

90. Een meer objectieve uitlegmaatstaf leidt nog niet tot een strikt letterlijke interpretatie

Bespreking van HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2297 (*Rabobank/Rollecate*)

MR. E.A.L. VAN EMDEN EN MR. E.L.A. VAN EMDEN

Dit arrest draait om de uitleg van een abstracte bankgarantie. De Hoge Raad verduidelijkt dat hantering van een meer objectieve uitlegmaatstaf nog niet betekent dat uitsluitend naar de letterlijke tekst van de bankgarantie gekeken kan worden en dat geheel geabstraheerd zou moeten worden van de overige omstandigheden van de zaak. Wij bespreken dit arrest in de context van enerzijds de aard en functie van de abstracte bankgarantie en anderzijds de rechtspraak en literatuur.

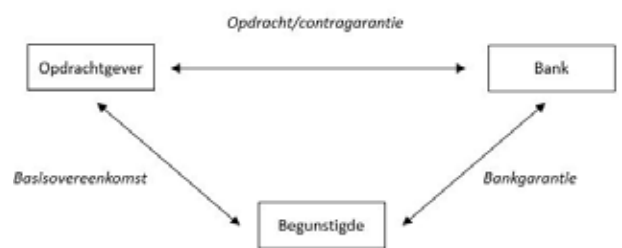
De aard en functie van de abstracte bankgarantie

Een bankgarantie is een verbintenisrechtelijke zekerheidsfiguur. In zijn meest simpele vorm zijn er drie partijen bij het stellen van de bankgarantie betrokken:

1. een opdrachtgever die met de bank overeenkomt dat een bankgarantie ten behoeve van een ander (de begunstigde) wordt gesteld;
2. de bank die deze bankgarantie ten behoeve van de begunstigde afgeeft; en
3. de begunstigde die onder omstandigheden uitkering van het gegarandeerde bedrag van de bank kan vragen.

Normaliter vormt een separate overeenkomst tussen de opdrachtgever en de begunstigde (de ‘basisovereenkomst’) de aanleiding voor het laten stellen van de bankgarantie. De bankgarantie vormt doorgaans de zekerheid voor de nakoming van bepaalde verplichtingen door een van de contractspartijen bij de basisovereenkomst jegens de andere contractspartij. Is de basisovereenkomst bijvoorbeeld een huurcontract, dan wordt veelal een bankgarantie gesteld die zekerheid vormt voor de plicht van de huurder om huurpenningen (en/of schadevergoeding) te betalen aan de verhuurder.

Keert de bank uit aan de begunstigde, dan zal hij het uitgekeerde bedrag vervolgens verhalen op de opdrachtgever (recht van rembours). Voor de afspraken die de bank in het kader van het opstellen van de bankgarantie maakt met de opdrachtgever, wordt de term *contragarantie* gebruikt. Schematisch kan de verhouding tussen de betrokkenen als volgt worden weergegeven:



Een veel voorkomende variant van de bankgarantie is de abstracte bankgarantie of afroepbankgarantie.¹ Deze bankgarantie kenmerkt zich erdoor dat de bank op eerste verzoek van de begunstigde (op diens eerste afroep) tot uitkering overgaat. De bank voert daarbij geen eigen toets uit naar de materiële gegrondheid van de aanspraak van de begunstigde op de opdrachtgever, maar controleert in beginsel slechts of aan de voorwaarden uit de bankgarantie is voldaan. Die voorwaarden behelzen bij abstracte bankgaranties vaak niet meer dan dat de begunstigde (schriftelijk) aan de bank verklaart dat de opdrachtgever in verzuim is. Door het laten stellen van de bankgarantie wordt de (onderhandelings- en verhaals)positie van de begunstigde dus versterkt. De begunstigde kan op eenvoudige wijze bewerkstelligen dat hij het garantiebedrag ontvangt. De discussie tussen begunstigde en opdrachtgever over de vraag of die betaling ook terecht was – of de begunstigde daadwerkelijk een vordering op de opdrachtgever heeft – zal na die uitbetaling tussen deze partijen moeten plaatsvinden. De bank staat verder buiten de discussie over de gegrondheid van deze aanspraak. De rol van de bank is slechts dat zij als eigen verplichting garandeert dat in specifiek omschreven gevallen prompt betaling aan de

¹ Of sprake is van een abstracte bankgarantie komt aan op uitleg, zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 31 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:707.

begunstigde plaatsvindt. De term ‘abstract’ brengt aldus tot uitdrukking dat de verplichting van de bank om aan de begunstigde uit te keren (in vergaande mate) losstaat van de basisovereenkomst.² Vernietiging of ontbinding van de basisovereenkomst laat, anders dan bijvoorbeeld bij borgtocht, de gestelde bankgarantie intact en verweren die de uitvoering van de basisovereenkomst betreffen, staan in beginsel niet aan uitkering door de bank in de weg. De basisovereenkomst kan in zoverre wel ‘doorwerken’ dat de bank kennelijk willekeurige en kennelijk bedrieglijke claims van de begunstigde niet zal (mogen) honoreren; deze uitzondering is voor dit artikel verder niet relevant.³

De bank staat verder buiten de discussie over de gegrondheid van de aanspraak

Bij abstracte bankgaranties geldt het beginsel van strikte conformiteit. De bank controleert nauwgezet of de garantievoorwaarden zijn vervuld en keert indien aan de garantievoorwaarden is voldaan, prompt uit. Daarmee weten alle betrokkenen waar ze aan toe zijn, wat de ‘waarde’ van de bankgarantie als zekerheidsfiguur verhoogt. In het arrest Gesnoteg/Mees Pierson uit 1995 is dit beginsel van strikte conformiteit als volgt verwoord: *‘gelet op het karakter van een bankgarantie als de onderhavige en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen en gelet op de positie van de bank die zowel de belangen van degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, in het oog moet houden, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is.’*⁴ Hoewel hier verder niet relevant, merken wij voor de volledigheid op dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in bijzondere gevallen een uitzondering op het beginsel van strikte conformiteit kan rechtvaardigen. Dit volgt uit het Anthea-arrest uit 2004,⁵ dat in 2015 is bevestigd.⁶ Zie over deze materie uitvoeriger ons artikel in dit tijdschrift uit 2015.⁷

De uitlegmaatstaf ten aanzien van een abstracte bankgarantie

De hiervoor beschreven aard en functie van de abstracte bankgarantie en het daarbij geldende beginsel van strikte conformiteit zijn tevens van betekenis voor de vraag op welke wijze een bankgarantie moet worden uitgelegd. Er bestaat een zekere consensus dat ten aanzien van abstracte bankgaranties een meer objectieve uitlegmaatstaf aangewezen is. *DSM/Fox* leert dat bij de uitleg van rechtshandelingen een glijdende schaal wordt gehanteerd.⁸ Afhankelijk van de inhoud en de aard van de rechtshandeling wordt deze meer subjectief of meer objectief uitgelegd. Aan de ene kant van dit spectrum zit de subjectieve Haviltex-maatstaf, die de werkelijke bedoelingen, verklaringen en gedragingen van partijen centraal stelt en veel ruimte biedt om buiten het contract gelegen omstandigheden bij de uitleg te betrekken.⁹ Aan de andere kant van het spectrum zit de cao-maatstaf, die een uiterst objectieve uitleg voorschrijft en maar zeer beperkt ruimte biedt om naast het uit te leggen geschrift ook andere documenten, feiten of bedoelingen mee te wegen.¹⁰ De meeste schrijvers en rechters vinden dat de cao-maatstaf als zodanig niet toepasselijk is op een abstracte bankgarantie, maar dat uitleg van een abstracte bankgarantie wel op een meer objectieve wijze moet plaatsvinden.¹¹ De abstracte bankgarantie staat volgens ons op de glijdende-uitlegschaal meer aan de kant van de objectieve uitleg, maar niet helemaal aan het uiterste van die schaal (de cao-norm). Er bestaat volgens ons een zekere ruimte voor het betrekken van andere factoren in de uitleg van de bankgarantie, zodat deze iets minder abstract moet worden uitgelegd dan dat de cao-maatstaf zou voorschrijven. Ook in de rechtspraak wordt meestal voor een meer objectieve uitlegmethode gekozen. Zo heeft de Hoge Raad in 2015 bepaald: *‘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.’*¹²

Een meer geobjectiveerde uitlegmaatstaf brengt met zich dat bij de uitleg van de abstracte bankgarantie verder gekeken kan worden dan naar alleen de (tekst van de) bankgarantie zelf. Onder omstandigheden kan bijvoorbeeld ook de basisovereenkomst in de uitleg worden betrokken. Dat volgt al met zoveel woorden uit Haefner/ABN AMRO uit 1998, in welk arrest de Hoge Raad onder verwijzing naar de Haviltex-maatstaf oordeelde dat onder omstandigheden bij de uitleg van de bankgarantie betekenis kan toekomen aan de basisovereenkomst.¹³ Of dat zo is, zal volgens de

2 Vgl. HR 12 maart 1982 *NJ* 1982/267 (*Macoil*), r.o. 6: *‘(...) welke zelfstandige verplichtingen zij weliswaar op zich heeft genomen naar aanleiding van – i.c. – een koopovereenkomst, maar die onafhankelijk zijn van deze overeenkomst en niet kunnen worden ontgaan met verweermiddelen ontleend aan die onderliggende rechtsverhouding (...)’*

3 Zie hierover E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Kluwer: Deventer, 2014, hoofdstuk 4.4.

4 HR 9 juni 1995, *NJ* 1995/639 (*Gesnoteg/Mees Pierson*). Zie voor recente toepassingen van dit beginsel bijvoorbeeld Rb. Overijssel 12 december 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4844, Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7338 en Rb. Oost-Brabant 12 september 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5082.

5 HR 26 maart 2004, *NJ* 2004/309 (*Anthea/ABN AMRO*).

6 HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/351 (*ABN AMRO/Rabobank*).

7 E.L.A. van Emden en E.A.L. van Emden, ‘Kan je te goeder trouw frauduleus claimen onder een bankgarantie?’, *ORP* 2015/6.

8 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*).

9 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (*Haviltex*).

10 HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 en 174 en HR 25 november 2016, *NJ* 2017/114 (*FNV/Condor*).

11 Zie hierover E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Kluwer: Deventer, 2014, hoofdstuk 1.6.

12 HR 13 maart 2015, *NJ* 2015/351 (*ABN AMRO/Rabobank*). Zie recentelijk ook Rb. Amsterdam 31 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:707, r.o. 4.3 e.v.

13 HR 25 september 1998, *NJ* 1998/892 (*Haefner/ABN AMRO*).

Hoge Raad *'van geval tot geval worden beslist door na te gaan welke zin betrokkenen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bewoordingen van de garantie mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.'* Recentere rechtspraak toont dat de (context van de) basisovereenkomst in de praktijk soms betrokken wordt in de uitleg van de bankgarantie. Zo werd in 2017 door het Hof Amsterdam bij de uitleg van een bankgarantie betekenis toegekend aan een allonge bij de huurovereenkomst tussen opdrachtgever (de huurder) en begunstigde (de verhuurder).¹⁴ In 2014 betrok hetzelfde hof een met de bankgarantie samenhangende aannemingsovereenkomst bij de uitleg van de bankgarantie.¹⁵

De feiten en het procesverloop in dit arrest

Verkoper Polux en koper Rollocate sluiten een overeenkomst voor de koop van gevelplaten, die in diverse tranches geleverd zullen worden. Partijen komen overeen dat Rollocate de koopsom voor elke tranche bij vooruitbetaling voldoet en dat Polux op haar beurt als zekerheid voor haar corresponderende verplichtingen jegens Rollocate een bankgarantie ten behoeve van Rollocate laat stellen.

Rabobank stelt op verzoek van Polux twee bankgaranties. De procedure draait om de tweede bankgarantie. Het betreft een abstracte bankgarantie, die inhoudt dat Rabobank op de eerste schriftelijk mededeling van Rollocate dat Polux in verzuim is, zal uitkeren aan Rollocate. Deze bankgarantie is gesteld onder de opschortende voorwaarde dat Rollocate de termijnbetalingen, waarvoor de bankgarantie is gesteld, aan Polux heeft betaald. Voor die termijnbetalingen geldt een in de tekst van de bankgarantie opgenomen betaalschema, dat bepaalt welk bedrag Rollocate op welk moment aan Polux moet betalen. Blijkens de bankgarantie werkt het zo, dat iedere keer dat Rollocate tijdig aan Polux betaalt, het bedrag waarvoor de bankgarantie is gesteld met een corresponderend bedrag wordt verhoogd. Logischerwijs betekent dat ook, dat als Rollocate niet tijdig aan Polux betaalt, er geen verhoging onder de bankgarantie plaatsvindt.

Rollocate doet een aantal betalingen aan Polux, die echter niet conform het betaalschema zijn. Meer concreet: Rollocate betaalt de koopsom voor een groot aantal van de tranches later dan was afgesproken.

Op enig moment, kort voor het faillissement van Polux, vraagt Rollocate de bank om uitbetaling van de bankgarantie.

De bank wijst dit verzoek af omdat Rollocate de diverse tranches niet tijdig aan Polux heeft betaald. Er is daardoor volgens de bank niet voldaan aan de opschortende voorwaarde waaronder de bankgarantie is gesteld, respectievelijk de bankgarantie is niet opgehoogd met de door

Rollocate aan Polux gedane vooruitbetalingen, omdat die betalingen te laat waren.

Rollocate start een procedure tegen de bank waarin zij uitbetaling van de bankgarantie vordert. Rollocate stelt daartoe dat de betalingsdata die zijn vermeld in het betaalschema geen fatale termijnen zijn en dat zij aanspraak kan maken op de bankgarantie voor het bedrag waarvoor zij feitelijk vooruitbetalingen aan Polux heeft gedaan. De redenering van Rollocate is dat waar zij ten aanzien van een bepaalde tranche te laat heeft betaald, die (te late) betaling moet worden beschouwd als een tijdige betaling voor de eerstvolgende tranche. Rabobank betwist dit en wijst er op dat Rollocate bij de betalingen steeds heeft verwezen naar een specifiek factuurnummer, zodat de te late betaling moet worden toegerekend aan de tranche uit het betaalschema dat met de specifieke factuur correspondeert. Rollocate merkt in reactie daarop op, dat in het betaalschema zoals opgenomen in de bankgarantie geen factuurnummers zijn vermeld. De bankgarantie vermeldt alleen welk bedrag op welk moment betaald moet zijn.

Een meer geobjectiveerde uitlegmaatstaf brengt met zich dat bij de uitleg van de abstracte bankgarantie verder gekeken kan worden dan naar alleen de (tekst van de) bankgarantie zelf

De rechtbank wijst de vordering van Rollocate af,¹⁶ maar het hof wijst de vordering toe.¹⁷ Het hof stelt voorop dat sprake is van een abstracte bankgarantie, zodat bij de uitleg groot gewicht toekomt aan de letterlijke tekst daarvan. Volgens het hof bevat het betaalschema wel degelijk fatale termijnen. Rollocate heeft het betaalschema dus niet correct nageleefd. Rollocate heeft echter feitelijk een aantal (vooruit)betalingen aan Polux gedaan. Een objectieve uitleg van de bankgarantie brengt volgens het hof met zich dat een door Rollocate te laat gedane betaling kan worden beschouwd als een tijdige betaling van de eerstvolgende termijn. Anders gezegd, het hof rekent de te late betaling van tranche 1 uit het betaalschema toe aan tranche 2. Het hof gaat voorbij aan het verweer dat Rollocate bij de omschrijving van de betalingen had verwezen naar een specifieke factuur, die correspondeert met een bepaalde tranche uit het betaalschema. Het betaalschema uit de bankgarantie zelf vermeldde immers niet de factuurnummers, terwijl bij de uitleg van een abstracte bankgarantie volgens het hof moet worden geabstraheerd van de onderliggende overeenkomst tussen Polux en Rollocate. Een letterlijke uitleg van de bankgarantie brengt volgens het hof aldus met zich dat Rollocate in elk geval ten aanzien van een aantal tranches uit het in de bankgarantie opgenomen betaalschema tijdig heeft betaald en daarvoor recht op uitkering door de bank

14 Hof Amsterdam 16 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1870.

15 Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3664, vervolgd in Hof Amsterdam 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1247.

16 Rb. Noord-Holland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:6708, «JOR» 2017/103.

17 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1767.

heeft. Het hof vindt daarbij mede van belang dat de door de bank bepleite opvatting zou meebrengen dat Rollocate feitelijk wel vooruit heeft betaald maar de daarvoor bedongen zekerheid toch zou mislopen. Volgens het hof hadden partijen, als zo'n verstrekkend gevolg was beoogd, zulks duidelijk in de bankgarantie moeten vermelden.

Rabobank stelt cassatieberoep in. De A-G concludeert tot vernietiging en de Hoge Raad volgt dat advies.¹⁸ De Hoge Raad stelt in r.o. 3.3.2 voorop dat bij abstracte bankgaranties het beginsel van strikte conformiteit geldt en dat de aard en functie van de abstracte bankgarantie meebrengen dat bij de uitleg een groot gewicht toe komt aan de (strikt te lezen) bewoordingen daarvan. De geobjectieerde uitlegmaatstaf uit het arrest uit 2015 wordt daarmee herhaald. Vervolgens wordt in r.o. 3.3.3 vastgesteld dat de motiveeringsklachten van de bank slagen. Immers, in het arrest van het hof ligt besloten dat het betaalschema fatale termijnen bevat en dat Rollocate een groot aantal van die termijnen te laat heeft betaald. Die feitelijke vaststelling verhoudt zich niet met de conclusie van het hof dat een te laat gedane betaling voor een bepaalde tranche, toegerekend mag worden aan de latere tranche. Het hof is daarnaast ten onrechte voorbijgegaan aan het door de bank gedane beroep op art. 6:43 BW, dat bepaalt dat een betaling moet worden toegerekend aan de schuld die de schuldenaar bij zijn betaling heeft aangewezen.

Onze visie op de conclusie van de A-G

A-G Wesseling-Van Gent stelt in haar conclusie voorop dat een abstracte bankgarantie letterlijk geïnterpreteerd moet worden; brengt een letterlijke uitleg geen uitkomst, dan is er volgens de A-G enige ruimte om af te wijken van de bewoordingen. Uitleg conform de geobjectieerde Haviltex-norm, of de cao-norm, is volgens de A-G meer aangewezen naar mate de rechtspositie van derden wordt beïnvloed door de bedoeling van de contracterende partijen. De A-G vervolgt: *'Bij uitleg van een bankgarantie waarin is geabstraheerd van de onderliggende rechtsverhouding tussen opdrachtgever en begunstigde, is de positie van derden niet aan de orde. Genoemde normen spelen daarom mijns inziens geen of een ondergeschikte rol. De eventuele verdere uitleg van de abstracte bankgarantie zal dan moeten plaatsvinden met toepassing van de gewone Haviltex-norm.'*

Daarnaast vinden wij de vraag of de bankgarantie al dan niet is 'losgekoppeld' van de basisovereenkomst niet bepalend voor de uitlegmaatstaf

De redenering van de A-G lijkt aldus in te houden dat bij de uitleg van een abstracte bankgarantie waarin wordt geabstraheerd van de basisovereenkomst, de positie van

derden in beginsel geen rol speelt. Wij hebben aarzeling bij deze redenering. In de eerste plaats is het belang van één niet-contractspartij wel degelijk nadrukkelijk en kenbaar in het gedrang, namelijk het belang van de opdrachtgever. Weliswaar is de opdrachtgever geen partij bij de bankgarantie zelf, maar deze bankgarantie is in zijn directe opdracht gesteld en de bank zal zich na uitkering ook op hem verhalen. Dat maakt dat zijn positie 'bijzonder' is en dat er in geval van onduidelijkheid wel degelijk aanleiding kan zijn om ook zijn positie tot op zekere hoogte mee te wegen. Dat geldt des te meer omdat ook deze opdrachtgever in de regel betrokken is bij de redactie van de bankgarantie. Daarnaast kunnen andere partijen, zoals bijvoorbeeld een financierende bank aan wie de bankgarantie als zekerheid voor de financiering is gegeven, direct belang hebben bij de bankgarantie.

Daarnaast vinden wij de vraag of een bankgarantie al dan niet is 'losgekoppeld' van de basisovereenkomst niet doorslaggevend voor de uitlegmaatstaf. De rechtvaardiging om een bankgarantie meer objectief uit te leggen is volgens ons niet zozeer gelegen in het feit dat de bankgarantie in juridisch opzicht onafhankelijk is van een andere overeenkomst. De reden voor een meer objectieve uitleg is de functie van de bankgarantie en het beginsel van strikte conformiteit. Juist waar de waarde van de abstracte bankgarantie is gelegen in het vertrouwen dat in het handelsverkeer wordt ontleend aan het feit dat de bank op eerste verzoek zal uitkeren, en juist waar de bank, vanwege deze functie, strikt moet handelen conform de garanti voorwaarden, bestaat er niet veel ruimte om allerhande meer subjectieve elementen bij de uitleg van de bankgarantie te betrekken. In dat opzicht is 'gewoon Haviltexen' van een bankgarantie volgens ons niet aan de orde. Ieder van de betrokkenen – bank, opdrachtgever en begunstigde – heeft er belang bij dat er zo min mogelijk onduidelijkheid bestaat over de vraag of en wanneer de bank zal uitkeren. Juist daarom moet de tekst van de bankgarantie in beginsel leidend zijn voor de vraag of en wanneer de bank uitkeert en is er minder ruimte om betekenis toe te kennen aan niet in de bankgarantie zelf verwoorde partijbedoelingen.

Onze visie op de zaak en het arrest

Wij vinden dat de vordering van Rollocate terecht is afgewezen. Het is op zich te begrijpen dat Rollocate het wrang vindt dat zij wel een bepaald bedrag vooruit heeft betaald, maar de met het oog op de vooruitbetalingen bedongen zekerheid toch niet kan invoeren. Dat klemmt des te meer, omdat Polux kort na het invoeren van de bankgarantie failliet is gegaan, zodat de kans groot is dat Rollocate met lege handen achterblijft. Dat is echter bij uitstek het gevolg van de door Rollocate zelf gemaakte keuze voor de abstracte bankgarantie als zekerheidsfiguur, alsmede natuurlijk van het feit dat Rollocate zich niet aan het door haar zelf afgesproken betaalschema heeft gehouden. Kenmerkend voor een abstracte bankgarantie is nu eenmaal dat deze vrij letterlijk moet worden geïnterpreteerd. Als de bankgarantie inhoudt dat deze alleen aangroeit met een bepaald bedrag

¹⁸ HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2297, NJ 2019/19, «JOR» 2019/66 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.

als tijdig een corresponderende vooruitbetaling is gedaan, dan is de logische consequentie van ontijdige vooruitbetaling dat de bankgarantie niet wordt opgehoogd en dus ook niet kan worden ingeroepen. Ontijdige betaling door Rollocate had het voorzienbare gevolg dat de zekerheid niet ingeroepen kon worden.

Ook overigens spreekt het weinig aan om waar Rollocate een (te laat gedane) vooruitbetaling zelf aanduidt als de betaling van tranche 1, deze betaling toch aan te merken als een betaling van tranche 2. Juist in een geval als het onderhavige waar in de bankgarantie een betaalschema uit de basisovereenkomst wordt opgenomen, lijkt het erg voor de hand te liggen om dat betaalschema conform de basisovereenkomst te interpreteren. Anders gezegd, juist hier lijkt het zinvol en logisch om de (letterlijke) inhoud van de basisovereenkomst tussen Rollocate en Polux wel degelijk te betrekken bij de uitleg van de bankgarantie. Zoals hiervoor opgemerkt, eerdere rechtspraak van de Hoge Raad biedt daarvoor ook de ruimte.

Dit arrest verwoordt een mooi evenwicht tussen het beginsel van strikte conformiteit en een redelijke, op de handelspraktijk afgestemde, uitleg

Hoewel dit aspect in het arrest van de Hoge Raad niet meer expliciet aan de orde komt, hebben wij ook twijfel over de juistheid van de overweging van het hof dat: *'indien een dergelijk (verstrekking) gevolg was beoogd, had dit duidelijk met zoveel woorden in de bankgarantie moeten zijn vermeld.'*¹⁹ Het lijkt er op dat het hof hiermee een soort contra-proferentemregel voor ogen heeft, die zou inhouden dat een bankgarantie bij onduidelijkheid in het nadeel van de bank wordt uitgelegd omdat de bank de bankgarantie geredigeerd zou hebben. Eerder werd door het Hof Amsterdam al eens overwogen dat onduidelijkheden in de tekst van een bankgarantie voor rekening komen van de opsteller van de tekst en in elk geval niet ten nadele van de begunstigde mogen komen.²⁰ Op zich biedt de rechtspraak ruimte voor een dergelijke uitlegregel. In het verzekeringsrecht is bijvoorbeeld eerder overwogen dat de rechter een eenzijdig opgesteld verzekeringscontract in het nadeel van de opsteller mag uitleggen; verplicht is de rechter daartoe overigens niet.²¹ Wij denken dat er bij bankgaranties echter weinig aanleiding bestaat om de tekst per definitie in het nadeel van de bank uit te leggen. In de eerste plaats is veelal

geen sprake van een eenzijdig door de bank geredigeerde bankgarantie. Zelfs als de bank een modeltekst hanteert, is er in de regel input van de opdrachtgever (en veelal ook de begunstigde) op de tekst van de bankgarantie. Het zijn immers uiteindelijk opdrachtgever en begunstigde die de garantievoorwaarden bepalen (uiteeraard binnen de grenzen van wat de bank aanvaardbaar vindt). De opdrachtgever keurt bovendien de tekst van de bankgarantie goed, alvorens deze door de bank wordt gesteld. Daarnaast speelt bij bankgaranties de bijzonderheid dat begunstigde en opdrachtgever uiteindelijk de financieel belanghebbenden zijn, terwijl de bank juist eigenlijk geen eigen financieel belang bij de zaak heeft.²² Die omstandigheid maakt volgens ons dat het minder aangewezen is om een eventuele onduidelijkheid in de bankgarantie per definitie in het nadeel van de bank (en feitelijk dan in het nadeel van de opdrachtgever) uit te leggen. Voorts staat een contra-proferentemregel naar onze mening op gespannen voet met het beginsel van strikte conformiteit. Dit laatstgenoemde beginsel duidt erop dat bij de uitleg zo dicht mogelijk wordt aangeknoopt bij wat er uit de tekst van de bankgarantie volgt en niet zozeer bij wat voor een van de partijen het meest gunstig is.

Afsluitend

Dit arrest verwoordt een mooi evenwicht tussen het beginsel van strikte conformiteit en een redelijke, op de handelspraktijk afgestemde, uitleg. De strikte conformiteit uit zich in het feit dat waar Rollocate niet tijdig vooruit had betaald en bijgevolg het gegarandeerde bedrag niet was aangegroeid met het bedrag van de tijdige vooruitbetaling, Rollocate ook geen uitkering van de bank kon vorderen. De garantievoorwaarden worden wat dat betreft – terecht – strikt toegepast. De bankgarantie wordt echter niet volstrekt letterlijk geïnterpreteerd, zodat het feit dat het betaalschema in de bankgarantie de factuurnummers niet noemde, niet betekende dat voorbijgegaan kon worden aan het feit dat de factuurnummers wel correspondeerden met bepaalde tranches uit dat betaalschema.

Over de auteurs

Mr. E.A.L. (Elizabeth) van Emden

Advocate bij NN (Nationale Nederlanden) Advocaten te Den Haag.

Mr. E.L.A. (Erik) van Emden

Jurist te Utrecht.

19 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1767, r.o. 3.4.

20 Hof Amsterdam 2 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3664, r.o. 3.7.

21 HR 24 september 1993, NJ 1993/760 (*Brackel/Atlantische Unie*) en HR 18 oktober 2002, NJ 2003/258 (*Pieterse/NN*).

22 Dit is slechts anders als de bank op onjuiste gronden uit zou keren (dus indien wordt uitgekeerd terwijl niet aan de garantievoorwaarden is voldaan of de bank uitkeert op een kennelijk bedrieglijke of kennelijk willekeurige claim) en de bank zich niet kan reembourseren op de opdrachtgever.