

DE ABSTRACTE VERBINTENISSEN VAN DE BANKIER NAAR BELGISCH RECHT (*)

door

Lucien SIMONT

Advocaat bij het Hof van Cassatie
Gewoon hoogleraar aan de Université Libre de Bruxelles

PLAN

1. Na een beknopte uiteenzetting over de wijze waarop zich, naar Belgisch recht, het probleem van de abstracte verbintenis stelt (nr. 2), zullen achtereenvolgens de belangrijkste verbintenissen van de bankier, die een dergelijk karakter vertonen, worden onderzocht. Dit onderzoek betreft meer bepaald de wisselrechtelijke verbintenissen (nr. 3), de verbintenissen die voortvloeien uit een bankkaart (nr. 4), uit borgtocht (nr. 5), uit de uitgifte of de confirmatie van een onherroepelijk documentair krediet (nr. 6), uit de uitgifte of de contra-garantie van een onafhankelijke garantie (nr. 7), enkele gemeenschappelijke kenmerken van het documentair krediet en van de onafhankelijke waarborg (nr. 8). Ten slotte volgt een kort besluit (nr. 9)(1).

* Dit is de tekst van een voordracht gehouden tijdens de Braziliaanse dagen Capitant 1984. Zie sindsdien o.m. MYNSEN, F.H.J. en BOLL, J.M., *De bankgarantie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984.

(1) Het verslag over het Franse recht ontleedt de overschrijving als een abstracte verbintenis van de bankier, omdat de bankier, die, zonder daartoe de fondsen ontvangen te hebben, de rekening van zijn cliënt per vergissing crediteert, niet kan „terugkomen” op die boeking, die een schuldbekentenis inhoudt (verslag Rives Lange nr. 12).

De oplossing is verschillend in het Belgische recht, waarin men de neiging heeft te aanvaarden dat de bankier, die een overschrijving verricht in uitvoering van een regelmatige order, op grond van zijn vergissing nopens de toestand van de ordergever, van de begunstigde de terugbetaling van het bedrag van die overschrijving kan vorderen, van zodra hij aantoonst dat de door hem verrichte overschrijving niet verschuldigd was.

Opmerkenswaard is bovendien dat de Belgische rechtsleer (VAN RYN en HEENEN, III, 1e uitg., nr. 2061 en 2064; BRUYNEEL, noot onder Brussel, 30 april 1980, *Bank Fin.*, 1981, 209) in 't algemeen de toepassing van de regels inzake lastgeving op de verhoudingen tussen de opdrachtgever en de bankier aanvaardt. Ten slotte dient te worden opgemerkt, dat het Belgische Hof van Cassatie heeft beslist dat de begunstigde van een per vergissing uitgevoerde overschrijving, die over het bedrag van die overschrijving beschikt, het misdrijf begaat van bedrieglijke verberging van een roerende zaak, waarvan het bezit bij toeval werd verkregen (artikel 508 Strafwetboek) — zie Cass., 16 mei 1979, *R.C.J.B.*, 1984, 32, noot SPREUTELS. We hebben dan ook gemeend de verbintenis van een bankier, die een overschrijving verricht, niet te moeten rangschikken onder de abstracte verbintenissen van de bankier.

2. Het begrip abstracte verbintenis is verbonden met de theorie van de oorzaak.

Krachtens de artikelen 1108 en 1131 tot 1133 van het Burgerlijk Wetboek(2) is het bestaan van een geoorloofde oorzaak één van de geldigheidsvoorwaarden van elke verbintenis. Volgens de klassieke opvatting, waaraan een gedeelte van de rechtspraak trouw blijft, is de oorzaak het waarom of het doel van de rechtshandeling. Die oorzaak wordt nu eens beoordeeld op *objectieve* wijze, nl. wanneer wordt onderzocht of de verbintenis wel een oorzaak heeft, of niet gegrond is op een valse oorzaak, en dan weer op *subjectieve* wijze, nl. wanneer wordt onderzocht of de rechtshandeling niet is aangetast door een ongeoorloofde oorzaak(3).

Het positieve Belgische recht vertoont niettemin de tendens aan te sluiten bij de besluiten van professor Van Ommeslaghe die, in een fundamentele studie(4), een uniforme en subjectieve definitie van het begrip oorzaak verdedigde. Hij stelt voor de oorzaak te omschrijven als de beweegredenen, die de partij, die zich verbindt, ertoe hebben aangezet zulks te doen. In dit systeem wordt dit begrip van de oorzaak aangehouden, zowel wanneer er sprake is van afwezigheid van oorzaak of van valse oorzaak enerzijds, als van ongeoorloofde oorzaak anderzijds. Het zou inderdaad vreemd zijn het woord oorzaak in artikel 1131 van het Burgerlijk Wetboek in twee verschillende betekenissen te gebruiken(5). De abstracte verbintenis is niet diegene die geen oorzaak heeft. Het is immers niet denkbaar, tenzij op volledig theoretische wijze, dat een persoon de wil zou uitdrukken zich te verbinden, zonder dat die wil door een beweegreden zou zijn bepaald(6).

De abstracte verbintenis is evenmin diegene, waarvan de oorzaak niet is uitgedrukt: de draagwijdte van artikel 1132 van het Burgerlijk

(2) Die teksten, die teruggaan tot de Napoleontische Code, luiden hetzelfde in het Franse en het Belgische Burgerlijk Wetboek.

(3) Raadpleeg FORIERS, P.A., „L'objet et la cause du contrat”, in *Les obligations contractuelles*, Jeune Barreau (ed.), 1984, 138-142.

(4) Zie VAN OMMESLAGHE, P., „Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne”, noot onder Cass., 13 november 1969, *R.C.J.B.*, 1970, 328 e.v.

(5) VAN OMMESLAGHE, P., „Examen de Jurisprudence - Les Obligations”, *R.C.J.B.*, 1975, 459; zie evenwel de gezaghebbende auteurs, geciteerd onder nummer 52 van de noot van Van Ommeslaghe, geciteerd onder voetnoot 4.

(6) DE PAGE, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, 1957, 29-33; zie ook t. II, 3e uitg., nr. 479 bis-479 quinquies; VAN OMMESLAGHE, hogergeciteerde noot, 363.

Wetboek reikt niet verder dan het vestigen van een vermoeden van het bestaan van de oorzaak(7).

De abstracte verbintenis is diegene, die — naargelang het geval overigens in wisselende mate — is losgemaakt van haar oorzaak, doordat ze ontsnapt aan de gevallen van nietigheid, die, naar gemeen recht, voortvloeien uit de afwezigheid van oorzaak of uit de valse oorzaak. Het betreft dus een techniek, die bestemd is om bepaalde verbintenissen, met het oog op juridische zekerheid en snelheid, te objectiveren en de doeltreffendheid ervan te versterken. Het is niet verwonderlijk dat die techniek vaak wordt aangewend op het gebied van de zekerheden met als doel de toestand van de schuldeiser te verbeteren ten opzichte van de toestand, die het gemene recht hem zou voorbehouden(8). Het onderzoek van de abstracte verbintenissen van de bankier levert hiervan het bewijs.

Twee belangrijke arresten van het Belgische Hof van Cassatie stellen niettemin de vraag of het beginsel van de wilsautonomie toelaat abstracte verbintenissen in het leven te roepen in door de wet niet voorziene gevallen.

Die arresten, gewezen op 13 november 1969(9) en op 5 november 1976(10), met betrekking tot het recht inzake schenkingen en testamenten, beslisten in algemene bewoordingen dat „de geldigheid van een rechtshandeling onderworpen is aan het bestaan van een oorzaak; dat deze regel van toepassing is op alle rechtshandelingen en hierop slechts uitzondering bestaat in de gevallen waarin de wet aanneemt dat de handeling op zichzelf kan bestaan en van haar oorzaak kan worden gescheiden”. Die arresten stelden problemen, toen de rechtbanken zich dienden uit te spreken over de geldigheid van de abstracte bankwaarborgen of garanties op eerste verzoek (zie infra nr. 7). De rechtsleer legt die arresten evenwel uit in die zin, dat het volstaat dat de wet de schepping van een abstracte verbintenis toelaat, d.i. er zich niet tegen verzet, zonder dat een uitdrukkelijke toelating vereist is om een abstracte verbintenis in het leven te kunnen

(7) DE PAGE, t. II, 3e uitg., nr. 484; VAN OMMESLAGHE, hogergeciteerde noot, 357 in fine.

(8) VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique en autonomie de la volonté”, nr. 6, in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, 345 e.v.

(9) Cass., 13 november 1969, *Pas.*, 1970, I, 234 en *R.C.J.B.*, 1970, 326, met de hogergeciteerde noot van Van Ommeslaghe.

(10) Cass., 5 november 1976, *Pas.*, 1977, I, 267.

roepen. Die interpretatie berust op de algemeen erkende geldigheid van de abstracte verbintenissen van de bankier(11).

Ze komt erop neer dat de artikelen 1108 en 1131 van het Burgerlijk Wetboek niet van openbare orde zijn(12), in zoverre ze de geldigheid van een rechtshandeling ondergeschikt maken aan het bestaan van een oorzaak. Dit verklaart dat kan worden afgeweken van die bepalingen van het Burgerlijk Wetboek door het in het leven roepen van van hun oorzaak losgemaakte verbintenissen, doch tevens dat de abstractie beperkt blijft door het verbod een verbintenis te onderschrijven die gegrond is op een ongeoorloofde oorzaak. Van de wetten van openbare orde en goede zeden kan immers niet worden afgeweken.

De abstracte verbintenis is in werkelijkheid onderworpen aan een drievoudige beperking:

- a) de ongeoorloofde oorzaak, zoals hiervoor werd beklemtoond;
- b) eenstemmig wordt aanvaard dat het, in geval van bedrieglijk gebruik van de van haar oorzaak gescheiden schuldvordering, toegelaten is terug te keren tot het gemene recht, en de onderliggende verhouding of de verhoudingen tussen diegene die zich op abstracte wijze heeft verbonden en zijn ordergever, opnieuw in aanmerking te nemen(13). De controverse bestaat slechts met betrekking tot de vraag in welke mate de theorie van het bedrog (fraus) moet worden toegelaten in het interne recht(14).
- c) De abstractie van de verbintenis belet ten slotte niet dat later verhaal wordt uitgeoefend tussen dezelfde partijen of ten aanzien van andere partijen, teneinde de gevolgen van de afwezigheid van oorzaak of van de valse oorzaak op te vangen(15).

(11) VAN OMMESLAGHE, hogergeciteerde noot, nr. 22, p. 361 en „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 6; VAN RYN en HEENEN, t. III, 2e uitg., nr. 88; VAN RYN, „Les grands courants du droit commercial contemporain”, *J.T.*, 1982, 160; SIMONT, L., „Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu’elles posent”, in *Les Sûretés*, Feduci, 1984, 277, e.v.

(12) VAN OMMESLAGHE, hogergeciteerde noot, 363.

(13) Zie DE PAGE, nr. 479 quinquies c; VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 12.

(14) De regel „fraus omnia corrumpit” wordt door de Heren Prokureurs-Generaal Ganshof van der Meersch („Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, *J.T.*, 1970, 594) en Dumon („Billijkheid en recht - Enkele overwegingen”, *Mededeling aan de Koninklijke Academie van Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België*, Klasse der Letteren, 1980, nr. 5, 11) gerangschikt onder de algemene rechtsbeginselen. Van Ommeslaghe daarentegen („Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi”, *R.C.J.B.*, 1976, 303 e.v., en in het bijzonder 336 e.v.) meent dat de wetsontduiking slechts in het internationale recht zou bestaan, terwijl enkel het bedrog ten aanzien van de rechten van derden in het interne recht zou worden gesanctionneerd.

(15) DE PAGE, t. II, nr. 479 quinquies c; VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 6.

Ten slotte dient te worden opgemerkt, dat de verbintenis in veranderlijke mate van haar oorzaak kan worden geabstraheerd. Dit is een gevolg van het feit dat de wilsautonomie de bron is van abstracte verbintenissen, zoals door de hierna volgende uiteenzetting zal worden aangetoond.

DE WISSELRECHTELIJKE VERBINTENISSEN VAN DE BANKIER

3. De verbintenissen van de bankier die een wisselbrief trekt, accepteert, endosseert of voor aval tekent, verschillen niet van de verbintenissen van elke ondertekenaar van een dergelijk handelspapier. Derhalve zal de uiteenzetting hierna beperkt worden tot een samenvatting van de voornaamste kenmerken van elke wisselrechtelijke verbintenis. De wisselbrief wordt beheerst door een wet van 31 december 1955. De wet coördineert enerzijds de bepalingen van de uniforme wet, gehecht aan het Verdrag van Genève dd. 7 juni 1930, en anderzijds, die van de wet van 10 augustus 1953, die de uniforme wet, in haar aangevulde versie, in het Belgische recht invoert.

De wet benadrukt het abstract en letterlijk karakter van de wisselrechtelijke verbintenis, evenals haar formalisme.

De wisselbrief wordt door de vooraanstaande rechtsleer⁽¹⁶⁾ beschouwd als een instelling waartoe de ondertekenaars toetreden door een eenzijdige wilsverklaring die, uitgedrukt volgens de door de wet voorgeschreven vormen, een abstracte en letterlijke verbintenis doet ontstaan.

Het abstracte karakter van de verbintenis van de ondertekenaar, dat meer bepaald het voorwerp van deze uiteenzetting is, heeft als eerste gevolg, dat de geldigheid van die verbintenis in beginsel niet zou kunnen worden aangetast door de nietigheid of de niet-uitvoering van de verbintenis buiten de wisselbrief. De wisselrechtelijke verbintenis is aldus losgemaakt van haar oorzaak: de ondertekening van het handelspapier doet immers een totaal nieuwe juridische situatie ontstaan, die onderworpen is aan de reglementering eigen aan de wisselbrief⁽¹⁷⁾.

De regel van de niet-tegenstelbaarheid der excepties is uitgedrukt in artikel 17 van de wet, krachtens hetwelk „diegene, die uit hoofde van de wisselbrief worden aangesproken, de verweermiddelen, gegrond op hun persoonlijke verhoudingen tot de trekker of tot de vroegere houders, niet aan de houder kunnen tegenwerpen, tenzij deze bij de

(16) VAN RYN en HEENEN, t. III, 2e uitg., nr. 281.

(17) VAN RYN en HEENEN, o.c., nr. 88 en 281.

verkrijging van de wisselbrief desbewust ten nadele van de schulde- naar heeft gehandeld”.

De regel heeft in werkelijkheid een ruimere draagwijdte. In de mate hij de excepties, andere dan diegene die zijn afgeleid uit de onderliggende verhouding tussen de debiteur en een vroegere houder, zoals inzonderheid de afwezigheid van oorzaak van de wisselrechtelijke verbintenis of het gebrek dat dit verbintenis aantast, niet-tegenstelbaar maakt, vindt die regel zijn oorsprong niet in artikel 17, doch wel in het abstract en formeel karakter van de wisselrechtelijke verbintenis(18).

De regel van de niet-tegenstelbaarheid der excepties wordt aangevuld door die van de wisselstrengheid, in artikel 74 van de wet verwoord. Geen enkele termijn van uitstel, behalve de in de wet op de wisselbrief bepaalde, wordt door de wet of door de rechter aan de wissel schulde- naar toegestaan.

Een belangrijk gedeelte van rechtsleer en rechtspraak interpreteren dit verbod ruim, door het uit te breiden tot elke proceduremiddel en elk bewijsaanbod, dat het vonnis betreffende het wisselrechtelijk verhaal zou kunnen uitstellen(19).

Ten slotte rest nog de samenvatting van de belangrijke controverse, die de Belgische rechtsleer en rechtspraak verdeelt. Ze betreft de vraag of de wisselrechtelijke verbintenis ook een abstract karakter vertoont ten aanzien van de houder, die titularis is van de vordering buiten de wisselbrief tegen de vervolgde debiteur.

Volgens een eerste opvatting, die standvastig verdedigd wordt door de meerderheid van de rechtsleer(20) en zich baseert op de artikelen 28, lid 2(21) en 85(22) van de wet, is de wisselrechtelijke verbintenis zelfs tussen de partijen, die de onderliggende overeenkomst hebben gesloten, van haar oorzaak losgemaakt. Volgens die opvatting zou de ondertekenaar van de wisselbrief aan de houder de excepties, die voortvloeien uit hun contractuele relaties, niet kunnen tegenwerpen.

Volgens een tweede opvatting, voornamelijk verdedigd door profes-

(18) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 415; HEENEN, *R.C.J.B.*, 1965, 378.

(19) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 407 en 408; HEENEN, *R.C.J.B.*, 1978, 234.

(20) FREDERICQ en DEBACKER, t. X, nr. 16 en 17; DE PAGE, „L'obligation abstraite”, 103 e.v. en *Traité*, t. II, nr. 479 quater; VAN RYN en HEENEN, t. III, 2e uitg., nr. 425 e.v.

(21) Artikel 28, lid 2 verleent de trekker tegen de acceptant een rechtstreekse vordering, voortvloeiend uit de wisselbrief.

(22) Artikel 85 ontslaat de houder van de verplichting het bestaan van het fonds te bewijzen, wanneer hij een verhaal uitoefent tegen de acceptant.

sor Ronse(23), zou de formele van de materiële abstractie dienen te worden onderscheiden.

De formele abstractie zou worden aangetroffen in de verhoudingen tussen de onmiddellijke partijen, die de onderliggende overeenkomst hebben gesloten. Ze zou voor gevolg hebben dat de wisselrechtelijke schuldeiser zou zijn ontslagen van elke aanvoerings- of bewijslast betreffende het bestaan van de onderliggende verbintenis, zodat in geval van betwisting over het bestaan of de geldigheid van de onderliggende verbintenis het bewijs ervan rust op de wisselschuldenaar(24).

De materiële abstractie zou in tegendeel veronderstellen, dat de houder vreemd is aan de onderliggende verbintenis, die aanleiding gaf tot het aangaan van de door de vervolgde ondertekenaar onderschreven wisselverbintenis. Ze zou, benevens de gevolgen van de formele abstractie, met zich meebrengen, dat de wisselschuldenaar de excepties, die hij zou kunnen afleiden uit de onderliggende verbintenis, op grond waarvan hij het handelspapier heeft ondertekend, aan de derde-houder niet zou kunnen tegenwerpen.

Het is die tweede theorie, die hoofdzakelijk gegrond is op een interpretatie „a contrario” van artikel 17 van de wet, die het Hof van Cassatie blijkt te hebben aangenomen in drie arresten dd. 26 november 1976, 30 september 1977 en 28 maart 1980(25).

Het tweede vermelde arrest zet, in bijna identieke bewoordingen als het eerstgenoemde, uiteen dat „in principe de verbintenis van de betrokkene-acceptant, zoals die van alle ondertekenaars van een wisselbrief, een abstract karakter heeft en onafhankelijk is van de vooraf bestaande verhoudingen buiten de wisselbrief; dat echter tussen de onmiddellijk verbonden wisselpartijen, zoals de betrokkene-acceptant en de trekker, alle verweermiddelen uit hun onderliggende verhoudingen tegenstelbaar blijven”.

(23) RONSE, J., *Wisselbrief en orderbriefje*, II, in *A.P.R.*, nr. 1305 e.v.; zie ook VAN GERVEN, *Handels- en Economisch Recht*, I, nr. 56, p. 499.

(24) De situatie zou dus dezelfde zijn in geval van ondertekening van een schuldbekentenis zonder vermelding van de oorzaak in de zin van artikel 1132 van het Burgerlijk Wetboek.

(25) Cass., 12 november 1976, *R.W.*, 1976-77, 1641, noot RONSE en *Pas.*, 1977, I, 387 (met vermelding van de datum 26 november 1976); Cass., 30 september 1977, *Pas.*, 1978, I, 130 en *R.W.*, 1977-78, 832, noot RONSE; Cass., 28 maart 1980, *Pas.*, 1980, I, 940; NELISSEN, noot onder Gent, 16 mei 1972, *R.W.*, 1972-73, 1434; HEENEN, „Suite d'une controverse sur le droit cambiaire”, *J.T.*, 1974, 473; HEENEN, „Propos sur le droit cambiaire et sur les motivations des arrêts de la Cour de cassation”, *J.T.*, 1977, 385; HEENEN, „La lettre et l'esprit”, *J.T.*, 1978, 129; RONSE, J., noot onder Cass., 30 september 1977, *B.R.H.*, 1978, 289; HEENEN, „Les effets de l'engagement cambiaire, entre les signataires de la lettre de change et le porteur immédiat”, *B.R.H.*, 1978, I, 1; HEENEN, „La règle de l'inopposabilité des exceptions dans les rapports entre le signataire d'un effet de commerce et le porteur immédiat”, *R.C.J.B.*, 1978, 221; DASSESE, noot onder Brussel, 16 juni 1981, *B.R.H.*, 1981, 552; NELISSEN, „Overzicht van rechtspraak”, *T.P.R.*, 1981, 1099 e.v.; WINANDY, *Bank Fin.*, 1983, 647-648.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat, overeenkomstig het gemeene recht van de abstracte verbintenis(26), het abstract karakter van de wisselrechtelijke verbintenis terzijde wordt gesteld, wanneer die verbintenis werd onderschreven krachtens een verbintenis die strijdig is met de openbare orde of de goede zeden(27) of in geval van bedrog door de houder(28). Ook dient de aandacht te worden gevestigd op het feit dat de betrokkene die betaald heeft zonder dekking of zonder een exceptie, voortvloeiend uit de ten gronde liggende overeenkomst, te hebben kunnen inroepen, eventueel op grond van de onderliggende overeenkomst het recht heeft op de trekker een verhaal uit te oefenen(29).

Artikel 78 van de wet stelt de verbintenis van de ondertekenaar van een orderbriefje gelijk met die van de acceptant van een wisselbrief. De beide titels hebben een abstract karakter(30) en verlenen een autonoom en letterlijk recht.

Het wezenlijk onderscheid tussen beiden is dat de ondertekenaar van een orderbriefje het initiatief neemt tot de uitgifte, terwijl de betrokkene-acceptant van een wisselbrief dit waardepapier tekent op verzoek van de trekker, meestal omdat hij schuldenaar van laatstgenoemde is.

Hieruit vloeit voort dat

- 1) de ondertekenaar van een orderbriefje tegelijk de rol vervult van de trekker en van de betrokkene-acceptant van de wisselbrief en
- 2) dat de fondsbezorging vreemd is aan het mechanisme van het orderbriefje(31).

(26) Supra nr. 2 in fine.

(27) VAN RYN en HEENEN, t. III, 2e uitg., nr. 430.

(28) WINANDY, hogergeciteerde studie, *Bank Fin.*, 1983, 650; VAN RYN en HEENEN, t. III, 2e uitg., nr. 88 en 430; de laatstgenoemde auteurs verwijzen in dit verband naar het *ongeoorloofd gedrag* van de houder. De rechtbank van koophandel te Brussel heeft in verschillende vonnissen (zie in het bijzonder Kh. Brussel, 17 juni 1982, *R.D.C.B.*, 1983, 450) uit die uitdrukking afgeleid, dat het wisselrechtelijk verhaal, uitgeoefend door de disconterende bankier tegen de trekker ten gevolge van een leveranciers-discontoverrichting (zie WINANDY, „Les moyens de défense du tireur d'une lettre de change contre le recours exercé par le banquier escompteur d'un effet fournisseur”, *Bank Fin.*, 1983, 637), zou moeten worden verworpen, in geval de bankier bij het disconteren van de wissel zou hebben geweten of zou hebben moeten weten, dat hij slechts op de handtekening van de trekker kon rekenen. Die rechtspraak kan niet worden goedgekeurd. Ze spruit voort uit een verwarring tussen het bedrog van de bankier dat de abstractie van de wisselrechtelijke verbintenis van de trekker belet, en zijn quasi-delictuele aansprakelijkheid die eventueel een tegenvordering tot schadevergoeding tegen hem rechtvaardigt, alsmede de gerechtelijke schuldvergelijking.

(29) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 484.

(30) Het supra in de tekst uiteengezette onderscheid tussen de formele en de materiële abstractie lijkt ons hier „mutatis mutandis” te kunnen worden toegepast.

(31) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 503.

De cheque vertoont gelijkenissen met de wisselbrief, doordat hij moet worden opgesteld in de door de wet voorgeschreven vormen (wet van 1 maart 1961 betreffende de invoering in het Belgische recht van de aangevulde eenvormige wet, gehecht aan het Verdrag van Genève dd. 19 maart 1931) en aan de houder in geval van niet-betaling door de betrokkene, een onvoorwaardelijk en abstract recht tegenover de trekker verleent.

De voornaamste verschillen tussen beide handelseffecten zijn dat de cheque verplichtend betaalbaar is op zicht en getrokken wordt op een bankier(32), die zichzelf niet kan verbinden door acceptatie van de cheque. De cheque verleent aan de houder dus geen rechtstreekse vordering tegen de betrokkene(33). De bankier kan desgevallend ten opzichte van de houder slechts gehouden zijn op grond van het te onderscheiden mechanisme van de chequekaart(34) of indien hij een cheque getrokken heeft op zichzelf. Men noemt dergelijke cheques bankcheques, wanneer ze aan de bankklïent, hetzij ten zijnen gunste, hetzij ten gunste van één van zijn schuldeisers, worden ter beschikking gesteld. In tegenstelling tot het Franse recht is de mogelijkheid om op zichzelf een cheque te trekken niet beperkt tot het enkele geval van de cheque die op een ander kantoor van één en dezelfde trekker wordt getrokken.

Dergelijke cheques kunnen niet aan toonder worden uitgegeven, maar kunnen wel in blanco worden geëndosseerd. Het verschil tussen die handelseffecten en het orderbriefje is bijzonder klein(35).

Op het gebied van de cheque vindt men de met betrekking tot de wisselbrief reeds onderzochte controversie terug over de vraag of de verbintenis van de ondertekenaar (trekker of endossant) zelfs ten opzichte van de houder, die in een rechtstreekse verhouding staat met de eerstgenoemde, een abstract karakter vertoont.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie, die het door Ronse voorgestelde onderscheid tussen de formele en de materiële abstractie met betrekking tot de wisselbrief erkent, lijkt ons hier naar analogie te moeten worden toegepast(36).

(32) Of een door de wet met bankier gelijkgestelde persoon of instelling; artikel 54 van de wet van 1 maart 1961, gewijzigd bij wet van 11 juni 1980.

(33) Brussel, 18 november 1964, *J.T.*, 1965, 37; VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 523.

(34) *Infra* nr. 4.

(35) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 519.

(36) In die zin: DE VROEDE, *De cheque*, 1981, nr. 19-29; NELISSEN en MERCHIEERS, *T.P.R.*, 1981, 1127; Brussel, 5 november 1980, *J.T.*, 1981, 77.

4. Noch het aanbrengen op de cheque van een visum door de bankier-betrokkene, waardoor laatstgenoemde te kennen geeft dat op het ogenblik van het visum fonds aanwezig is, noch de certificatie door de bankier, waardoor het fonds tot op het einde van de aanbestedingstermijn wordt geblokkeerd, verlenen aan de houder een vordering tot betaling van de cheque tegen de betrokkene. Ze brengen bovendien formaliteiten met zich mee die moeilijk te verenigen zijn met het gebruik van de cheque als betaalmiddel. Dit verklaart het ontstaan en de ontwikkeling van het systeem van de chequekaart.

De afgifte van de kaart houdt vanwege de bank de verbintenis in aan elke houder van een naar de vorm regelmatige cheque, die werd uitgegeven door de cliënt-titularis van de kaart, onder bepaalde voorwaarden, waaronder het maximumbedrag van de cheque (op het ogenblik 7000 fr), de betaling van die cheque te waarborgen.

Het systeem nam uitbreiding op Europees vlak door de uitgifte van de Eurochequekaart. Elke Belgische of buitenlandse bank die is aangesloten bij het systeem, geeft opdracht aan alle andere aangesloten banken de Eurocheque uit te betalen aan de houder die hem aanbiedt. De bank die de kaart heeft uitgereikt, betaalt de bank die de cheque uitbetaalde terug en debiteert de trekker.

Over de juridische analyse van het systeem werd nog geen eenstemmigheid bereikt(37).

De recente rechtsleer oordeelt meestal dat de bankier-emittent van de kaart zich door een éenzijdige wilsverklaring(38) verbindt ten opzichte van elke persoon, die, onder de door de bank bedongen voorwaarden, een cheque, uitgegeven door de titularis van een regelmatige chequekaart, ter betaling aanbiedt.

Het betreft een abstracte verbintenis. De bankier ontzegt zich hierdoor immers het recht aan de aanbieder de excepties, afgeleid, hetzij uit zijn verhoudingen met de trekker-titulairs van de kaart — die de oorzaak vormen van de éenzijdige verbintenis die hij heeft onder-

(37) Zie voor de uiteenzetting van de controversen: VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 572 en 573 en DE VROEDE, *o.c.*, nr. 234-246.

(38) Het Belgische Hof van Cassatie erkent zonder voorbehoud de geldigheid van de verbintenis door eenzijdige wilsverklaring: zie inzonderheid de recente studies van VAN OMMESLAGHE, *J.T.*, 1982, 144 en CORNELIS, *Entr. et Droit*, 1982, 131; vgl. VAN RYN, „L'engagement par déclaration unilatérale de volonté”, *J.T.*, 1984, 129.

schreven —, hetzij uit de verhoudingen tussen de trekker en de begunstigde, tegen te werpen(39).

Analoge verklaringen worden voorgesteld voor de juridische verhoudingen die voortvloeien uit de uitgifte van drie — of vier — partijen kredietkaarten(40).

DE BORGTOCHT

5. De borgtocht, meestal solidair, wordt uiterst veelvuldig gebruikt in de bankpraktijk, hetzij als waarborg voor de bank, hetzij dat de bank hem verstrekt tot zekerheid van de verbintenissen van een cliënt, waaraan aldus een handtekeningskrediet wordt verleend.

De borgtocht dient, om een tweevoudige reden, onder de abstracte verbintenissen van de bankier te worden vermeld.

Eenzijds is de borgtocht in zekere mate abstract. De borg verbindt zich immers op grond van de schuld die hij waarborgt en op grond van zijn verhoudingen met de hoofdschuldenaar van die schuld. De borg kan aan de begunstigde niettemin geen excepties, afgeleid uit zijn verhoudingen met de hoofddebiteur, tegenwerpen. In die mate is zijn verbintenis abstract. Daarentegen is die verbintenis niet abstract, in zoverre de borg zich, overeenkomstig artikel 2036 van het Burgerlijk Wetboek, kan beroepen op de excepties die tot de schuld zelf behoren(41).

Anderzijds toont de praktijk aan hoezeer de schuldeisers, die zich in een machtspositie bevinden, het abstract karakter van de borgtocht doen toenemen door de verbintenis van de borg steeds meer te abstraheren van de gewaarborgde verbintenis. Dit gebeurt via de contractuele verzaking aan het voorrecht van een reeks van excepties, afgeleid uit de hoofdverbintenis (verzaking aan het recht zich, overeenkomstig artikel 2036 van het Burgerlijk Wetboek, te beroepen op de excepties die tot de schuld zelf behoren ...)(42).

Die techniek vindt haar meest volledige uitdrukking in de garantie op eerste verzoek, die hierna wordt ontleed(43).

(39) VAN RYN en HEENEN, *o.c.*, nr. 572; DAL, „Problèmes causés par les chèques qui bénéficient d'une garantie de banque”, *Bank Fin.*, 1980, 193; VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, nr. 5 en 6; SIMONT, L., *o.c.*, in *Les Sûretés*, 292; contra: WYMEERSCH, „De chequekaart in België”, *T.P.R.*, 1970, 265.

(40) Zie de verslagen van VAN OMMESLAGHE en SIMONT, geciteerd onder voetnoot 39.

(41) DE PAGE, „L'obligation abstraite”, 47 e.v. en *Traité*, t. II, nr. 479 quater en t. VI, nr. 908; VAN OMMESLAGHE, hogergeciteerde noot, *R.C.J.B.*, 1970, 358; MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *R.P.D.B.*, Compl. V, Tw. Cautionnement, nr. 194.

(42) VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 6.

(43) *Infra*, nr. 7.

Het onderzoek van die verschillende mogelijkheden toont duidelijk aan hoezeer het abstract karakter van een verbintenis in verschillende graden kan bestaan.

HET ONHERROEPELIJK DOCUMENTAIRE KREDIET

6. Het documentair krediet beleeft zeker niet de teloorgang, die sommigen hebben beschreven(44). Het neemt integendeel op het ogenblik een nieuwe vlucht. Hiervan getuigen in het bijzonder de verlenging van de geldigheidstermijnen, het toenemend volume van de kredietbedragen en ingevolge daarvan de syndiceringspraktijk, de toename van risicodekking, verleend door de Nationale Delcredere-dienst, het groeiend aantal aanvragen tot confirmatie dat aan de corresponderende bank wordt gericht, de ontwikkeling van het documentair krediet met uitgestelde betaling(45) en het gebruik van documentair krediet als zekerheid(46).

Het is in België eenstemmig aanvaard dat de verbintenis van de bankier:

1. niet uit een overeenkomst, doch wel uit een éézijdige wilsverklaring voortvloeit,
2. letterlijk is, in die zin dat ze noodzakelijkerwijze moet worden uitgedrukt in een geschrift waarvan de bewoordingen haar grenzen vastleggen en
3. van haar oorzaak wordt geabstraheerd(47).

Het is dit laatste punt dat in het kader van deze studie meer in het bijzonder de aandacht dient te weerhouden.

De verbintenis van de bankier ten opzichte van de begunstigde is abstract in die zin dat de eerstgenoemde aan de begunstigde in beginsel geen enkele exceptie kan tegenwerpen, noch afgeleid uit zijn overeenkomst met zijn ordergever (de toestand zou dezelfde zijn in geval van borgtocht), noch voortvloeiend uit de onderliggende overeenkomst tussen de ordergever en de begunstigde (die excepties zouden in tegendeel wel tegenstelbaar zijn in geval van borgtocht, behalve wanneer aan dit recht werd verzaakt: artikel 2036 Burgerlijk Wetboek).

(44) BONTOUX, „Le crédit documentaire est-il condamné?”. *Bank Fin.*, 1981, 1141.

(45) BONTOUX, „Réflexions sur un type de crédit documentaire, le crédit à paiement différé”, *Bank Fin.*, 1983, 1285; MARTIN, L., „Les problèmes actuels du crédit documentaire”, *Bank Fin.*, 1983, 623.

(46) DE VUYST, „Het documentair krediet als loutere waarborg: de stand by letter of credit”, *T.P.R.*, 1984, 1017-1038.

(47) VAN RYN en HEENEN, III, 1e uitg., nr. 2169 en 2191.

De uitwerking van de abstractie wordt op meerdere wijzen gemilderd:

- a) de koper, gedebiteerd door de bankier die de begunstigde heeft betaald, zal uiteraard tegen de laatstgenoemde elk verhaal naar gemeen recht kunnen instellen, en in het bijzonder de vorderingen, gegrond op de verplichtingen van de verkoper;
- b) indien de verbintenis van de bankier, gelet op de onrechtmatigheid van de verkoop, ten aanzien van het recht dat die verbintenis beheerst, een ongeoorloofde oorzaak heeft, kan en moet de bankier weigeren te betalen;
- c) ten slotte zal de bankier zelfs ambtshalve moeten weigeren te betalen in geval van klaarblijkelijk bedrog (fraus) van de begunstigde. De grenzen van zulke gevallen van klaarblijkelijk bedrog zijn echter onzeker. Betwist is vooral de vraag, of de bankier, ondanks de ontbinding van de onderliggende verhouding, uitgesproken door een definitieve beslissing, tot betaling is gehouden(48).

Ten einde herhaling te vermijden, en de klaarheid van de uiteenzetting te bevorderen, zal die vraag samen met die van het abusief beroep op een autonome bankgarantie worden behandeld. De mogelijkheid voor de ordergever beslag onder derden te leggen, zal eveneens tezelfdertijd voor het documentair krediet en voor de autonome bankgarantie worden onderzocht (infra, nr. 8).

DE ONAFHANKELIJKE BANKGARANTIE

7. België heeft sedert een 25-tal jaren een geleidelijke ontwikkeling van de onafhankelijke bankgaranties gekend(49).

Die garanties kunnen, naargelang hun inhoud, min of meer strenge verbintenissen bevatten.

In zijn meest rigoureuze vorm, die ook in de praktijk het meest voorkomt, is de garantie betaalbaar op enkel verzoek van de begun-

(48) Ontkennend: VAN RYN en HEENEN, o.c. en l.c.; bevestigend: DE VUYST, *Documentaire kredieten*, in *A.P.R.*, nr. 154-157.

(49) Zie VASSEUR, V., „Garantie indépendante”, *Rép. Dalloz Droit Comm.*; POULLET, Y., *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, thesis Louvain-la-Neuve, 1981-82 en „La garantie bancaire automatique, présentation de quelques décisions récentes”, *B.R.H.*, 1982, 645; VAN LIER, „Les garanties dites 'à première demande' ou abstraites”, *J.T.*, 1980, 345; VELU, S., „Les garanties à première demande en droit belge”, in *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 211; DE VROEDE en FLAMEE, „De garanties op eerste verzoek”, *T.P.R.*, 1982, 365 e.v.; SIMONT, L., „Les garanties indépendantes”, *Bank Fin.*, 1983, 579; VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, o.c., nr. 6; en voor Nederland: de interessante inaugurale rede van professor Pabbruwe: *De betekenis van de onafhankelijke bankgarantie* (Kluwer-Deventer, 1984).

stigde, die geen enkele verantwoording moet afleggen, of ook maar enige grond voor zijn verzoek moet aanvoeren. Vandaar de dikwijls gebruikte benaming van garantie op eerste verzoek.

In haar minst rigoureuze vorm is de garantie slechts betaalbaar bij aanbieding van documenten die het ingebreke blijven van de uitvoerder bewijzen (of dienen te bewijzen). Vandaar de benaming documentaire garantie(50).

Tussen die extreme vormen bestaan tussenvormen, die de begunstigde opleggen zijn grieven tegen de uitvoerder uiteen te zetten, zonder ze evenwel te moeten bewijzen, of die hem voorschrijven ze beknopt te verantwoorden(51).

Alle auteurs vestigen de aandacht op de analogie tussen de onafhankelijke bankgarantie en de verbintenis die de bankier opneemt in het kader van een documentair krediet: in beide gevallen is de verbintenis éézijdig, letterlijk en vertoont ze een abstract karakter(52).

Laatstgenoemde eigenschap vertoont meer in het bijzonder belang voor deze uiteenzetting. De verbintenis van de bankier die haar oorzaak vindt, zowel in zijn overeenkomst met zijn ordergever, als in de onderliggende overeenkomst tussen die ordergever en de begunstigde, is abstract in die zin dat de bankier geen enkele exceptie, afgeleid uit één van beide genoemde contracten, zal kunnen invoeren tegen de begunstigde van de garantie(53).

Rechtsleer en rechtspraak nemen aan dat die abstractie in de drie gevallen die reeds voor het documentair krediet werden toegelicht, wordt gematigd:

- a) later verhaal van de ordergever tegen de begunstigde, die beroep deed op de garantie, wanneer de ordergever al zijn verplichtingen heeft uitgevoerd;
- b) de ongeoorloofde oorzaak van de garantie ten aanzien van het toepasselijke recht(54);

(50) Cfr. Kh. Brussel, Kort ged., 15 maart 1984, A.R., nr. 115/84 en 27 juli 1984, A.R., nr. 211/84 in de zaak Marc Rich & C^o A.G. t/Belgolaise.

(51) Over de betekenis van de uitdrukking, „Garantie op verantwoord eerste verzoek”, zie Paris, 24 november 1981, *D.*, 1982, 296, noot VASSEUR en *J.C.P.*, 1982, nr. 19876, noot STOUFFLET.

(52) Over de overdraagbaarheid van het recht van de begunstigde: VASSEUR, „Samenvattend verslag van het colloquium te Tours”, 333; PABBRUWE, „Overdracht van rechten uit een abstracte bankgarantie”, *W.P.N.R.* 1983, 429.

(53) SIMONT, L., o.c., *Bank Fin.*, 1983, 590 e.v. en de aangehaalde verwijzingen; adde *Contamine Raynaud*, „Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français”, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Roblot*, 426.

(54) SIMONT, L., o.c., 595-596.

c) bij bedrieglijk beroep op de garantie(55).

Omtrent de geldigheid van de autonome garantie bestaat geen enkele betwisting.

Bij wijze van curiosum kan niettemin het alleenstaand vonnis, uitgesproken door de Rechtbank van koophandel te Brussel op 7 augustus 1979, worden vermeld. Dit vonnis betwistte de geldigheid van een garantie op eerste verzoek op grond dat geen enkele wettelijke bepaling in België zou toelaten een garantie in het leven te roepen, die abstractie maakt van zijn oorzaak(56).

Dit vonnis werd evenwel hervormd door een belangrijk arrest van het Hof van Beroep te Brussel dd. 18 december 1981(57). Het cassatieberoep tegen dit arrest werd verworpen bij arrest van het Hof van Cassatie dd. 24 maart 1983. Laatstgenoemd, onuitgegeven arrest vertoont, omwille van de inhoud van de ingeroepen cassatiemiddelen, evenwel geen principieel belang.

De geldigheid van de autonome bankgarantie werd nog erkend door een arrest van het Hof van Beroep te Brussel dd. 25 februari 1982(58), door een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 13 oktober 1982(59) en door talrijke beschikkingen van de voorzitter van de rechtbank van koophandel te Brussel, zetelend in kort geding(60).

BEDROG (FRAUS) EN BESLAG ONDER DERDEN INZAKE HET ONHERROEPELIJK DOCUMENTAIR KREDIET EN DE ONAFHANKELIJKE GARANTIE

8. De Belgische rechtsleer en rechtspraak nemen aan dat de bankier ertoe gehouden is schijnbaar regelmatige documenten af te wijzen, wanneer vaststaat dat die documenten werden opgesteld met de bedoeling ten nadele van de ordergever bedrog te plegen(61).

(55) *Infra*, nr. 8.

(56) Kh. Brussel, 7 augustus 1979, *B.R.H.*, 1980, 146.

(57) *Bank Fin.*, 1982, 118 en *J.T.*, 1982, 358.

(58) Brussel, 25 februari 1982, *B.R.H.*, 1982, 349.

(59) Antwerpen, 13 oktober 1982, *B.R.H.*, 1982, 642.

(60) Zie o.m. Kh. Brussel, 28 april 1983, *B.R.H.*, 1984, 57.

(61) VAN RYN en HEENEN, IV, 1e uitg., nr. 2182, 389 in fine.

Zoals bekend heeft een arrest dd. 20 mei 1982 van de Chamber of Lords in tegendeel aangenomen dat de bank bij aanbieding van uiterlijk gelijkvormige documenten (on their face) tot betaling is gehouden, zelfs indien ze weet, dat de verkoper op het ogenblik van de aanbieding van de documenten dermate was tekort gekomen aan zijn verplichtingen, dat het de koper zou hebben toegelaten de koop als ontbonden te beschouwen en zowel de levering van de koopwaar, als ook de betaling van de prijs te weigeren (*W.L.R.*, 1982, II, 1039; vgl. Antwerpen, 23 september 1981, *R.W.*, 1981-82, 2168). Dit belangrijk arrest werd reeds door verschillende auteurs gekritiseerd: zie MARTIN, Cl., „Les problèmes actuels du crédit documentaire”, *Bank Fin.*, 1983, 623 e.v., inz. 635 en de in noot 32 aangehaalde wijzigingen.

Op het gebied van de autonome garantie neemt de rechtspraak aan dat de bankier, op straffe een fout te begaan en zich medeplichtig te maken aan het door de begunstigde gepleegde misbruik, moet weigeren te betalen, indien het misbruik van het beroep op de garantie zo klaarblijkelijk is dat het zonder onderzoek of bijzondere controle een bankier in het oog moet springen. Buiten dit extreme geval moet de bank betalen. De ordergever beschikt dan enkel over de mogelijkheid de voorzitter van de rechtbank van koophandel, zetelend in kortgeding, te verzoeken aan de bankier een voorlopig verbod tot uitbetaling van de garantie op te leggen. De voorzitter zal een dergelijke vordering in kortgeding echter slechts inwilligen, wanneer een klaarblijkelijk misbruik(62) duidelijk wordt op grond van het beknopte, door hem verrichte onderzoek, waartoe, het weze herhaald, de bankier niet gehouden is. Bij het afwegen van de in het geding zijnde belangen, besteedt de voorzitter van de rechtbank van koophandel vooral aandacht aan de noodzaak de internationale geloofwaardigheid van de waarborgverlenende bank te beschermen, door de laatstgenoemde slechts in extreme gevallen te verhinderen haar verplichtingen na te komen(63).

Opnieuw wordt een eng verband aangetroffen tussen de autonome bankgarantie en het onherroepelijk krediet, wanneer de mogelijkheid van de ordergever wordt onderzocht om ten laste van de begunstigde derdenbeslag in handen van de bankier te leggen op de schuldvordering, waarover de begunstigde tegenover de bankier beschikt(64). Die mogelijkheid van beslag onder derden werd door de rechtsleer erkend op het vlak van documentair krediet(65). Ze werd aanvanke-

(62) Voor gevallen van klaarblijkelijk misbruik, zie PABBRUWE, hogergeciteerde inaugurale rede, 9 e.v.

(63) SIMONT, L., geciteerde studie, *Bank Fin.*, 1983, 599-603; PABBRUWE, o.c., 17.

(64) Zie de uiteenzetting van J. PUECH over het beslag onder derden in: *Les crédits documentaires et la garantie bancaire*, Voordracht gehouden te Credimpex te Antwerpen op 25 maart 1982.

(65) VAN RYN en HEENEN, IV, 1e uitg., nr. 2197 en de aangehaalde verwijzingen.

lijk ook aangenomen op het gebied van de garantie(66) (67), althans ingeval slechts één enkele bank bij het verlenen van de garantie tussenkomt(68).

De gehele problematiek van het beslag onder derden werd echter door de recente Franse rechtspraak op losse schroeven gezet.

De tegengestelde oplossing, die de mogelijkheid van het beslag onder derden uitsluit, werd immers door het Franse Hof van Cassatie op het gebied van documentair krediet aangekleefd(69) en door drie arresten van het Hof van Beroep te Parijs(70) op het vlak van de garantie.

Het arrest van het Franse Hof van Cassatie verbrak op grond van de schending van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 3 van de „Regelen en Usantiën”(71) een arrest, dat op verzoek van de koper-ordergever en ten laste van de verkoper-kredietbegunstigde het beslag onder derden van een documentair krediet in handen van de bank had aangenomen.

De discussie over de gegrondheid van die rechtspraak deed reeds heel wat inkt vloeien en zal hoogstwaarschijnlijk weerklank vinden in de Belgische rechtspraak. De bespreking ervan gaat echter de perken van deze uiteenzetting te buiten(72). Er weze enkel opgemerkt dat die rechtspraak duidelijk tot gevolg heeft de losmaking te versterken van

(66) Ord. Trib. Grande Instance Paris, 13 mei 1980, *Dalloz*, 1980, 488, noot GAVALDA en STOUFFLET, *J.C.P.*, 1981, nr. 19550, noot VASSEUR en *Banque* 1981, 778, noot MARTIN; Ord. Trib. Grande Instance Paris, 6 juli 1981, onuitgegeven beschikking, aangehaald door VASSEUR, *D.*, 1982, 302; in België zie de procedure van beslag onder derden, toegepast in de zaak Drahtimpex, aangehaald in de beschikking van de Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, dd. 15 januari 1980, *B.R.H.*, 1980, 147 e.v. en inz. 152.

(67) Maar op eigen risico van de ordergever: zie Comm. Paris (3e Ch.) 15 februari 1984 in de zaak BCR/BNP en S.P.I.E. Batignolles.

(68) In geval van tussenkomst van twee banken is de begunstigde immers geen schuldeiser van de bank die de contra-garantie verleende, doch enkel van de lokale garantieverstrekken bank. Hieruit volgt dat de contra-garantieverlenende bank niet de hoedanigheid van derde-beslagene zou kunnen bezitten en dat het derdenbeslag om die reden technisch onmogelijk is (SIMONT, L., „Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome”, in: *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, 475 e.v., en inz. 484; Poullet, *l.c.*, *B.R.H.*, 1982, 660 in fine).

(69) Cass., 14 oktober 1981, noot MARTIN, *Bank Fin.*, 1982, nr. 416, 524, *D.*, 1982, 301, noot VASSEUR en *J.C.P.*, 1982, nr. 19815, noot GAVALDA en STOUFFLET.

(70) Paris, 14e ch., 27 oktober 1981, *J.C.P.*, 1981 - Jur. nr. 19702, noot BOULOY; Paris, 14e ch., *J.C.P.*, 1982, nr. 19876, noot STOUFFLET; Paris, 1e ch., 5 mei 1982, onuitgeg.

(71) De „Regels en Usantiën” maken een handelsgebruik uit (zie VAN RYN en HEENEN, I, 2e uitg., nr. 22 en III, 1e uitg., nr. 2172), waarvan de eventuele schending als dusdanig geen mogelijkheid tot cassatie biedt in België (GANSHOF, „Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, 24).

(72) Zie SIMONT, L., *l.c.*, *Bank Fin.*, 1983, 603-610.

de onderliggende overeenkomsten, die reeds voortvloeit uit het abstract karakter van de verbintenis van de bankier⁽⁷³⁾.

BESLUIT

9. Het onderzoek van de abstracte verbintenissen van de bankier brengt duidelijk aan het licht dat het bankrecht het terrein bij uitstek is voor de abstracte verbintenis. Dit geldt bovendien ook voor de verbintenis uit éézijdige wilsverklaring. Beide technieken worden trouwens dikwijls samen aangewend in de ontlede rechtsfiguren.

Dit hoeft niet te verwonderen: precies in het handelsrecht worden die technieken immers het meest aangetroffen⁽⁷⁴⁾.

Dit onderzoek leidde tot de bevestiging, dat het Belgisch positief recht aanneemt, dat abstracte verbintenissen in het leven worden geroepen, zelfs in de niet uitdrukkelijk door de wet voorziene gevallen en dit bij toepassing van de wilsautonomie.

Precies de creatieve rol van de wilsautonomie verklaart de wisselende graad van abstractie van de abstracte verbintenissen van de bankier. Ten slotte heeft onze ontleding bevestigd, dat de abstracte verbintenissen van de bankier volkomen passen in de algemene theorie van de abstracte verbintenis, zowel wat betreft hun kenmerken als wat betreft de beperkingen waaraan hun abstractie onderworpen blijft.

(73) VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 6.

(74) Zie VAN OMMESLAGHE, „Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté”, *l.c.*, nr. 5-6.

SOMMAIRE

Le rapport rappelle tout d'abord les deux conceptions de la cause qui s'affrontent en droit belge (conception classique où la cause est définie de manière objective ou subjective selon les cas; définition uniforme et subjective de la cause dans la conception du Professeur Van Ommeslaghe) pour exposer ensuite de manière sommaire le régime de l'obligation abstraite entendue comme celle qui, dans une mesure variable selon les cas, est détachée de sa cause.

Le rapport passe ensuite en revue les principaux engagements du banquier qui présentent ce caractère en droit belge.

Sont d'abord évoqués les engagements cambiaires du banquier résultant d'une traite d'un billet à ordre ou d'un chèque. A ce propos, sont sommairement analysées les règles de la rigueur cambiaire et de l'inopposabilité des exceptions ainsi que les limites de l'abstraction cambiaire dans les rapports entre partie immédiates entre qui la convention de base a été conclue.

L'engagement du banquier émetteur d'une carte de banque est ensuite analysé comme un engagement par volonté unilatérale.

Le rapport montre par ailleurs en quoi le cautionnement bancaire peut être considéré comme un acte abstrait.

Le rapport analyse enfin les engagements assumés par le banquier dans le cadre d'un crédit documentaire et d'une garantie indépendante. Le parallélisme de ces deux institutions est souligné notamment à propos de l'appel frauduleux à l'exécution de ses obligations par le banquier et de la possibilité pour le donneur d'ordre, de pratiquer saisie arrêt à charge du bénéficiaire entre les mains du banquier.

Les conclusions du rapport soulignent que:

- 1° le droit bancaire est un domaine d'élection de l'obligation abstraite comme de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté,
- 2° il fait apparaître que le droit positif belge admet la création d'obligations abstraites même dans les cas non expressément reconnus par la loi, par application de l'autonomie de la volonté,
- 3° c'est l'autonomie de la volonté qui explique que les engagements abstraits du banquier présentent un degré d'abstraction variable,
- 4° les engagements abstraits du banquier s'inscrivent parfaitement dans la théorie générale de l'obligation abstraite.

SUMMARY

In this article, the author commences by drawing attention to the two opposing viewpoints which prevail at present in Belgian legal circles on the question whether or not there is „consideration” of a contract. These two viewpoints are (a) the traditional opinion according to which „consideration” is defined as being subjective or objective, and (b) the uniform and subjective definition adhered to by Professor Van Ommeslaghe. Subsequently, attention is drawn to the theory of abstract obligations, which is understood here as an obligation which has been separated from its „consideration” in a variety of ways.

The author goes on to provide a survey of the major obligations of those bankers who reveal this characteristic in Belgian law.

In the next section, the duties arising out of a bill of exchange, more particularly from promissory notes and cheques, are considered. A brief analysis is given of the rules relating to the strictness of legal relations arising out of bills of exchange, the exclusion of the possibility of raising objections, as well as the limits of abstract considerations in the law relating to bills of exchange applied to the relationships between the two parties having concluded the original agreement.

In the following chapter, the obligation undertaken by bankers who issue cheque cards is qualified as a unilateral obligation. The author also demonstrates the extent to which the banker's guarantee can be considered as an abstract legal transaction. Finally, the article analyses the obligations entered into by the banker in the context of documentary credit and in the event of his supplying a separate guarantee. The parallels between these two legal acts becomes clear, particularly when considering the question of the fraudulent use of the guarantee against the banker or where it is possible for the principal to the deal to enforce a pledging with the banker at the expense of the beneficiary.

In the conclusions to the article, the following points are stressed:

- 1° banking law comes within the scope of the abstract concept of obligations and within that of unilateral obligations,
- 2° the positive law in Belgium, applying the principle of freedom of action, allows for the creation of abstract obligations even where this is not provided for by statute,
- 3° the principle of freedom of action requires that the abstract obligations incumbent on bankers reveal a variable degree of abstraction,
- 4° the abstract obligations incumbent on bankers comply with the general theory of abstract obligations.

ZUSAMMENFASSUNG

Im dem Bericht werden zunächst die beiden Auffassungen des Rechtsgrundes (causa) in Erinnerung gebracht, die sich im belgischen Recht gegenüber stehen: die traditionelle Auffassung in der der Rechtsgrund je nach Fall objektiv oder subjektiv bestimmt wird, sowie die einheitliche und subjective Definition des Rechtsgrundes in der von Professor Van Ommeslaghe vertretenen Auffassung. Anschliessend wird kurz das System der abstrakten Verpflichtung dargestellt, die sich als eine Verpflichtung versteht, die in einer je nach Fall verschiedenen Weise von ihren Rechtsgrund losgelöst ist.

Der Bericht gibt anschliessend einen Überblick über die wichtigsten Verpflichtungen des Bankiers, die diese Eigenschaft im belgischen Recht aufweisen.

Zunächst werden die aus einem Wechsel, einem Eigenwechsel oder einem Scheck herrührenden Wechselverbindlichkeiten des Bankiers erwähnt. Die Regeln der wechselrechtlichen Strenge und des Ausschlusses von Einreden sowie die Grenzen der wechselrechtlichen Abstraktion in den Beziehungen zwischen den unmittelbaren Parteien, zwischen denen die Grundvereinbarung abgeschlossen wurde, werden hierbei kurz analysiert.

Sodann wird die Verpflichtung des Bankiers, der eine Bankkarte ausgibt als eine Verpflichtung durch einseitige Willenserklärung erklärt.

Der Bericht zeigt im übrigen in wiefern die Bankgarantie als ein abstraktes Rechtsgeschäft angesehen werden kann.

Der Bericht analysiert schliesslich die vom Bankier im Rahmen eines Dokumentenkredits und einer unabhängigen Garantie eingegangenen Verpflichtungen. Der Parallelismus zwischen diesen beiden Einrichtungen wird deutlich insbesondere bei der betrügerischen Inanspruchnahme der Garantie gegenüber dem Bankier und bei der Möglichkeit für den Auftraggeber eine Vorpfändung beim Bankier zu Lasten des Begünstigten durchzuführen.

In den Schlussfolgerungen des Berichtes wird hervorgehoben, dass:

- 1° das Bankrecht ein Erfüllungsbereich für die abstrakte Verbindlichkeit und auch für die Verpflichtung durch einseitige Willenserklärung darstellt,
- 2° das positive belgische Recht in Anwendung der Willensfreiheit die Schaffung von abstrakten Verpflichtungen zulässt, selbst in den vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen Fällen,
- 3° die Willensfreiheit erklärt, dass die abstrakten Verpflichtungen des Bankiers einen variablen Abstraktionsgrad aufweisen,
- 4° die abstrakten Verpflichtungen des Bankiers mit der allgemeinen Theorie der abstrakten Verpflichtung harmonisieren.