de Belgische wet beheerste overeenkomst een gebiedende buitenlandse wet of een buitenlandse wet van openbare orde overtreedt, niet noodzakelijkerwijze mede dat de overeenkomst strijdig zou zijn met de (Belgische) openbare orde in de zin van artikel 1133 van het Burgerlijk Wetboek. De rechter zal in dat geval uit het buitenlands recht feitelijke gegevens putten voor een toepassing van voornoemd artikel 1133(24).

De borg zal dus wanneer een buitenlandse bepaling van openbare orde wordt overtreden de rechter moeten overtuigen dat deze overtreding immoreel is naar Belgisch recht, alleen dan kan artikel 1133 B.W. worden ingeroepen om de nakoming van de verbintenis te weigeren.

b. Ook de kwade trouw of het bedrog van de begunstigde kan een grond voor verweermiddelen opleveren. Voorzeker heeft de borg met de basisovereenkomst niets te maken. Er zijn evenwel omstandigheden waaruit blijkt dat de vraag van de begunstigde zo buitensporig is dat er alleen kwade trouw of bedrog in het spel kan zijn (25). Door de Engelse rechtspraak wordt de kwade trouw eveneens als grond voor een verweermiddel aangemerkt: „the only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice” (26). Zulks is ook het geval in Nederland (27), Spanje (28), Frankrijk (29). Het Italiaans recht is terzake minder formeel (30).

Het moet vanzelfsprekend gaan om een overduidelijke in het oog springende kwade trouw of bedrog. Volgens Van Lier zal het verweermiddel geput uit de kwade trouw of uit het bedrog moeten verworpen worden wanneer het bewijs ervan het aanbrengen van bijkomende gegevens vergt, getuigenissen van derden enz... Men moet, aldus Van Lier, vermijden dat

(24) RIGAUX, F., noot bij Kh. Brussel, 19 april 1968, *B.R.H.*, 1968, 787. Vgl. „de toepassing van het Belgisch recht houdt niet in dat internationale gebruiken, die wel deel kunnen uitmaken van de interne rechtsorde, buiten beschouwing moeten worden gelaten”, Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(25) In die zin VAN LIER, H., o.c., 355 steunend o.m. op POULLET, Y., „Les garanties contractuelles dans le commerce international”, *D.P.C.I.*, 1979, 424-427; zie ook Kh. Brussel, 15 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, 147 m.b.t. een geval van collusie tussen de begunstigde en de onderneming waarmee de eerste verplichte een toeleveringsovereenkomst had gesloten. „De financiële instelling zal verder het recht en de plicht hebben kennelijk willekeurige of bedrieglijke *claims* te weigeren en evenmin een *claim* honoreren die indruist tegen de (interne en internationale) openbare orde”, Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361. Zie ook Voorz. Kh. Brussel, 23 december 1980, *Rev. Banque*, 1981, 627 en Voorz. Kh. Brussel, 16 december 1980, *Rev. Banque*, 1982.

(26) ELLAND-GOLDSMITH, „Performance bonds in English courts”, *D.P.C.I.*, 1978, 151-156.

(27) PABBRUWE, H.J., „The first demand (Bank) guarantee in dutch law”, *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 199.

(28) CREMADES, J.A., „Les garanties bancaires à première demande en droit espagnol”, *ibid.*, 255.

(29) VILLEREY, A., „Les garanties bancaires en droit français”, *ibid.*, 274-275.

(30) MANZONI, A., „Les garanties bancaires en droit italien”, *ibid.*, 301.

het introyen van kwade trouw een middel wordt om de naleving van de waarborgverbintenis te weigeren (31).

De rechter zal hier uiteraard voor een moeilijke opgave staan. Hij moet zoeken naar een evenwicht tussen het recht waarop de begunstigde van de waarborg een aanspraak kan maken en het onbillijke hem dit recht toe te kennen wanneer hij manifest te kwader trouw is of hem bedrog kan worden aangewreven. O.i. is het dan ook onjuist dit zoeken naar evenwicht ten laste van de borg te leggen (32).

c. Verweermiddelen kunnen ook geput worden hetzij uit de betrekkingen tussen de borg en de begunstigde (persoonlijke verweermiddelen) of uit de tekst van de waarborg zelf (letterlijke of *faciale* verweermiddelen).

Tot de eerste categorie behoort het eerder zeldzame geval van schuldvergelijking. Vaker zal beroep kunnen gedaan worden op de verweermiddelen die uit de tekst van de waarborgtitel zelf kunnen geput worden. Zo zal de begunstigde niet kunnen eisen dat de borg andere verplichtingen zou nakomen dan deze die in het waarborgdocument voorzien zijn b.v. terzake van termijnen (33), of plaats van betaling, van de munt waarin de betaling dient te geschieden, enz... (34).

B. De betrekkingen tussen de borg en de eerste verplichte

12. Wanneer de borg zijn verplichtingen is nagekomen zal hij zich tegen de eerste verplichte keren om de vergoeding van zijn prestaties te vragen. Het gaat hier niet om een indeplaatsstelling (art. 1249 B.W.) omdat de borg niet de schuld van iemand anders heeft betaald. Zoals reeds werd onderstreept geeft de hier behandelde waarborg aanleiding tot een nieuwe hoofdverbintenis die zelfstandig is t.o.v. de gewaarborgde verbintenis. Door zijn verbintenis na te leven doet de borg niets meer dan zijn eigen verbintenis nakomen, niet deze van de eerste verplichte.

In de overeenkomst gesloten tussen de borg en de eerste verplichte wordt niet alleen bepaald welk commissieloon aan de borg verschuldigd is, maar

(31) VAN LIER, H., *o.c.*, 355.

(32) Voorz. Kh. Brussel, 23 december 1980: „attendu que le garant d'abord — et non le juge — doit veiller à trouver un équilibre entre le droit du bénéficiaire d'appeler la garantie même si l'exécution ou la validité du contrat de base faisait l'objet de contestations entre parties et l'inéquité qui consisterait à reconnaître au bénéficiaire ce droit alors même que sa mauvaise foi ne pourrait échapper au garant”, *Rev. Banque*, 1981, 627.

(33) Zie evenwel het bepaalde in nr. 22.

(34) Voorz. Kh. Brussel, 16 december 1980 (kort geding - te verschijnen in *Rev. Banque*): „het abstract karakter van de bankwaarborg „op eerste aanvraag” duldt slechts twee uitzonderingen, die door de bankier aan de begunstigde kunnen worden opgeworpen, te weten: 1) excepties afgeleid uit de tekst zelf van de garantie, 2) kennelijk bedrog of kwade trouw van de begunstigde die zonder grondig onderzoek van de bankier kunnen ontdekt worden”.

bovendien dat de eerste verplichte, zo de borg de waarborgverbintenis heeft moeten uitvoeren, het door de borg betaalde bedrag zal terugbetalen(35).

De naam die men aan deze overeenkomst geeft lijkt ons irrelevant. Van Lier stelt de benaming „*dation de crédit personnel*” voor, hierin de suggestie van J. Van Ryn en J. Heenen terzake van het onherroepelijk krediet volgend(36).

Het komt niet aan de eerste verplichte toe verweermiddelen in te roepen gesteund op de omstandigheden eigen aan de uitvoering van de basisovereenkomst(37).

Volgens Van Lier zou de eerste verplichte wel de vergoeding kunnen weigeren indien de borg de gelegenheid had zich met succes te verzetten tegen het verzoek van de begunstigde(38). Dit standpunt dient o.i. te worden genuanceerd. Indien de bank zich tegen de vraag van de *beneficiaris* kon verzetten en zulks niet heeft gedaan m.a.w. betaald heeft dan wanneer zulks niet nodig was dan zal de bank deze betaling niet mogen afwentelen op de eerste verplichte(39) maar dat laat o.i. haar recht op het commissieloon voor de lastgeving die zij heeft waargenomen onverkort.

C. Verhoudingen tussen de begunstigde en de eerste verplichte

13. De problemen die hier kunnen rijzen houden verband met het zelfstandig karakter van de waarborg. Zoals reeds gezegd is het mogelijk dat het door de borg betaalde bedrag hoger is dan hetgeen door de eerste verplichte verschuldigd was. Het is logisch dat de eerste verplichte het teveel betaalde op de begunstigde zal verhalen. Overeenkomsten dienen inderdaad te goeder trouw te worden uitgevoerd.

Het is ook mogelijk dat op de garantie op eerste verzoek een beroep werd gedaan omdat de gewaarborgde overeenkomst wegens een politiek feit niet kon worden uitgevoerd. De eerste verplichte zal zich dan meestal niet tegen de begunstigde keren omdat dit risico — soms tot 90 % van het

(35) Een voorbeeld: „Il est convenu que vous (de eerste verplichte) nous (de borg) autorisez irrévocablement à exécuter notre engagement de garantie susvisé dans les conditions prévues à première demande du bénéficiaire, et que vous renoncez expressément à vous prévaloir de l'article 2031 du Code Civil, votre compte en nos livres pouvant être débité d'office de tous montants en principe, intérêts ou frais quelconques que nous serions amenés à décaisser du chef de cet engagement”, Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

(36) VAN LIER, H., *o.c.*, 355 verwijzend naar VAN RYN en HEENEN, J., „Principes de Droit Commercial”, nr. 2170.

(37) VAN LIER, H., *o.c.*, 356 die o.m. ter illustratie een arrest van het hof van beroep te Parijs van 22 juni 1978 citeert. Zie ook VILLEREY, A., *o.c.*, 268.

(38) VAN LIER, H., *o.c.*, 356.

(39) Kh. Brussel, 21 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 140.

geleden verlies — door de Nationale Delcrederedienst wordt gedragen(40).

IV. DE RECHTMATIGHEID VAN DE GARANTIE OP EERSTE VERZOEK NAAR BELGISCH RECHT

14. Er bestaat in België geen wettelijke regeling m.b.t. de garanties op eerste verzoek. In de ons omringende landen doet zich eenzelfde toestand voor. Volgens Van Lier maakt hierop uitzondering de Duitse Bondsrepubliek waar voornoemde garanties een juridisch steunpunt vinden in artikel 780 van het B.G.B.(41), een standpunt dat door sommigen wordt betwist(42). Alleen in de U.S.A. bestaat een specifieke wettekst, de Miller Act die de rechtsfiguur der garanties *on call* of *upon first demand* regelt(43).

In een recent vonnis stelt de rechtbank van koophandel te Brussel: „de garanties op eerste verzoek zijn volstrekt geldig en overigens niet onbekend in het Belgisch recht. In beginsel mag ieder zich vrij verbinden ten onafhankelijke titel iets te presteren of te betalen indien een begunstigde geen prestatie of betaling bekomt.

Dergelijke hoofdverbintenis bestond reeds in het Romeins recht en werd in latere rechtsstelsels als geldig ervaren”(44).

Tot eenzelfde conclusie komt ook het hof van beroep te Brussel in een arrest van 18 december 1981.

Trots deze zeer uitdrukkelijke verklaring past het de wettelijkheid van de garanties op eerste verzoek te toetsen in functie van de drie aspecten waaronder de verbintenis dikwijls benaderd wordt, te weten éénzijdigheid, autonomie, abstract karakter.

15. De erkenning van de éénzijdige wilsuïting als bron van verbintenissen wordt vrij algemeen in België aanvaard(45).

(40) VELU, S., *o.c.*, 246. Inzake de weerslag van een nationalisatie der bank die de tegenwaarborg heeft verleend, zie Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

(41) VAN LIER, H., *o.c.*, 356.

(42) PLEYER, K., „L'appréhension des garanties par le droit de la République fédérale allemande”, in *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 189.

(43) VAN LIER, H., *o.c.*, 356.

(44) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(45) DE PAGE, H., II, 519-520; VAN RYN, J., *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté, Mélanges Dabin*, 953 (met enige reserves); VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de jurisprudence concernant les obligations”, *R.C.J.B.*, 1975, 629; VELU, S., *o.c.*, 227-228. Anders COIPEL, M., „La théorie de l'engagement par volonté unilatérale”, *R.C.J.B.*, 1980, 61.

De waarde van dergelijke éézijdige wilsuïting werd door het hof van cassatie bekrachtigd in een arrest van 18 december 1974 (46), zij het dan wel in een bijzondere aangelegenheid (47).

Is deze theorie toepasselijk op de garanties op eerste verzoek? O.i. dient hier het volgende onderscheid te worden gemaakt. In een eerste fase doet de bankier een aanbod tot het verstrekken van een garantie. Hierop volgt geen onmiddellijke aanvaarding van de begunstigde al was het maar omdat deze de waarde van de aangeboden borg zal wensen te onderzoeken. Gedurende een bepaalde tijd zal de *pollicitant* door zijn aanbod gebonden blijven en is zijn éézijdige wilsuïting voor hem bron van een verbintenis. Tot de aanvaarding door de begunstigde blijft men buiten het contractueel gebied. Die aanvaarding komt er uiteraard, zij zal o.m. kunnen worden afgeleid uit het feit dat de begunstigde op grond van de hem verstrekte zekerheid de beslissing zal nemen zijn bestelling te plaatsen (48).

16. De garanties op eerste verzoek hebben een waarborgfunctie net zoals een kredietverzekering (49), een delegatieovereenkomst (50), een onherroepelijk krediet (51). Het autonome karakter van deze overeenkomsten wordt niet betwist (52). De rechtspraak m.b.t. de garanties op eerste verzoek heeft t.a.v. deze garanties eenzelfde standpunt ingenomen (53). Het past o.i. hieraan een feitelijk gegeven toe te voegen waarvan het belang niet mag worden onderschat. Zoals door een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel werd onderstreept is de onafhankelijkheid

(46) R.W., 1974-75, 1827.

(47) JAMOULLE, M., „Examen de Jurisprudence - 1975 à 1977 - Contrat de travail”, R.C.J.B., 1978, 596, voetnoot 41; zie ook MAGREZ, M. en MAGREZ, G., „L'évolution de la notion de rémunération en droit de la sécurité sociale”, R.C.J.B., 1979, 518-520.

(48) Vgl. VAN OMMESLAGHE, P., „Rechtsverwerking en afstand van recht”, T.P.R., 1980, 738. „L'acte juridique unilatéral sortit ses effets en principe par le seul fait de l'émission de la volonté; à moins qu'il ne s'agisse d'un acte réceptice; en ce cas, l'acte ne peut se former que si la volonté a été portée à la connaissance de celui auquel l'acte était destiné. A tout le moins suivant la théorie qui prévaut en Belgique, il faut que ce dernier ait eu la possibilité d'en prendre connaissance” (Cass., 16 juni 1960, R.C.J.B., 1962, 301 met noot HEENEN, J.).

(49) DE PAGE, H., VI, nr. 884.

(50) VAN OMMESLAGHE, P., „Chronique de jurisprudence”, R.C.J.B., 1975, 667-669.

(51) VAN RYN, J. en HEENEN, J., o.c., 2168.

(52) VELU, S., o.c., 229-230 die ook verwijst naar art. 2012 al. 2 B.W. „Men kan zich niettemin borg stellen voor een verbintenis, al mocht die kunnen vernietigd worden door een exceptie die alleen de verbodene persoonlijk betreft, b.v. in geval van minderjarigheid”. Dezelfde auteur stipt bovendien aan dat de mogelijkheid die de wet biedt om de verbintenis van een onbekwame te waarborgen door de Italiaanse rechtspraak wordt aangewend om de geldigheid van de garantie bij eerste verzoek te staven.

(53) „La garantie à première demande n'est pas accessoire, le garant s'engageant non pas à payer la dette d'autrui mais bien à assurer au bénéficiaire, même non créancier, la sécurité absolue de bonne fin de l'opération”, Kh. Brussel, 15 januari 1980, B.R.H., 1980, 147 vooral 153-154. Zie ook Brussel, 18 december 1981, Rev. Banque, 1982, 99.

van de verbintenis van de garant vaak determinerend voor het sluiten van de onderliggende overeenkomst(54).

17. In de rechtsleer wordt vrij algemeen aanvaard dat een abstracte verbintenis tot stand kan komen los van een tussenkomst van de wetgever en zulks op grond van artikel 1134 B. W. (55). Alleen Van de Putte stelt dat een verbintenis zonder oorzaak, afgezien van bijzondere gevallen (i.e. de bijzondere rechtsinstellingen die van de wetgever, soms van het gebruik, een eigen statuut verkregen en die gekenmerkt zijn door het feit dat het gemis aan oorzaak niet kan ingeroepen worden) moeilijk aanvaardbaar lijkt(56).

Inzake onherroepelijk documentair krediet wordt dit abstract karakter dat evenmin het voorwerp is van een specifieke wetsbepaling niet meer betwist(57).

Dat uit het arrest van het hof van cassatie van 13 november 1969 een andere conclusie werd getrokken berust, aldus P. Van Ommeslaghe, op een verkeerde interpretatie van het arrest waarvan, het hoeft te worden onderstreept, de formulering niet heel gelukkig is(58). Om elke moeilijkheid uit de weg te ruimen stelt S. Velu voor dat de verbintenis van de borg haar oorzaak vindt in de contractuele verhouding die bestaat tussen de garant en de eerste verplichte: de borg wil zijn verbintenis tegenover de eerste verplichte uitvoeren o.m. om de hem verschuldigde commissielonen te innen(59).

18. De Belgische rechtspraak m. b. t. de garantie op eerste verzoek is nog niet overvloedig. Een zestal beslissingen werden gepubliceerd (waarvan twee in résumé), enkele beslissingen zijn nog niet aan een publicatie toe. Overduidelijk blijkt dat de Belgische rechter zich met deze, voor het Belgisch recht onbekende figuur heeft moeten vertrouwd maken. Vandaar heel wat aarzelingen.

(54) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(55) DEPAGE, H., II, nr. 479quinquies; VAN OMMESLAGHE, P., *R.C.J.B.*, 1970, 361-362, nr. 22; DE GAVRE, J., en SIMONT, L., „Examen de Jurisprudence”, *R.C.J.B.*, 1975, 631-633, nr. 77; VAN LIER, H., *o.c.*, 352; VAN RYN, J. en HEENEN, J., *o.c.*, nr. 2561.

(56) VAN DE PUTTE, R., *De Overeenkomst*, 92-93.

(57) VAN GERVEN, W., *o.c.*, nr. 47; zie ook Kh. Brussel, 27 februari 1978, *B.R.H.*, 1979, 8.

(58) VAN OMMESLAGHE, P., „Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, *R.C.J.B.*, 1970, 361 die er aan toevoegt: „s'il fallait d'ailleurs interpréter l'arrêt autrement, il ne pourrait, nous semble-t-il être approuvé sur ce point”. In dezelfde zin VAN LIER, H., *o.c.*, 352.

(59) VELU, S., *o.c.*, 231 die in deze oplossing de toepassing ziet van de door VAN OMMESLAGHE, P. voorgestelde bepaling van de oorzaak: „la cause est constituée par les motifs et mobiles essentiels qui ont poussé les parties à contracter”.

Zo ontkent een vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 7 augustus 1979 het abstract karakter van de waarborg op eerste verzoek. Dit vonnis verwijst naar het reeds geciteerde arrest van het hof van cassatie van 13 november 1969, geïnterpreteerd in de zin dat een abstracte verbintenis slechts ingevolge een wetsbepaling tot stand kan komen. De betekenis van de waarborg op eerste verzoek wordt door voornoemd vonnis van de Brusselse rechtbank van koophandel gereduceerd tot een ommekeer van de bewijslast (60).

Ook in haar vonnis van 21 november 1979 wijst de rechtbank van koophandel te Brussel het abstract karakter van de betwiste garantie af (61). Trots overduidelijk blijkt uit de in het vonnis opgenomen verbintenistekst dat het gaat om een garantie op eerste verzoek behandelt de rechtbank de haar voorgelegde betwisting vanuit de gezichtshoek van het documentair krediet (62). Weliswaar stelt de rechtbank dat de bankier die de waarborg van goede afloop heeft verleend, moet betalen zodra aan de voorwaarde om beroep te doen op de waarborg voorzien in de waarborgakte voldaan is, zonder dat hij vooraf nog de gegrondheid moet onderzoeken van de grieven die de begunstigde van de waarborg tegen de uitvoering van het basiscontract inbrengt, maar zij is van oordeel dat aan de verbintenis resulterend uit de garantie op eerste verzoek is voldaan wanneer uit het cognossement blijkt dat de goederen van de gevraagde kwaliteit zijn, goed verpakt werden en verscheept. De bij de aankomst vastgestelde averij is voor rekening van diegene die instond voor het zeetransport. Hier wordt o.i. de eigenlijke functie van de waarborg op eerste verzoek miskend.

Vooruitlopend op de lijn die de consulaire rechtspraak te Brussel vanaf 1980 zal innemen is een vonnis te vermelden van de rechtbank van koophandel te Charleroi van 16 maart 1972 dat het abstract karakter van een waarborgbrief bevestigt en er de geldigheid van aanneemt (63).

Het is pas in een vonnis van 15 januari 1980 andermaal van de rechtbank van koophandel te Brussel dat het abstract karakter van de verplichting van de garant tot betaling op „eerste verzoek” wordt erkend, zij het dan ook dat de rechtbank hierop uitzonderingen aanvaardt, b.v. bij kennelijk misbruik door de verzoeker (64).

(60) *B.R.H.*, 1980, 146 (gedeeltelijke publicatie). Dit vonnis werd hervormd bij arrest van het hof van beroep te Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

(61) *B.R.H.*, 1980, 140.

(62) MATRAY, „L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles”, *Rev. Banque*, 1974, 282.

(63) Geciteerd door SIMONT, L. en BRUYNEEL, A., „Chronique de droit bancaire”, *Rev. Banque*, 1980, 101, nr. 42.

(64) *B.R.H.*, 1980, 147.

In dezelfde lijn blijft het vonnis van dezelfde rechtbank van 16 december 1980 (65), het vonnis van 23 december 1980 (66) evenals dat van 11 maart 1981.

In dit laatste vonnis onderschrijft de rechtbank — zij het met enkele reserves — het standpunt van de eisende partij die voorhoudt: „... de zekerheid gegeven door verweerster is een „abstracte garantie”, in die zin dat de garantie moet worden geabstraheerd van de rechtsverhouding tussen begunstigde en debiteur” (67).

In een niet gepubliceerde beslissing van de rechtbank van koophandel te Brussel van 23 oktober 1980 (G.B.M. t. Eurosystem Hosp.) wordt eveneens het abstract karakter van de verbintenis aangehouden.

19. De tendens die zich nu in de rechtspraak aftekent, kan worden beaamd.

Voorzover „abstractie” duidt op het al dan niet aanwezig zijn van een oorzaak, heeft voornoemde cassatierechtspraak het mogelijk bestaan van een verbintenis „zonder oorzaak” slechts aanvaardbaar geacht zo een wetbepaling dit toelaat.

Het lijkt geen twijfel dat de overeenkomst van garantie op eerste verzoek een geldige oorzaak gedefinieerd als „(les) buts poursuivis par les parties et (les) mobiles en fonction desquels elles ont contracté dans la mesure où ces buts et ces mobiles peuvent être pris en considération par le droit” (68) heeft, te weten het afsluiten van een belangrijke handelsverrichting.

Voorzover „abstractie” benaderd wordt in dezelfde geest als dit het geval is bij de problematiek gerezen omtrent het abstract karakter van waardepapieren, nl. m.b.t. het probleem te weten of en in welke mate de betrokken verbintenis kan beïnvloed worden door het lot van de onderliggende verbintenis, dient de nadruk gelegd op een fundamenteel verschil tussen de benadering bij waardepapieren en bij garantie op eerste verzoek. De onderliggende verbintenis is immers, bij waardepapieren, de werkelijke tegenprestatie van de onvoorwaardelijke verbintenis tot betaling, wijl bij de garantieovereenkomst, niet de uitvoering van de „onderliggende handelsovereenkomst” de tegenprestatie uitmaakt van de garantieverlening, doch de loutere bezoldiging van de garant, wijl de onderliggende overeenkomst enkel door haar „bestaan” (dan wel door het in

(65) *Rev. Banque*, 1982.

(66) *Rev. Banque*, 1981, 627.

(67) *B.R.H.*, 1981, 361.

(68) VAN OMMESLAGHE, P., o.c., *R.C.J.B.*, 1970, 327, noot 24.

voorzicht stellen van haar afsluiting) van belang is, als „aanleiding” van de garantieovereenkomst.

De contractpartners hebben, zoals hogerop vermeld, bij de overeenkomst van garantie op eerste verzoek, uitdrukkelijk, of ten minste impliciet (mede gezien de inmiddels ontwikkelde handelsgebruiken op het stuk van garantie op eerste verzoek) gesteld dat het lot van de handelsovereenkomst welke wordt gegarandeerd, irrelevant is t.a.v. de uitvoering van de garantieovereenkomst.

Zij vermogen dit naar Belgisch recht, bij toepassing van het artikel 1134 B.W. (69).

De uitvoering van deze autonoom geldige overeenkomst (zie nr. 16) dient te geschieden overeenkomstig de rechten en verplichtingen die de contractpartijen rechtsgeldig hebben doen ontstaan. Aldus is er inderdaad sprake van een „abstract” karakter van de verbintenis doch slechts in de mate dat men het heeft over de verbintenis tussen de borg en de begunstigde en zelfs dan kent het abstract karakter begrenzingen.

Zoals in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 11 maart 1981 wordt aangestipt wil de begunstigde vermijden dat de financiële instelling of verzekeraar betaling zou weigeren onder voorwendsel dat er betwistingen zijn nopens de geldigheid of uitvoering van de onderliggende verbintenis. Hiermede wordt evenwel elke band met de onderliggende overeenkomst niet verbroken; de begunstigde zal uiteraard slechts aanspraak kunnen maken op de waarborg in de grenzen bepaald door de akte waarmee waarborg wordt gegeven, dit houdt in dat de begunstigde slechts zal mogen aanspraak maken op rechten die verband houden met de gewaarborgde verbintenis en dat de garant desnopens ook een summier onderzoek zal moeten instellen (70).

Aan deze eerste beperking dient er een tweede te worden toegevoegd. De uitvoering van de verbintenis door de borg sluit niet uit dat hij later van de begunstigde de betaalde bedragen zou terugvorderen zo b.v. zou blijken dat de onderliggende verbintenis correct werd uitgevoerd en er dus ten onrechte werd betaald (71).

20. Van abstractie kan anderzijds tussen de borg en de eerste verplichte geen sprake zijn. In zijn werk „L'obligation abstraite et droit interne et en droit comparé” stelde H. De Page terecht: „L'obligation du garant n'est

(69) Eenzelfde oplossing geldt naar Spaans recht (CREMADES, J.A., *o.c.*, 251), naar Frans recht (VILLEREY, A., *o.c.*, 265) en naar Italiaans recht (MAZZONI, A., *o.c.*, 280).

(70) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361.

(71) VELU, S., *o.c.*, 231-232 steunend op VAN OMMESLAGHE, P., *R.C.J.B.*, 1970, 362, nr. 23.

en effet abstraite qu'à l'égard du bénéficiaire et non vis à vis du donneur d'ordre, de telle sorte que la règle ne joue que lorsque des tiers sont en cause; il n'y a pas d'obligation abstraite entre parties'' (72).

Dit standpunt werd bijgevallen door het hof van beroep te Brussel dat in het reeds geciteerde arrest van 18 december 1981 stelde: „il apparaît que la cause de l'engagement de *garantie à première demande peut être trouvée dans le rapport contractuel existant entre le garant et le donneur d'ordre*: il s'agit de la volonté du garant d'exécuter son engagement envers le donneur d'ordre, en vue notamment de percevoir les commissions qui lui sont dues par celui-ci; qu'ainsi l'engagement de *garantie à première demande* ne se heurte à aucune interdiction légale'' (73).

V. PRAKTISCHE MOEILJKHEDEN BIJ DE UITVOERING VAN DE GARANTIE OP EERSTE VERZOEK

21. Een eerste moeilijkheid resulteert uit de onnauwkeurige benamingen die soms worden gegeven aan de hier besproken rechtsfiguur.

Zo wordt in de bankpraktijk vaak het woord *cautionnement* gebruikt voor zekerheden die niets te maken hebben met de borgtocht. Zelfs het woord *garantie* heeft in de internationale handelspraktijk een vrij dubbelzinnige betekenis. Trots de verwijzing naar de rechtsfiguur van de borgtocht zal de rechter op grond van de inhoud van de waarborgtitel deze naar zijn juiste aard moeten beoordelen. Een praktische toepassing hiervan vinden we in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 11 maart 1981. Trots het feit dat in de akte waarrond de betwisting is gerezen verwezen wordt naar de rechtsfiguur van de borgtocht behandelt de rechtbank de verbintenis als een garantie op eerste verzoek omdat zulks de gemeenschappelijke bedoeling der partijen is geweest (74).

(72) *O.c.*, 52 e.v. Vgl. de theorie van RONSE m.b.t. de formele en materiële abstractie inzake de wisselbrief. Zie ook DASSESE, M., „Moyens de défense opposables par les signataires d'une lettre de change au porteur immédiat — Suite d'une controverse'', met de aldaar geciteerde rechtspraak en rechtsleer, *B.R.H.*, 1981, 555.

(73) Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

(74) Kh. Brussel, 11 maart 1981, *B.R.H.*, 1981, 361. Ook POULLET, Y., „Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe'', in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 20, voetnoot 29 wijst op dit terminologisch probleem: „La jurisprudence européenne atteste de la non-relevance des appellations utilisées: l'emploi du mot „cautionnement'' ne signifie pas toujours l'octroi d'une garantie accessoire''.

Adde.: „attendu que l'utilisation du terme „cautionnement'' plutôt que celui de garantie est sans influence sur la qualification de l'obligation souscrite, dès lors qu'il est constant que la langue arabe use du même vocable pour désigner indifféremment ces deux concepts'', Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

22. In principe wordt in de garantietitel bepaald welke de uiterste termijn is binnen dewelke op de garantie op eerste verzoek beroep dient te worden gedaan. Tal van landen optredend als begunstigden, eisen evenwel dat geen termijn zou worden bepaald of dat aan de begunstigde het recht wordt gegeven éenzijdig deze termijn te mogen verlengen. Zulks is o.m. het geval voor Lybië, Iran, Turkije, Indië, Jordanië(75) en voor Syrië(76). Zo ook wordt vaak door de begunstigde geëist dat het voorwerp van de gewaarborgde overeenkomst zou kunnen worden gewijzigd(77).

23. Heeft de bank het recht de gevraagde betaling te weigeren voor zover de in de overeenkomst van garantie gestelde voorwaarden geëerbiedigd zijn?

Zoals reeds werd gezegd heeft de bank slechts in twee gevallen het recht de betaling te weigeren: de gewaarborgde overeenkomst is strijdig met de openbare orde of de aanspraak van de begunstigde is klaarblijkelijk buitensporig.

Het zal vaak moeilijk zijn voor de bank te oordelen of de vraag van de begunstigde buitensporig is. Om moeilijkheden te vermijden zal de bank zich tot de eerste verplichte wenden om diens richtlijnen te kunnen opvolgen. Het gebeurt ook dat de eerste verplichte zelf het initiatief neemt en de bank verbiedt te betalen.

Het gaat hier uiteraard om een feitelijk optreden waaraan de betrokken partijen een geldigheid trachten te geven door een beroep op de voorzitter van de rechtbank van koophandel zetelend in kort geding.

De aanleggende partij kan zijn:

- a. de begunstigde aan wie de betaling wordt geweigerd en die zich keert tegen de eerste verplichte en tegen de borg(78),
- b. de eerste verplichte die zich verzet tegen de betaling door de bank(79).

De door de voorzitter genomen beslissing leidt in bepaalde gevallen tot een voorlopige opschorting van betaling of tot het verwerpen van het verzoek tot niet betaling.

(75) VELU, S., *o.c.*, 237.

(76) „Attendu qu'en Syrie comme au Liban, et plus généralement au Moyen-Orient, les garanties exigées par les administrations publiques sont des garanties sans fixation de durée de validité, le garant s'engageant à les renouveler indéfiniment à chaque échéance, à moins qu'il ne consigne le montant garanti ou qu'il ne soit déchargé par le bénéficiaire de son engagement de garant. A défaut de renouvellement exprès, la garantie est censée renouvelée tacitement, indéfiniment”, Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982, 99.

(77) VELU, S., *o.c.*, 237-238.

(78) Voorz. Kh. Brussel, 15 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, 147.

(79) Voorz. Kh. Brussel, 16 december 1980, *onuitgegeven*; Voorz. Kh. Brussel, 23 december 1980, *Rev. Banque*, 1981, 627.

24. Moeilijkheden kunnen zich ook voordoen wanneer de bank op het verzoek tot betaling vanwege de begunstigde ingaat en vervolgens de eerste verplichte voor het corresponderende bedrag debiteert. Het door het hof van beroep te Brussel behandelde geval is een schoolvoorbeeld van dergelijke moeilijkheden (80).

Conclusie

De geldigheid van de garantie op eerste verzoek wordt principieel niet meer betwist. Het is evenwel zeer de vraag of de Belgische exporteurs terzake voldoende ervaring hebben en zich bewust zijn van de gevaren die inherent zijn aan het verstrekken van dergelijke garanties (81). Wellicht is daar de uitleg te zoeken voor het feit dat de bij deze garanties betrokken partijen niet steeds bereid zijn de aan deze rechtsfiguur inherente consequenties te aanvaarden. Men mag dan ook verwachten dat in de eerstkomende jaren de betwistingen terzake vrij talrijk zullen blijven.

Bijlage 1

Model van terugbetalingsgarantie (82).

Messieurs,

Conformément aux dispositions de la lettre de commande que vous avez adressée à (nom de la société) le sous le numéro, vous vous êtes engagés à lui payer la somme de F.F., égale à 20 % du montant des prestations correspondantes, prévues dans la lettre de commande, contre remise d'une caution de restitution d'avance.

En garantie des obligations de (société) figurant dans la lettre de commande ci-dessus, nous nous engageons irrévocablement, par la présente lettre, à vous rembourser indépendamment de la validité des effets juridiques du contrat en question, à première réquisition de votre part et sans faire valoir d'exception, ni d'objection résultant dudit contrat, le montant de (des) l'avance(s) contre remise d'une demande de paiement écrite de votre part, attestant que (société) n'a pas exécuté ses obligations selon les modalités fixées dans la lettre de commande sus-mentionnée.

Le montant cumulé de notre engagement, en vertu de la présente garantie, ne pourra en aucun cas excéder la somme de (même que ci-dessus) Francs français.

Conformément à la commande mentionnée ci-dessus, le montant du présent engagement sera réduit au fur et à mesure des livraisons par (société).

(80) Brussel, 18 december 1981, *Rev. Banque*, 1982.

(81) In *Contact*, het informatieblad van de Nationale Delcrederiedienst, nr. 42, juni 1981, 5-15 worden als belangrijkste gevaren aangestipt: de geldigheidsduur, het bedrag en de voorwaarden — of eerder het ontbreken van voorwaarden — waaraan de verbintenis van de bank is verbonden. De Nationale Delcrederiedienst wijst er de verzekerden op dat ze naar de mate van het mogelijke moeten trachten te verkrijgen dat de bankgaranties niet op eerste verzoek en zonder rechtvaardiging kunnen worden opgevorderd en niet kunnen worden verlengd naar goeddunken van de begunstigde, *Contact*, nr. 43, september 1981, 21.

(82) Zie randnummer 6 b.

Cette mainlevée partielle se fera contre remise, à nous-mêmes, par (société) du reçu de la attestant que le matériel est pris en charge, et qui devra avoir été visé par vous-même. Cette mainlevée interviendra au fur et à mesure des livraisons à concurrence de 20 % de leur montant.

La présente garantie prendra effet lorsque l'avance de F.F. aura été payée à (société) comme prévu à l'annexe 1 de la lettre de commande.

Bijlage 2

Model van uitvoeringsgarantie (83)

Dear Sirs,

Since you have awarded our clients Messrs (, the manufacturing company) a contract (, the contract'') for (machines or furniture) item(s) n° we (, the guarantor'') hereby irrevocably and unconditionally guarantee the payment to you of FF being 5 % of the value of the Contract and accordingly covenant and agree as follows :

(a) On the Manufacturing Company's failure to fulfil any of the conditions of the Contract as determined by you in your absolute judgement the Guarantor shall forthwith on demand made by you in writing and notwithstanding any objection by the Manufacturing Company pay you such amount or amounts as you shall require not exceeding in aggregate the above mentioned amount of FF by transfer to an account in your name at such bank in France as you shall stipulate or in such other manner as shall be acceptable to you.

(b) Any payment made hereunder shall be made free and clear of, and without deduction for or on account of, any present or future taxes, levies, imposts, duties, charges, fees, deductions or withholdings of any nature whatsoever and by whomsoever imposed.

(c) The covenants herein contained constitute unconditional and irrevocable direct obligations of the Guarantor. No alteration in the terms of the Contract or in the extent or nature of the work to be performed thereunder and no allowance of time by you or other forbearance or concession or any other act or omission by you which but for this provision might exonerate or discharge the Guarantor shall in any way release the Guarantor from any liability hereunder.

(d) This guarantee shall remain valid and in full force and effect up to the end of the day of (month) (6 months after delivery) of the year 1981.

(e) The Guarantor represents and warrants that the amount of the guarantee herein contained does not exceed 20 per cent of the total of the paid up Capital and Reserves of the Guarantor.

(f) This guarantee is governed by and shall be construed in accordance with the laws and regulations of the

Bijlage 3

Model van terugbetalingsovereenkomst tussen de eerste verplichte en de borg (84)

„Le soussigné (de eerste verplichte) déclare par la présente qu'il prend l'engagement formel de rembourser à la banque X à première requête, tous montants éventuellement dûs par celle-ci du chef de la garantie décrite plus loin et ce jusqu'à concurrence du montant de la dite garantie augmenté des

(83) Zie randnummer 6 c.

(84) Zie randnummer 12; tekst afgedrukt in het vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel, 21 november 1979, *B.R.H.*, 1980, 140.

intérêts et accessoires. Il est bien entendu en outre que le soussigné supportera tous les frais et dépenses de quelque nature qu'ils soient, qui seraient occasionnés à la banque à raison de cette garantie et notamment tous les frais de justice, honoraires d'avocats et autres que la banque pourrait avoir à payer si des difficultés surgissaient à l'occasion de cette garantie. Le remboursement sera exigible sur simple présentation des pièces ou de leur copie attestant paiement par la banque X et sans que preuve plus ample doive être produite.

La garantie dont il s'agit a été fournie par la banque X à la demande de nous-mêmes, vis à vis de Y via la banque Z pour un montant de F.B. 2.500.000. Toutes les contestations qui pourraient provenir de cet acte seront tranchées suivant la législation belge. Le Tribunal de Bruxelles sera le seul compétent en la matière, la banque X toutefois se réserve le droit d'y renoncer.