

Bankgarantie ook voor schadevergoeding

09-03-2020 16:36



In een [recent gepubliceerde uitspraak](#) van het hof Amsterdam werd bepaald dat een bankgarantie niet alleen was gesteld tot zekerheid voor terugbetaling/teruggave van vooruitbetaalde bedragen, maar ook voor schadevergoeding wegens wanprestatie.

De bewoordingen van een abstracte bankgarantie blijven van groot belang, maar worden door het hof mede beoordeeld in het licht van het onderliggende bouwcontract.

De feiten in het kort

OpenIJ, een aannemersconsortium, realiseert in opdracht van Rijkswaterstaat een nieuwe zeesluis. Daarvoor moeten er vier sluisdeuren en één droogdokdeur worden gebouwd. Dit is door OpenIJ uitbesteed aan het Zuid-Koreaanse bedrijf Geosung Tech voor EUR 23.324,770,00.

De bouwovereenkomst tussen OpenIJ en Geosung brengt met zich dat OpenIJ een aantal vooruitbetalingen doet. Als later zal blijken dat het vooruitbetaalde bedrag hoger is dan het bedrag waar Geosung recht op heeft, heeft OpenIJ op grond van het bouwcontract recht op terugbetaling. Tot zekerheid voor deze eventuele terugbetaling aan OpenIJ heeft Geosung (via haar Zuid-Koreaanse bank Busan) ING opdracht gegeven een bankgarantie aan OpenIJ te verstrekken voor €7.294.953.

De bouw van de deuren loopt meerdere malen vertraging op. OpenIJ roept de bankgarantie af voor het volledige bedrag omdat zij van mening is dat zij recht heeft op terugbetaling van een deel van het vooruitbetaalde bedrag. Geosung weigert en ING betaalt de bankgarantie uit aan OpenIJ. Geosung dagvaardt OpenIJ en ING.

De vraag die hier speelt, is of de bankgarantie ook geldt voor schade die OpenIJ stelt te lijden. Geosung meent van niet omdat OpenIJ op grond van de bouwovereenkomst geen recht zou hebben op schadevergoeding. De voorzieningenrechter en het hof Amsterdam oordelen anders: OpenIJ mocht de bankgarantie inroepen en ING heeft gerechtvaardigd uitbetaald.

Abstracte bankgarantie of niet?

Het kenmerk van een abstracte bankgarantie is dat de verplichting van de bank tot uitbetaling van de garantie onafhankelijk is gemaakt van de onderliggende contractuele verhouding tussen de opdrachtgever van de bankgarantie (Geosung) en de begunstigde (OpenIJ). De bank heeft een zelfstandige verplichting om het in de bankgarantie genoemde bedrag op eerste verzoek van de begunstigde te betalen, als voldaan is aan de voorwaarden zoals die in de garantie zijn omschreven. De achtergrond hiervan is: "eerst betalen, dan praten." Na uitbetaling kan er geprocedeerd worden over wat er precies verschuldigd is. Een bankgarantie is niet abstract als de bank het recht heeft uitbetaling te weigeren door een beroep te doen op de verweren van de hoofdschuldenaar (Geosung).

Geosung stelt dat er geen sprake is van een abstracte bankgarantie, maar dat OpenIJ eerst had moeten procederen of zij op grond van het bouwcontract recht had op terugbetaling. In de bankgarantie zou namelijk staan dat de betalingsverplichting van ING afhankelijk is van de situatie waarin OpenIJ op grond van de bouwovereenkomst gerechtigd is tot betaling.

Daar staat tegenover dat in dezelfde clause is opgenomen dat het om een onherroepelijke garantie op afroep gaat. Ook zijn de Uniform Rules of Demand Guarantees (URDG) van toepassing verklaard. Deze regels zijn specifiek voor bankgaranties met een abstract karakter. Verder staat in de garantie dat ING moet uitbetalen als OpenIJ een daartoe strekkend verzoek doet. Als een tekortkoming noodzakelijk zou zijn geweest, dan had dit expliciet in de bankgarantie moeten staan. Tot slot is de bankgarantie beperkt in duur. Als er eerst geprocedeerd had moeten worden, dan had OpenIJ niet meer onder de garantie kunnen trekken omdat dan de termijn was verstrekken.

De voorzieningenrechter en het hof zijn gezien het bovenstaande van mening dat de bankgarantie geen beperkte dekking heeft en dat er sprake is van een abstract karakter.

Strikte conformiteit

Of OpenIJ als begunstigde van de bankgarantie recht heeft op uitbetaling is afhankelijk of is voldaan aan de voorwaarden in de garantie (strikte conformiteit). Is voldaan aan de voorwaarden in de garantie, dan moet de bank uitbetalen. De Hoge Raad heeft op deze strikte conformiteit een uitzondering toegestaan in geval van bedrog of willekeur door de begunstigde of door de opdrachtgever van de bankgarantie.[1]

Geosung beroept zich hierop door te stellen dat een beroep op de bankgarantie kennelijk bedrieglijk of willekeur is. De bankgarantie zou volgens Geosung alleen zien op terugbetaling door Geosung uit hoofde van een ongedaanmakingsverplichting als Geosung de sluisdeuren niet zou leveren. Het hof Amsterdam komt tot een andere conclusie. Daarbij kijkt het hof niet alleen naar de tekst van de bankgarantie, maar ook naar de bouwovereenkomst. In het bouwcontract staat dat de bankgarantie strekt tot zekerheid voor zowel de verplichting van Geosung om te betalen of terug te betalen, maar ook tot zekerheid voor enige betaling of verplichting van Geosung uit hoofde van deze overeenkomst. Ook schadevergoeding wegens toerekenbare tekortkoming valt hieronder, bijvoorbeeld vanwege te late oplevering, aldus het hof.

Conclusie

De onderliggende rechtsverhouding (hier het bouwcontract) kan een rol spelen bij de uitleg van een abstracte bankgarantie als de strikte bewoordingen van de garantie onvoldoende aanknopingspunten bieden. De

bouwovereenkomst bepaalde dat Geosung zekerheid moest stellen voor iedere schuld aan OpenIJ uit hoofde van de bouwovereenkomst. Schadevergoeding wegens wanprestatie valt dus onder de bankgarantie.



Heleen Wessel-Krijger is advocaat ondernemingsrecht (financiering, zekerheden en insolventierecht) bij [Poelmann van den Broek advocaten](#) in Nijmegen. Voor vragen of opmerkingen is zij bereikbaar via h.wessel-krijger@pvdb.nl of op telefoonnummer 024 -3810842.

[1] De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan bij bedrog of willekeur met zich brengen dat, ook al is voldaan aan de strikte voorwaarden in de bankgarantie, een beroep daarop door de bank niet hoeft te worden gehonoreerd (HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:A02778 inzake Anthea Yachting/ABN AMRO).

Heleen Wessels-Krijger