

# ECLI:NL:HR:2015:600

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	13-03-2015
Datum publicatie	13-03-2015
Zaaknummer	13/04790
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHDHA:2013:1065, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen Conclusie: ECLI:NL:PHR:2014:1813, Contrair
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Contractenrecht. Abstracte bankgarantie. Beginsel van strikte conformiteit. Uitzondering op grond van de derogerende werking redelijkheid en billijkheid bij bedrog of willekeur (HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, NJ 2004/309), ook met betrekking tot de onderliggende rechtsverhouding. Wetenschap van de begunstigde. Uitleg bankgarantie; groot gewicht aan (strikt te lezen) bewoordingen. Voorwaarden voor weigering betaling. Tijdig en op grond van voldoende gespecificeerde redenen?
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 74 Burgerlijk Wetboek Boek 6 248
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NTHR 2015, afl. 3, p. 126, m.nt. prof. mr. R.M. Wibier JOR 2015/184 met annotatie van Mr. G.J.L. Bergervoet INS.nl 2015-0016 INS-Updates.nl 2015-0016 met annotatie van x w NTHR 2015, afl. 4, p. 228 NJB 2015/600 JWB 2015/109 RvdW 2015/409 RF 2015/49 RCR 2015/38 NJ 2015/351 met annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai

## Uitspraak

13 maart 2015

Eerste Kamer

13/04790

LZ/TT

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

ABN AMRO BANK N.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. F.E. Vermeulen,

t e g e n

1. COÖPERATIEVE RABOBANK AMSTERDAM EN OMSTREKEN U.A.,  
gevestigd te Amsterdam,  
2. AMSTELPARK TENNIS PROMOTIONS B.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
VERWEERSTERS in cassatie, eiseressen in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,  
advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ABN AMRO en Rabobank c.s.

### **1 Het geding in feitelijke instanties**

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 84747/HA ZA 10-2016 en 82570/HA ZA 09-2605 van de rechtbank Dordrecht van 17 maart 2010, 12 mei 2010 en 27 oktober 2010;
  - b. de arresten in de zaken 200.081.588/01 en 200.084.991/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 27 september 2011 en 6 december 2011 en van het gerechtshof Den Haag van 23 april 2013.
- De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

### **2 Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof van 23 april 2013 heeft ABN AMRO beroep in cassatie ingesteld. Rabobank heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Rabobank c.s. mede door mr. D. Vlasblom.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het principale beroep.

De advocaat van ABN AMRO heeft bij brief van 2 oktober 2014 op die conclusie gereageerd.

### 3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Tussen Amstelpark Tennis Promotions B.V. (hierna: Amstelpark) als opdrachtgever en Giebros B.V. (hierna: Giebros) als aannemer is een overeenkomst van aanneming van werk gesloten. Giebros diende op grond van die overeenkomst technische installaties te leveren en te plaatsen tegen een aanneemsom van € 1.265.000,-- exclusief BTW.

(ii) ABN AMRO heeft aan Giebros een lening verstrekt waarmee aan Giebros middelen werden verstrekt om de aan de uitvoering van de opdracht verbonden kosten te kunnen dragen zolang Amstelpark de aanneemsom niet had betaald (voorfinanciering).

(iii) Amstelpark diende 90% van de aanneemsom, zijnde € 1.138.500,--, bij oplevering van het werk aan Giebros te betalen. Als zekerheid voor de nakoming van die verplichting heeft Amstelpark door Rabobank een bankgarantie doen stellen, waarbij ABN AMRO als begunstigde is aangewezen.

(iv) In de desbetreffende bankgarantie staat onder meer :

“De Bank verplicht zich hierbij onvoorwaardelijk en onherroepelijk ten behoeve van Giebros aan Fortis Bank (Nederland) N.V. [Hoge Raad: de rechtsvoorgangster van ABN AMRO] (...), hierna te noemen de “Begunstigde” per omgaande op eerste verzoek als eigen schuld te zullen voldoen het op te geven factuurbedrag zijnde de som van de tot en met de datum van vornoemd verzoek verzonden proformafacturen met attest, tot een maximumbedrag van 90% van de aanneemsom, zijnde Euro 1.138.500 excl. BTW.

Het verzoek tot betaling dient te zijn voorzien van een door Opdrachtneemster of de Begunstigde ondertekende verklaring, inhoudende dat de Opdrachtgeefster haar bovengenoemde betalingsverplichtingen niet is nagekomen en het bedrag dat de Opdrachtgeefster schuldig is”.

(v) ABN AMRO heeft Rabobank om betaling onder de bankgarantie verzocht, onder overlegging (1) van een factuur van Giebros voor 90% van de aanneemsom, met vermelding “Te betalen conform bankgarantie € 1.138.500,- vermeerderd met BTW”, alsmede (2) van een brief van Giebros aan ABN AMRO, luidende onder meer: “Wij verzoeken u omgaand Rabobank ervan te verwittigen dat u een verzoek doet tot uitbetaling van de bankgarantie (...) en in dat verzoek te vermelden dat u mede namens Giebros (...) verklaart dat haar opdrachtgeefster Amstelpark (...) haar betalingsverplichtingen niet is nagekomen (...) en dat betaling dient te geschieden.”

(vi) Rabobank heeft die betaling geweigerd. Rabobank heeft daaraan per faxbrief van 5 juni 2009 het volgende ten grondslag gelegd: “Onze cliënt betwist de hoogte van het in uw schrijven d.d. 29 mei 2009 gestelde factuurbedrag omdat het gestelde bedrag apert onjuist zou zijn. Tevens stelt onze cliënt dat de factuur moet zijn voorzien van een attest, hetgeen ontbreekt. Om deze redenen heeft onze cliënt ons gesommeerd niet tot uitkering aan Fortis Bank (Nederland N.V.) over te gaan.”

(vii) Giebros is enkele maanden daarna in staat van faillissement verklaard.

3.2.1 De rechtbank heeft in een procedure tussen Amstelpark en Rabobank als eiseressen en ABN AMRO en Giebros als gedaagden (zaak 1) – voor zover hier van belang – afgewezen de vorderingen van Amstelpark en Rabobank tegen ABN AMRO die zijn gebaseerd op de stelling dat ABN AMRO de bankgarantie ten onrechte heeft ingeroepen. In een tweede procedure tussen ABN AMRO als eiseres en Rabobank als gedaagde (zaak 2), op de rol gevoegd met zaak 1, heeft de rechtbank Rabobank veroordeeld uit hoofde van de bankgarantie ABN AMRO te betalen.

3.2.2 In hoger beroep, waarin Giebros en haar curator niet zijn verschenen, heeft het hof in zaak 2 de vorderingen van ABN AMRO alsnog afgewezen. In zaak 1 heeft het hof ABN AMRO veroordeeld om de bankgarantie aan Rabobank te retourneren en voor recht verklaard dat ABN AMRO aansprakelijk is voor alle schade die Amstelpark heeft geleden en zal lijden ten gevolge van het ten onrechte in stand blijven van de bankgarantie, welke schade dient te worden opgemaakt bij staat.

3.2.3 Het hof heeft, samengevat, als volgt overwogen.

De in de bankgarantie bedoelde verklaring van Giebros of ABN AMRO dat Amstelpark haar betalingsverplichtingen niet is nagekomen, biedt geen enkele waarborg dat daadwerkelijk sprake is van een betaalverplichting van Amstelpark jegens Giebros. Het is niet meer dan een ongestaafe verklaring van een partij die direct of indirect belang bij betaling onder de bankgarantie heeft. (rov. 2.8)

De aanspraak die ABN AMRO als begunstigde partij bij de bankgarantie jegens Rabobank kan ontlenen, is – ervan uitgaande dat een waarheidsgetrouwe verklaring wordt overgelegd – niet groter dan het bedrag waarop Giebros jegens Amstelpark aanspraak heeft. Indien Amstelpark

om welke reden dan ook de slottermijn van de aannemingsovereenkomst niet (meer) jegens Giebros verschuldigd is, kan immers – indien de waarheid geen geweld wordt aangedaan – noch Giebros noch ABN AMRO de voor een beroep op de bankgarantie vereiste verklaring dat Amstelpark haar betalingsverplichtingen niet is nagekomen, produceren, hetgeen inhoudt dat ABN AMRO geen beroep op de bankgarantie kan doen. Daardoor heeft de bankgarantie – anders dan ABN AMRO betoogt – ten opzichte van de rechtsverhouding tussen Giebros en Amstelpark geen zelfstandig karakter en is de zekerheid die ABN AMRO aan de bankgarantie kan ontlenen beperkt. Dat onzelfstandige karakter wordt nog versterkt door de omstandigheid dat betaling aan ABN AMRO uit hoofde van de bankgarantie volgens de tekst daarvan diende te geschieden ten behoeve van Giebros op de rekening van Giebros bij ABN AMRO. (rov. 2.9)

Vooropgesteld wordt dat strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden uitgangspunt is, doch dat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering op dat beginsel van strikte conformiteit niet is uitgesloten (rov. 2.13).

Voor een dergelijke uitzondering is in elk geval grond indien er sprake is van fraude, die voor Rabobank kenbaar was voordat zij op het verzoek tot betaling moest beslissen (rov. 2.14).

Voor de wetenschap van Rabobank omtrent die fraude is ook van betekenis de wetenschap die haar grond vindt in door Amstelpark aan Rabobank verstrekte informatie. Rabobank mocht uitbetaling ook weigeren indien ABN AMRO zelf niet wist dat de verklaring van Giebros onjuist en frauduleus was. Aan deze beide oordelen ligt het hiervoor (in rov. 2.7-2.9) besproken karakter van de verklaring ten grondslag. Het was ook voor ABN AMRO de kenbare bedoeling van de bankgarantie dat ABN AMRO slechts dan recht had op betaling van de bankgarantie ingeval Giebros grond had om te verklaren dat Amstelpark haar onderhavige betaalverplichting jegens Giebros niet was nagekomen. (rov. 2.15)

Rabobank heeft de verklaring van Giebros in de hiervoor aangeduide zin als onjuist/frauduleus kunnen aanmerken, aangezien zij uit door Amstelpark aan haar verstrekte informatie, die was gestaafd met bescheiden en spoorde met haar eigen wetenschap omtrent betalingen door Amstelpark aan derden, met een voldoende mate van zekerheid heeft kunnen afleiden, kort gezegd, (1) dat Amstelpark en Giebros waren overeengekomen dat Amstelpark direct leveranciers/onderaannemers van Giebros zou gaan betalen en ook heeft betaald, totaal ten belope van circa € 900.000,--, en (2) dat het werk niet was opgeleverd/aanvaard en daardoor de slottermijn van de aanneemsom nog niet opeisbaar was (rov. 2.16).

ABN AMRO heeft dat - hoewel zij over die argumenten door Amstelpark bij faxbrief van 5 juni 2009 was geïnformeerd - niet jegens Rabobank in bijvoorbeeld een nadere toelichting van

haar betalingsverzoek, noch in deze procedures gemotiveerd weersproken (rov. 2.17).

Rabobank heeft in hoger beroep gemotiveerd aangevoerd dat zij de betaling weigerde omdat naar haar mening het afroepen van de bankgarantie kennelijk bedrieglijk of kennelijk willekeurig was. In het licht hiervan kan geen doorslaggevende betekenis worden gehecht aan hetgeen de advocaat van Rabobank tijdens de comparitie van partijen in de eerste instantie heeft verklaard, inhoudende dat er op 5 juni 2009 nog slechts sprake was van een vermoeden van frauduleus of bedrieglijk handelen. Rabobank heeft wellicht bedoeld dat ingeval ABN AMRO na haar afwijzing, de door Amstelpark aangevoerde - ABN AMRO bekende - argumenten, deugdelijk zou weerleggen - hetgeen niet is geschied - zij op die weigering zou kunnen terugkomen. (rov. 2.18)

Voor zover ABN AMRO heeft bedoeld te stellen dat Rabobank zich jegens haar tot meer heeft verbonden dan uit de hiervoor besproken inhoud van de bankgarantie voortvloeit, is dat onvoldoende gemotiveerd. Dat geldt meer in het bijzonder voor een toezegging dat Rabobank eerst zou betalen en dat er dan pas door de betrokken partijen zou worden gepraat. (rov. 2.19)

#### **4 Beoordeling van het middel in het principale beroep**

4.1 De klachten van onderdeel 1 strekken allereerst ten betoge dat het hof ten onrechte aan ABN AMRO een beroep op de bankgarantie heeft ontzegd op de grond (A) dat de bankgarantie geen zelfstandig karakter heeft ten opzichte van de rechtsverhouding tussen Giebros en Amstelpark en dat de zekerheid die ABN AMRO aan de bankgarantie kan ontleenen, beperkt is en (B) dat ABN AMRO slechts dan recht heeft op betaling indien Giebros grond had te verklaren dat Amstelpark haar betalingsverplichting niet nakwam. Daarenboven heeft het hof, aldus de klachten, met zijn vermelde oordelen de grenzen van de rechtsstrijd tussen partijen overschreden dan wel het bepaalde in art. 149 Rv, alsmede het grievenstelsel en zijn taak als appelrechter miskend, omdat tussen partijen tot uitgangspunt strekte dat het in het onderhavige geval gaat om een abstracte bankgarantie, waarbij uitbetaling aan de begunstigde alleen geweigerd mag worden bij "fraude" als toepassing van een op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid gebaseerde, zeer beperkte uitzondering op het beginsel van de strikte conformiteit.

De klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

4.2.1 Gelet op de aard van een abstracte garantie op afroep (onder de voorwaarden vermeld in de garantie) en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank, die de belangen in het oog moet houden van zowel degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, is een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden. Een uitzondering op dit beginsel op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is echter niet uitgesloten. Deze uitzondering kan zich voordoen in geval van bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde of degene in wiens opdracht de garantie is gesteld. (Vgl. HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2778, NJ 2004/309)

Uit de aard en functie van de abstracte bankgarantie vloeit tevens voort dat bij de uitleg daarvan groot gewicht toekomt aan de (strikt te lezen) bewoordingen van de garantie.

4.2.2 Een abstracte bankgarantie bevat een betalingsverplichting die zelfstandig is ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding. Dit brengt mee dat verweren ontleend aan die rechtsverhouding in beginsel niet in de weg kunnen staan aan de vordering tot betaling uit hoofde van de bankgarantie, indien aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden voor betaling is voldaan. Dit is op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid anders indien sprake is van bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde of degene in wiens opdracht de garantie is gesteld (zie hiervoor in 4.2.1). Dat bedrog of die

willekeur kan ook betrekking hebben op de onderliggende rechtsverhouding. Daarbij is niet vereist dat degene die de garantie afroept, op het moment van afroepen wetenschap heeft van het gestelde bedrog of van de beweerde willekeur.

De zekerheidsfunctie van de bankgarantie in het handelsverkeer eist echter wel dat de bank haar beroep op bedrog of willekeur onverwijld tegenwerpt aan degene die de bankgarantie afroept. Zij dient daarbij de afroeper voldoende inzicht te geven in de gronden voor haar weigering om te betalen, en de opgegeven gronden moeten het beroep op bedrog of willekeur kunnen dragen.

- 4.3 De klachten zijn gegrond voor zover zij het oordeel van het hof (in rov. 2.9) bestrijden dat de onderhavige bankgarantie geen zelfstandig karakter ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding tussen Giebros en Amstelpark heeft en dat de zekerheid die ABN AMRO aan die garantie kan ontleen, beperkt is. De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat beide partijen tot uitgangspunt hebben genomen dat de onderhavige garantie een abstract karakter heeft. Het hof heeft kennelijk miskend dat een zodanige garantie een zelfstandig karakter ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding heeft. In zoverre slaagt onderdeel 1.
- 4.4 Uit het hiervoor in 4.2.1-4.2.2 overwogene vloeit voort dat de klachten eveneens gegrond zijn voor zover zij betogen dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is waar het (in rov. 2.15) heeft aangenomen dat het ook voor ABN AMRO de kenbare bedoeling van de bankgarantie was dat ABN AMRO slechts dan recht op betaling onder de garantie kan doen gelden ingeval Giebros grond had om te verklaren dat Amstelpark haar onderhavige betaalverplichtingen jegens Giebros niet was nagekomen. Het hof heeft niet duidelijk gemaakt uit welke omstandigheden het die "kenbare" bedoeling heeft afgeleid en zijn oordeel is reeds hierom ontoereikend gemotiveerd. Zonder nadere motivering is voorts niet begrijpelijk hoe een dergelijke bedoeling is te rijmen met het abstracte karakter van de garantie, dat meebrengt dat groot gewicht toekomt aan de strikt te lezen bewoordingen daarvan.
- 4.5 Onderdeel 2 richt zich tegen de oordelen van het hof (in rov. 2.15-2.19), kort gezegd, dat Rabobank de verklaring van Giebros als onjuist en frauduleus heeft aangemerkt en heeft kunnen aanmerken, dat Rabobank ook mocht weigeren uit te betalen indien ABN AMRO zelf niet wist dat de verklaring van Giebros onjuist en frauduleus was, dat Rabobank in hoger beroep voldoende duidelijk heeft aangevoerd dat het afroepen van de bankgarantie kennelijk bedrieglijk of kennelijk willekeurig was en dat ABN AMRO tegenover een en ander niet voldoende heeft gesteld.
- 4.6 De in onderdeel 2 aangevoerde klachten falen voor zover zij tot uitgangspunt nemen dat Rabobank geen betaling mocht weigeren indien ABN AMRO niet wist dat de verklaring van Giebros frauduleus was. Uit het hiervoor in 4.2.1 vermelde arrest van 26 maart 2004 vloeit immers voort dat een uitzondering op het beginsel van strikte conformiteit ook kan worden aangenomen indien sprake is van fraude of willekeur aan de zijde van degene die de opdracht tot het stellen van de garantie heeft verstrekt. In dat geval is niet vereist dat degene die de garantie afroept, wetenschap van die fraude of willekeur heeft.
- 4.7 Onder 2.6 klaagt het onderdeel dat het hof heeft miskend dat, zo al Rabobank voldoende tijdig haar weigering heeft ingeroepen, zij heeft nagelaten duidelijk aan ABN AMRO te melden waarom sprake was van "kennelijke" fraude. Volgens de klacht dient in cassatie tot uitgangspunt dat Rabobank zich in haar brief van 5 juni 2009 louter beriep op (niet nader toegelichte) stellingen van haar opdrachtgever, waarbij aan ABN AMRO niet werd medegedeeld wat Rabobank volgens het hof in rov. 2.16-2.18 uit die brief "heeft kunnen afleiden", en waarbij Rabobank in eerste aanleg slechts van een "vermoeden" sprak.
- Bij de beoordeling van deze klacht wordt vooropgesteld dat een bank bij de weigering om tot betaling over te gaan, niet met zoveel woorden de juridische grondslag van die weigering behoeft te vermelden. Voldoende is dat zij onverwijld en voldoende duidelijk redenen voor weigering

aanvoert die een beroep op fraude of willekeur kunnen dragen.

De klacht slaagt. De door de Rabobank aan ABN AMRO vermelde reden om niet tot betaling over te gaan, te weten dat volgens haar opdrachtgever de hoogte van de gestelde factuur apert onjuist zou zijn, is in het licht van de hiervoor in 4.2.2 vermelde eisen, onvoldoende gespecificeerd om betaling onder een abstracte bankgarantie te mogen weigeren. Daaruit volgt immers nog niet dat sprake is van bedrog of willekeur. Rabobank heeft eerst in hoger beroep een onderbouwd beroep op bedrog of willekeur gedaan.

4.8 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

## **5 Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep**

5.1 De voorwaarde met betrekking tot het incidentele cassatieberoep is vervuld blijkens het hiervoor overwogene, zodat het beroep dient te worden behandeld.

5.2 De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

## **6 Beslissing**

De Hoge Raad:

*in het principale beroep:*

vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 23 april 2013;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Rabobank c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 6.361,89 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

*in het incidentele beroep:*

verwerpt het beroep;

veroordeelt Rabobank c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 68,07 aan verschotten en op € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en G. Snijders, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 13 maart 2015.