

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 6 artikel 74](#), [BW BOEK 6 artikel 162](#), [BW BOEK 6 artikel 203](#), [BW BOEK 6 artikel 212](#), [BW BOEK 7 artikel 408](#), [RV artikel 150](#), [RV artikel 150](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:RBROT:2020:10974](#)

[Open dit document in PDF formaat](#)

Abstracte bankgarantie; geen onjuiste mededelingen

Inhoudsindicatie

Abstracte bankgarantie, Eis dat schuldenaar tekortschiet in de nakoming van de onderliggende betalingsverplichting, Garantie terecht ingewonnen, geen onjuiste mededelingen, Geen onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatige daad, Verwijzing naar HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (ABN AMRO/Amstelpark) en HR 14 december 2018, «JOR» 2019/66, m.nt. Bertrams (Rabobank/Rollecate)

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	18-11-2020
Publicatie	JOR 2021/72 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 3, 2021
Annotator	Bertrams, R.I.V.F.
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2020:10974
Zaaknummer	C/10/595906 / HA ZA 20-436
Rechter(s)	mr. Witkamp VMB Beheer BV te Hendrik-Ido-Ambacht,
Partijen	eiseres in conventie, verweerster in reconventie, advocaat: mr. M. Smit,

tegen

CGI Nederland BV te Rotterdam,

gedaagde in conventie,

eisers in reconventie,

advocaat: mr. A.T. Eisenmann.

Regelgeving

- BW art. 6:74
- BW art. 6:162
- BW art. 6:203
- BW art. 6:212
- BW art. 7:408
- Rv art. 150

Overige publicaties [ECLI:NL:RBROT:2020:10974](#)

Rechtsgebied Verbintenissenrecht, Ondernemingsrecht

Samenvatting

De bankgarantie in kwestie is een abstracte bankgarantie. De bankgarantie vereist aldus voor het recht om de bankgarantie in te roepen, dat eiseres tekortgekomen is in de nakoming van haar betalingsverplichting(en) voortvloeiende uit de onderliggende overeenkomst. Eiseres voert aan dat de betalingstermijn van de tweede en derde factuur niet was verstreken op 30 juni 2017 zodat gedaagde de bankgarantie niet voor deze facturen kon invoeren. Deze stelling wordt gepasseerd. Tussen partijen is niet in geschil dat er op 30 juni 2017 reeds geruime tijd onzekerheid bestond over betaling van de eerste factuur. Die onzekerheid werd veroorzaakt door de herhaalde betalingstoezeggingen van eiseres die geen gestand werden gedaan. Evenmin is in geschil dat het voor gedaagde ook onzeker was of de bankgarantie zou worden verlengd door eiseres. Eiseres heeft bevestigd dat zij begin juli 2017 niet in staat bleek te zijn om de bankgarantie te verlengen. Het ontbreken van een bankgarantie per 1 juli 2017 zou betekenen dat gedaagde geen zekerheid meer zou hebben om betaling te verkrijgen van haar werkzaamheden, terwijl onbestreden is dat een bankgarantie voor haar een voorwaarde was om aan het project te beginnen. Gelet op deze omstandigheden en gelet op het feit dat eiseres reeds ter zake de eerste factuur tekortschoot in haar betalingsverplichtingen, zodat aan de voorwaarde voor het invoeren van de bankgarantie was voldaan, was gedaagde gerechtigd om ter betaling van haar drie facturen de bankgarantie in te roepen. Daarbij wordt ook in aanmerking genomen dat een bankgarantie juist is bedoeld om zekerheid te bieden bij verschil van opvatting over verschuldigdheid van facturen en bij indicaties van wanbetaling. Van de primair aan de door eiseres aan haar vordering ten grondslag gelegde onverschuldigde betaling is dan ook geen sprake. Er is geen sprake van door gedaagde bij het invoeren van de bankgarantie aan de bank gedane onjuiste mededelingen. Van tekortschieten door eiseres was immers wel degelijk sprake. Van ongerechtvaardigde verrijking kan geen sprake zijn nu gedaagde betaald kreeg waartoe zij gerechtigd was. Evenmin kan er daarom sprake zijn van een onrechtmatige daad, zodat ook die stelling wordt afgewezen.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [naam eiseres] is een houdstermaatschappij die alle aandelen houdt in [naam bedrijf] (hierna: [naam bedrijf]), een bedrijf dat zich bezighoudt met het ontwerpen en realiseren van hard- en software voor besturingstechnieken. De heer [naam 1] (hierna: [naam 1]) is bestuurder van [naam eiseres] en [naam bedrijf].

2.2. CGI is de Nederlandse tak van een wereldwijd opererende Canadese organisatie CGI Inc en houdt zich onder meer bezig met het ontwerpen en programmeren van computergerichte automatiseringssystemen.

2.3. Payment Factory B.V. (hierna: Payment Factory) is een houdstermaatschappij die alle aandelen houdt in PayQuest B.V. (hierna: PayQuest). Beide vennootschappen worden bestuurd door de heer [naam 2] (hierna: [naam 2]).

2.4. PayQuest hield zich sinds 2015, aanvankelijk als eenmanszaak, bezig met het ontwikkelen van een systeem genaamd ServiceCorner (hierna: het project), een machine vergelijkbaar met een pinautomaat, maar met meer functionaliteiten.

2.5. CGI, [naam eiseres] (aangemerkt als "Client [naam eiseres]") en Payment Factory (aangemerkt als "Client") hebben op 28 oktober 2016 een overeenkomst met de naam "Agreement for Software Supply, Fixed Price" (hierna: de overeenkomst) ondertekend waarin CGI zich verbond om voor de prijs van € 206.000,- software werkzaamheden te leveren ten behoeve van het project. De overeenkomst luidt, voor zover van belang, als volgt:

"1. CGI shall supply to the Client the Software and related deliverables and services specified in the Proposal ServiceCorner v.25 (...).

2. The Client or Client [naam eiseres] shall pay tot CGI the sums ('Price') specified in the Proposal ServiceCorner v.25 and all other sums payable under this agreement. Client and Client [naam eiseres] shall be jointly and severally liable for the financial obligations arising from this Agreement. For the avoidance of doubt, the performance by one shall discharge the other party.

(...)

5. This Agreement is made up of the following documents:

– this signature page;

– the General terms and conditions for Software Supply Service Corner TandC's Sept 2016 [hierna: algemene voorwaarden, opmerking rechtbank];

– the Proposal ServiceCorner v.25 [hierna: proposal, opmerking rechtbank];

– the SLA;

– the Propriety Software License Service Corner.

(all of the above documents taken together (as amended in accordance with this Agreement) being referred to as the 'Agreement')."

2.6. De algemene voorwaarden waarnaar de overeenkomst verwijst vermelden, voor zover van belang:

"8. Price and payment

8.1. CGI shall raise invoices in accordance with the payment schedule in the Statement of Price and as otherwise provided for under this Agreement. The Client shall pay each invoice within 30 days of the date of receipt of a correct invoice. (...) If an invoice is not correct, the Client shall notify CGI within 14 days.

(...)

8.3. If the Client fails to pay any sum due under this Agreement the Client is in default ('verzuim'). In such event and without prejudice tot other rights and remedies of CGI, statutory interest shall accrue on such sum from the original agreed payment date of the applicable invoice until the actual date of payment, without any written demand or notice of default being necessary. Furthermore, if the Client fails to pay any sum due under this Agreement, CGI may (without prejudice to its other rights and remedies) give the Client not less than 14 days' written notice that it intends to stop work. (...)"

2.7. Het proposal vermeldt, voor zover van belang, als volgt:

"6.1. Overall planning

The planning of the project regarding the Microsoft Azure Application Services Looks like the following: The total duration will be around 5 months of work.

6.2. *Milestones*

The following Milestones can be determined for the setup of the Microsoft Azure Service Applications Platform starting from 01-11-2016:

1. Finalizing of the analysing phase (requirements). (Based on the above timelines: 10-12-2016)
2. Finalizing the preparation phase. This implies configuration and setup of the azure infrastructure and network. (20-02-2017)
3. Development and testing of the basic services tot be deployed and desseminated on the ServiceCorner Hardwar. (15-03-2017)
4. The Maintenance and Support periode will start after 15-03-2017 for one year during office hours.

The above mentioned dates as well as other mentioned dates in this chapter and document are indicative. The exact dates depend on contract signing and project start as well as depend on the exact project plan to be delivered.

8.2. *Invoicing*

PROJECT PHASE

Invoicing between parties will start on the first day of acceptance and signing of the contract (received contract with signature at CGI's side). All other invoicing will be done upfront for each phase according to the following schedule:

1. Analysis Phase 20%
2. Delivery of the specification documents for acceptance 20%
3. Delivery of the Azure system for acceptance 20%
4. Delivery Project Management Raiffeisen Bank Infra 20%
5. Final discharge 20%"

2.8. Op 11 januari 2017 heeft ING Bank N.V. (hierna: de bank) een bankgarantie afgegeven voor een bedrag van € 206.000,-. De tekst van de bankgarantie luidt, voor zover van belang, als volgt:

"Debiteur: [naam eiseres]

(...)

Crediteur: CGI NEDERLAND B.V.

(...)

Bedrag: EUR 206.000,00

Geldigheidsdatum tot en met: 30 juni 2017

Omschrijving overeenkomst/transactie: SOFTWARE ONTWIKKELING

ING Bank N.V., (...), stelt zich hierbij garant jegens de crediteur tot zekerheid voor de voldoening door de debiteur van zijn betalingsverplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst/transactie, zulks echter tot bovengenoemd maximum bedrag. De bank verbindt zich derhalve op grond van deze garantie, op eerste schriftelijk verzoek van de crediteur en onder diens bindende mededeling dat de debiteur in de nakoming van zijn vorenbedoelde verplichtingen is tekortgeschoten, als eigen schuld en zonder enig ander of meerder bewijs van verschuldigdheid te kunnen verlangen, aan de crediteur te zullen voldoen de door deze op te geven bedragen, doch in totaal nimmer meer dan bovenbedoeld maximum bedrag.

Een schriftelijk beroep op deze bankgarantie dient de bank binnen de geldigheidsduur van de bankgarantie te hebben bereikt.”

2.9. Op 24 januari 2017 heeft op het kantoor van [naam eiseres] in [vestigingsplaats eiseres] een zogenoemde kick-off meeting plaatsgevonden. Bij die bijeenkomst waren in elk geval [naam 1] en [naam 3] van CGI (hierna: [naam 3]) aanwezig, naast andere mensen van CGI.

2.10. Voor het project is een stuurgroep samengesteld. In de stuurgroep werd onder meer de voortgang van het project besproken. [naam 4], ter beschikking gesteld door [naam eiseres] (hierna: [naam 4]), [naam 3] en [naam 5] van CGI (hierna: [naam 5]) en [naam 2] namen deel aan de stuurgroep.

2.11. Per e-mail van 25 april 2017 om 07:53 uur heeft [naam 4] aan [naam 3] het volgende bericht:

“Wij hebben een factuur ontvangen met factuurnummer EU1650083189 op naam van [naam bedrijf] voor de 1ste termijn van de solution design.

Graag ontvangen wij hier een creditnota voor omdat deze op [naam eiseres] verstuurd moet worden en niet op [naam bedrijf].

Daarbij mijn opmerking wil jij het complete Project Management Plan Version 1.0 door een ieder ondertekend mij compleet toesturen.”

[naam 3] heeft hierop dezelfde dag om 22:49 uur als volgt gereageerd:

“Ik ga het volgende doen:

- Oorspronkelijke nota crediteren
- Gegevens aanpassen
- Nieuwe factuur sturen”

2.12. Op 1 mei 2017 heeft CGI aan [naam eiseres] een factuur met nummer EU1650085464 (hierna: de eerste factuur) gestuurd voor een bedrag van € 41.200,- exclusief btw en € 49.852,- inclusief btw, met de volgende omschrijving:

“ServiceCorner – Release 1 (fixed price)

Milestone #1: Solution Design (20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 31-03-2017”

2.13. Per e-mail van 22 mei 2017 om 15:13 uur heeft [naam 3] het volgende aan [naam 4] bericht:

“Ongeveer 2 weken geleden heb ik een nieuwe invoice laten aanmaken voor de ‘foutieve’ 1e factuur. Deze heeft de juiste tenaamstelling '[naam eiseres]'”

Ik was benieuwd of er al[s] iets bij jullie was binnengekomen?”

[naam 4] heeft hierop dezelfde dag om 15:53 uur gereageerd:

“Yes en sorry 19-5-2017 is hij bij mij langs gegaan voor akkoord.”

2.14. In een document met de naam “Service Corner Project Board meeting” van 24 mei 2017 (hierna: de presentatie) is onder hoofdstuk 5 (“Schedule”) een schema opgenomen met als titel “Baseline vs. actual plan” (hierna: het weekoverzicht). In het schema is de planning van de werkzaamheden van CGI, onderverdeeld in fases, per maand en per week weergegeven. In dit document is voorts het onderstaande schema getiteld “Milestones” (hierna: het Milestone-overzicht) opgenomen:

Planned Milestones	Date planned	Date revised	Date actual	Status
M1 Project – Start	(...)		(...)	Finished
M2 Solution Design – Delivery for Acceptance	(...)	(...)	(...)	Finished
M3 Analyses Phase – Finish	03/03/17	06/23/17		In progress
M4 (...)	(...)	(...)		
M5 (...)	(...)	(...)		
M6 (...)	(...)	(...)		
M7 Project Management towards Processor / Acquirer – Ended	03/17/17	06/09/17		
M8 (...)	(...)	(...)		
M9 (...)	(...)	(...)		

2.15. In datzelfde document is in de actiepuntenlijst het volgende opgenomen:

“# Action Who When/Status

(...)

170524.2 Check on costs/procedure of extending [naam 4] New bank guarantee”

[[naam 4]: [naam 4], toevoeging rechtbank]

2.16. Per e-mail van 9 juni 2017 om 12:19 uur heeft [naam 4] aan [naam 3] bericht:

“Op je vraag van de bankgarantie weet ik nog even niets, [naam 1] heeft dit in behandeling en ik had nog geen terugkoppeling gekregen. Ik ga er achteraan en laat je het weten.”

2.17. Per e-mail van eveneens 9 juni 2017, om 16:32 uur, heeft [naam 4] het volgende aan [naam 3] bericht:

“Jullie factuur die ik heb goedgekeurd krijg ik weer terug van onze boekhouding omdat ik geen opleverdocument heb voorzien in ons systeem. Zou jij zo vriendelijk willen zijn om de complete ondertekende PM en het solution design toe te willen sturen (digitaal)

Wanneer ik deze heb toegevoegd in ons systeem wordt de factuur klaargezet voor betaling (kan dan nog wel 2 weken duren)”

2.18. Per e-mail van 19 juni 2017 om 09:37 uur heeft [naam 3] het volgende aan [naam 4] bericht:

“Heb jij nog een update over de bankgarantie?”

[naam 4] heeft hierop dezelfde dag om 15:33 uur als volgt gereageerd: "Zit in een meeting, maar ik kan je vertellen dat van de week we de bankgarantie wel geregeld hebben. De kosten hiervoor vallen mee."

2.19. Per e-mail van 27 juni 2017 om 14:57 uur, met als onderwerp "ServiceCorner – Weekoverzicht – Week: 2017-25", heeft [naam 3], voor zover van belang, het volgende aan [naam 4] en andere leden van de stuurgroep bericht:

"Werkzaamheden:

(...)

Issues en aandachtspunten:

Bankgarantie

o Bankgarantie verloopt op 30/6, terwijl 2 facturiemijlpalen na deze datum zijn komen te liggen. Besproken in het stuurgroep overleg van 5/24 → [naam 4] [[naam 4], toevoeging rechtbank] zoekt uit wat de kosten van verlenging zijn → vraag staat intern uit bij [naam 1] (PayQuest);"

2.20. Op 27 juni 2017 om 15:29 uur heeft [naam 3] via WhatsApp het volgende aan [naam 4] bericht:

"Hi [naam 4], Kun jij mij even bellen? Factuur blijkt nog niet betaald te zijn (nog geen opdracht voor gegeven?) in combi met het verlopen van de bankgarantie wordt dat hier intern nogal spannend gevonden. [naam 3]"

[naam 4] heeft dezelfde dag om 16:10 uur met het volgende bericht gereageerd:

"[naam 3], [naam 1] [[naam 1], toevoeging rechtbank] gesproken echter hij kan voor beide nog geen datums afgeven."

2.21. Op 29 juni 2017 heeft CGI twee facturen met nummers EU1650087549 en EU1650087548 (hierna: de tweede en derde factuur), gedateerd 1 juni 2017, naar [naam eiseres] verzonden. Beide facturen vermelden een factuurbedrag van € 41.200,- exclusief btw en € 49.852,- inclusief btw en vervaldatum 1 juli 2017. De respectieve facturen vermelden verder, voor zover van belang het volgende:

"ServiceCorner – Release 1 (fixed price)Milestone #2: Afronding fase Analyse (20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 24-06-2017

(...)

Betaaltermijn: Netto binnen 30 dagen"

en

"ServiceCorner – Release 1 (fixed price)

Milestone #3: Coordinatie (ATM – Acquirer/Processor_(20% van het totaal)

Van 09-01-2017 t/m 24-06-2017

(...)

Betaaltermijn: Netto binnen 30 dagen"

2.22. Op 30 juni 2017 heeft CGI de bankgarantie laten inwinnen voor een bedrag van € 149.872,09, zijnde de som van de drie facturen, vermeerderd met vertragingsrente.

2.23. Op 11 juli 2017 heeft CGI een brief, per aangetekende post, verzonden naar Payment Factory en [naam eiseres]. In de brief staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“Betreft: beëindiging Agreement for Software Supply

CGI is door de heer [naam 1] te kennen gegeven en heeft vervolgens ondervonden dat [naam eiseres] factuur met referentie EU1650085464 onbetaald laat.

Tevens is [naam eiseres] niet voornemens CGI te betalen voor het werk dat CGI in de afgelopen maanden (Factuur EU1650087548 & EU1650087549) heeft uitgevoerd.

CGI bericht The Payment Factory B.V. en [naam eiseres] hierbij de werkzaamheden te verrichten onder de Software Supply Agreement Service Corner te staken en de overeenkomst met ingang van 1 augustus 2017 te beëindigen.”

3. Het geschil

In conventie

3.1. [naam eiseres] vordert dat de rechtbank, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, CGI te veroordelen:

Primair

I. tot betaling van het onverschuldigd betaalde bedrag van € 99.704,- aan [naam eiseres], binnen 14 dagen na betekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, te rekenen vanaf 30 juni 2017 tot aan de dag der algehele voldoening, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, zo nodig met aanvulling van de rechtsgronden;

Subsidiair

II. tot betaling van de schade van € 99.704,-, dan wel van € 92.400,- aan [naam eiseres], binnen 14 dagen na betekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, te rekenen vanaf 30 juni 2017 tot aan de dag der algehele voldoening, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie meent te behoren, zo nodig met aanvulling van de rechtsgronden;

In alle gevallen

III. tot betaling van € 37.603,62 aan [naam eiseres] zoals omschreven achter randnummer 67-68 van de dagvaarding, binnen 14 dagen na betekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, te rekenen vanaf 30 juni 2017, dan wel 11 juli 2017, dan wel 1 augustus 2017, tot aan de dag der algehele voldoening, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, zo nodig met aanvulling van de rechtsgronden;

IV. tot betaling van € 41.200,- aan [naam eiseres] zoals omschreven achter randnummer 69 van de dagvaarding, binnen 14 dagen na betekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente, te rekenen vanaf 30 juni 2017, dan wel 11 juli 2017, dan wel 1 augustus 2017, tot aan de dag der algehele voldoening, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, zo nodig met aanvulling van de rechtsgronden;

V. tot betaling van de schade aan [naam eiseres] zoals omschreven achter randnummer 70-71 van de dagvaarding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren, zo nodig met aanvulling van de rechtsgronden;

VI. tot betaling van de buitengerechtelijke kosten zoals omschreven in de dagvaarding, binnen 14 dagen na betekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf datum verzuim tot aan de dag der algehele voldoening, althans conform hetgeen de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren;

VII. tot betaling van de proceskosten van het onderhavige geding, waaronder begrepen het salaris voor de (proces)advocaat van [naam eiseres] en de nakosten van betekening van het door de rechtbank te wijzen vonnis, binnen 14 dagen na betekening van het vonnis.

3.2. [naam eiseres] legt aan haar vordering primair ten grondslag dat CGI ten onrechte een bedrag van € 99.704,- van de door [naam eiseres] afgegeven bankgarantie heeft geïnd. CGI was niet gerechtigd om de

laatste twee factuurbedragen in juni 2018 bij [naam eiseres] in rekening te brengen. CGI heeft immers geen inzage verschaft in het door haar verrichte werk en [naam eiseres] betwist dat het werk is verricht. De tweede en derde factuur zijn ook niet conform de tussen partijen gemaakte, van de overeenkomst afwijkende afspraak geaccordeerd. Verder geldt dat de facturen zijn gedateerd op 1 juni 2017 terwijl zij in werkelijkheid pas op 29 juni 2017 aan [naam eiseres] zijn toegezonden. De overeengekomen betaaltermijn van 30 dagen was derhalve op het moment van het innen van de bankgarantie niet verstreken. [naam eiseres] was dus niet in verzuim ter zake haar betalingsverplichtingen, wat een voorwaarde is om onder de bankgarantie te mogen innen. Een en ander leidt ertoe dat CGI het onverschuldigd door [naam eiseres] betaalde bedrag € 99.704,- aan [naam eiseres] dient terug te betalen.

3.3. Als de betalingen niet onverschuldigd zijn verricht, dan geldt dat CGI in strijd met de bankgarantie, dan wel de overeenkomst heeft gehandeld door opzettelijk onjuiste mededelingen jegens de bank te doen en facturen te antedateren. Ten onrechte is CGI voor het bedrag van de tweede en derde factuur ten koste van [naam eiseres] verrijkt. Tot slot heeft CGI onrechtmatig gehandeld, dan wel wanprestatie gepleegd door onterecht de bankgarantie in te laten winnen. De opzegging van de overeenkomst door CGI is bovendien onrechtmatig, nu een bevoegdheid daartoe ontbrak. De schade die [naam eiseres] als gevolg hiervan heeft geleden, dient CGI te vergoeden.

3.4. CGI voert verweer dat strekt tot niet ontvankelijk verklaring, althans tot afwijzing van de vorderingen van [naam eiseres], met veroordeling van [naam eiseres] in de kosten van deze procedure, voor zover de wet dat toelaat uitvoerbaar bij voorraad.

3.5. CGI voert hiertoe aan dat [naam eiseres] in elk geval ter zake van de eerste factuur in verzuim was nu zij de fatale betalingstermijn zonder betaling liet verstrijken. Partijen zijn overeengekomen dat [naam eiseres] de factuurbedragen bij vooruitbetaling verschuldigd is. Van een daarvan afwijkende afspraak is geen sprake. Bovendien zijn de werkzaamheden tot en met de derde mijlpaal voor de gefactureerde bedragen ook daadwerkelijk verricht. Van onverschuldigd betaalde bedragen is dan ook geen sprake, aldus CGI. CGI was gerechtigd om onder de bankgarantie te claimen. Dat geldt ook ten aanzien van de tweede en derde factuur, omdat CGI uit de mededelingen en gedragingen van [naam eiseres] redelijkerwijs mocht afleiden dat zij niet zou gaan betalen.

3.6. Tegen de opzegging van de overeenkomst heeft [naam eiseres] nooit geklaagd, evenmin als tegen het in haar ogen niet verrichte werk, terwijl uit de algemene voorwaarden een fatale klachttermijn van 14 dagen volgt. De opzegging is rechtmatig en van schadelichtheid aan de zijde van CGI is dan ook op dit punt geen sprake.

In voorwaardelijke reconventie

3.7. CGI vordert in voorwaardelijke reconventie dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [naam verweerster] veroordeelt tot betaling van een bedrag van € 99.704,-, welk bedrag CGI onder zich heeft, uitsluitend voor het geval in rechte komt vast te staan dat CGI voor wat betreft de twee facturen d.d. 1 juni 2017, de bankgarantie niet had mogen aanspreken, met veroordeling van [naam verweerster] in de kosten van de procedure.

3.8. CGI legt aan haar vordering ten grondslag dat de werkzaamheden tot en met de derde mijlpaal zijn verricht. [naam verweerster] heeft nooit gemeld dat het werk waarvoor is gefactureerd, niet zou zijn verricht. Conform de algemene voorwaarden is dan ook niet (tijdig) geklaagd en zijn de overeengekomen factuurbedragen dan ook verschuldigd.

3.9. [naam verweerster] voert verweer dat strekt tot afwijzing van de vordering in voorwaardelijke reconventie, met veroordeling van CGI in de proceskosten.

3.10. [naam verweerster] legt aan haar verweer ten grondslag dat het werk waarvoor is gefactureerd, niet is verricht, de facturen niet conform de van de overeenkomst afwijkende afspraak zijn geaccordeerd en de tweede en derde factuur zijn geantedateerd. Voor zover CGI wel gerechtigd zou zijn om vooruit te factureren, leidt dit niet tot verschuldigdheid van facturen voor niet verricht werk. Onder de voormelde omstandigheden is het aan CGI om te bewijzen dat het gefactureerde werk daadwerkelijk is verricht. In dit bewijs slaagt zij naar de mening van [naam verweerster] niet omdat uitsluitend wordt verwezen naar vage informatie, verwachtingen en plannen.

3.11. De algemene voorwaarden waarop CGI zich beroept zijn niet van toepassing, dan wel vernietigbaar omdat zij niet aan [naam verweerster] ter hand zijn gesteld. Het beroep van CGI op de in die voorwaarden opgenomen klachtplicht, baat haar dan ook niet. Voor zover de rechtbank oordeelt dat CGI zich wel op de

algemene voorwaarden kan beroepen, leidt dit niet tot verval van recht. Bovendien heeft [naam verweerster] wel tijdig geklaagd, namelijk direct nadat dit mogelijk was nadat de bankgarantie was ingeroepen.

3.12. Van schuldeisersverzuim aan de zijde van [naam verweerster] was geen sprake. Voor alle partijen was immers helder dat zij de eerste factuur zou gaan voldoen. Van een verplichting of toezegging om de bankgarantie te verlengen, was geen sprake.

3.13. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

In conventie

4.1. Tussen partijen staat vast dat CGI, Payment Factory en [naam eiseres] een overeenkomst hebben gesloten waarbij [naam eiseres] zich garant heeft gesteld voor de betalingsverplichtingen van [naam eiseres] en Payment Factory jegens CGI voortvloeiend uit die overeenkomst. Onbestreden is dat de reden hiervoor was dat Payment Factory daartoe zelf onvoldoende solvabel was. De bankgarantie is op 11 januari 2017 door [naam eiseres] gesteld, waarna het project met de kick-off meeting van 24 januari 2017 van start is gegaan.

De bankgarantie

4.2. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of CGI gerechtigd was om een bedrag van € 149.872,09 uit hoofde van de onder 2.12 en 2.21 bedoelde facturen, vermeerderd met rente, onder de bankgarantie te claimen.

4.3. Een bankgarantie is een verbintenisrechtelijke zekerheidsfiguur in de vorm van een door een derde afgegeven garantie ter verzekering van nakoming van de verplichtingen van de ene jegens de andere partij. Een onderliggende overeenkomst vormt hiervoor de basis. Er is geen wettelijke regeling over de bankgarantie. De inhoud ervan wordt bepaald door overeenkomst, rechtspraak en gewoonte. Een abstracte bankgarantie betreft een ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding zelfstandige betalingsverplichting. Dit betekent dat indien aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden is voldaan, de bank op haar beurt aan haar betalingsverplichting zal moeten voldoen, ongeacht de eventuele verweren die de debiteur aan de onderliggende overeenkomst zou kunnen ontlenen (HR 13 maart 2015, [ECLI:NL:HR:2015:600](#), *NJ* 2015/351 («JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet; *red.*) (*ABN AMRO/Rabobank*)). Uit de aard en functie van de abstracte bankgarantie vloeit ook voort dat bij de uitleg daarvan groot gewicht toekomt aan de strikt te lezen bewoordingen van de garantie (eveneens *ABN AMRO/Rabobank* en HR 14 december 2018, [ECLI:NL:HR:2018:2297](#), *NJ* 2019/19 («JOR» 2019/66, m.nt. Bertrams; *red.*) (*Rabobank/Rollecate*)). Indien het betalingsverzoek voldoet aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden, dan is de bank, behoudens specifieke uitzonderingsgevallen waarin de redelijkheid en billijkheid anders vergt, zoals bedrog of willekeur, gehouden te betalen.

4.4. De onder 2.8 genoemde bankgarantie is een abstracte bankgarantie als hiervoor bedoeld. De bankgarantie vereist aldus voor het recht om de bankgarantie in te roepen, dat [naam eiseres] tekortgekomen is in de nakoming van haar betalingsverplichting(en) voortvloeiende uit de onderliggende overeenkomst.

Inhoud van de overeenkomst, verschuldigheid van de betalingen

4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat CGI de werkzaamheden die zijn gefactureerd in de eerste factuur heeft verricht. Evenmin is in geschil dat de betalingstermijn van die factuur op 30 juni 2017, de datum waarop CGI de bankgarantie heeft laten inwinnen, ruimschoots verstreken was. [naam eiseres] schoot daarmee tekort in haar betalingsverplichtingen, zodat de bankgarantie in ieder geval voor deze factuur kon worden ingeroepen door CGI.

4.6. Door partijen wordt wel getwist over de vraag of [naam eiseres] de tweede en derde factuur verschuldigd was ten tijde van het inwinnen van de bankgarantie en voor de betreffende gefactureerde bedragen de bankgarantie kon laten inwinnen.

[naam eiseres] stelt in dit kader dat tussen partijen is afgesproken dat verschuldigheid van de factuurbedragen pas aan de orde is na goedkeuring van een opleverdocument door alle leden van de stuurgroep. Die afspraak zou zijn gemaakt in onder 2.9 genoemde kick-off meeting. Uit de feitelijke gang van

zaken blijkt dat het ook bij de eerste factuur zo is gegaan, aldus [naam eiseres]. CGI betwist gemotiveerd dat die afspraak is gemaakt. Dat CGI op verzoek van [naam eiseres] heeft meegewerkt aan ondertekening van zo een document, is alleen uit coulance gebeurd en berust niet op een onderliggende afspraak, zo heeft CGI ter zitting toegelicht.

4.7. In het licht van de gemotiveerde betwisting door CGI is de rechtbank van oordeel dat [naam eiseres] haar stelling dat sprake is van een van de overeenkomst afwijkende betalingsafpraak, onvoldoende gemotiveerd heeft gehandhaafd. Afspraken over factureren en betalen liggen onder meer vast in artikel 8.2 van het proposal. Daarin is vastgelegd dat CGI vooraf mocht factureren bij aanvang van bepaalde mijlpalen. Tussen partijen staat vast dat de door [naam eiseres] gestelde daarvan afwijkende afspraak niet op schrift is gezet, terwijl dat voor zo een belangrijke afspraak wel in de rede had gelegen. De stelling dat de afwijkende afspraak mondeling tijdens de kick-off meeting zou zijn gemaakt, is, behalve door [naam 1], door geen van de andere bij die bijeenkomst aanwezige personen bevestigd. Uit de onder 2.17 aangehaalde e-mailcorrespondentie blijkt bovendien dat pas in een later stadium door [naam eiseres] melding wordt gemaakt van een gewenst ondertekend opleverdocument. Daarin wordt niet aan een bestaande afspraak gerefereerd. De rechtbank kan zich voorstellen dat er bij partijen sprake is van interne processen om goedkeuring voor een te verrichten betaling te verkrijgen, maar dit zet niet de tussen partijen gemaakte en in de overeenkomst vastgelegde betalingsafpraak opzij. Dat partijen het er in de dagvaarding en conclusie van antwoord over eens zijn dat vooraf gefactureerd mocht worden, draagt bij aan dat oordeel. Dat strookt immers niet met de stelling dat het verrichte werk eerst goedkeuring behoeft; voor zich spreekt dat dan nog geen werkzaamheden zijn verricht.

4.8. Niet in geschil is dat CGI feitelijk pas later dan bij aanvang van die mijlpalen heeft gefactureerd. Dit leidt er echter niet toe dat de in de overeenkomst vastgelegde afspraak daarmee is komen te vervallen en/of dat CGI daaraan geen rechten meer zou kunnen ontleen. De rechtbank passeert dan ook de ter zake door [naam eiseres] gevoerde stelling.

4.9. De rechtbank komt vervolgens toe aan de stelling van [naam eiseres] dat de werkzaamheden die zijn gefactureerd in de tweede en derde factuur niet zijn verricht, althans niet zijn afgerond door CGI en als gevolg daarvan niet verschuldigd zijn. Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv ligt de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de stelling dat het werk waarvoor is gefactureerd niet is verricht, bij [naam eiseres], de partij die zich op de rechtsgevolgen van die stelling beroept.

4.10. CGI heeft ter onderbouwing van haar verweer, dat de werkzaamheden die in de tweede en derde factuur zijn gefactureerd daadwerkelijk zijn verricht, diverse stukken in het geding gebracht, waaronder het onder 2.19 genoemde weekoverzicht en het Milestone-overzicht. CGI voert aan dat uit het onder 2.19 genoemde weekoverzicht en het Milestone-overzicht volgt dat de eerste *milestone*, die in artikel 8.2 van het proposal is opgenomen, te weten de "Analysis Phase", volgens het weekoverzicht en het Milestone-overzicht op 23 juni 2017 is afgerond. De betreffende werkzaamheden waren gefactureerd in de tweede factuur. CGI heeft voorts gemotiveerd gesteld dat de vierde *milestone* die in artikel 8.2 van het proposal is genoemd, te weten "Project Management", op 9 juni 2017 is afgerond en opgeleverd, welke werkzaamheden waren gefactureerd in de derde factuur. CGI wijst in dit kader voorts op de onder 2.19 weergegeven email van CGI aan de stuurgroep leden waarin CGI schrijft dat twee facturatiemijlpalen na 30 juni 2017 komen te liggen. Deze mededeling onderbouwt het verweer dat de eerste drie mijlpalen voor 30 juni 2017 waren afgerond. CGI wijst er tot slot op dat de weekoverzichten waren opgenomen in de wekelijkse stuurgroepverslagen, waar [naam 4], die als afgevaardigde voor Payment Factory door [naam eiseres] ter beschikking is gesteld, deel van uit maakte. Volgens CGI hebben [naam 4], noch een ander lid van de stuurgroep, bezwaren geuit tegen de juistheid van de planning, zoals opgenomen in de stuurgroepverslagen. Gelet op dit gemotiveerde verweer van CGI had het op de weg van [naam eiseres] gelegen om concrete feiten en omstandigheden aan te voeren ter onderbouwing van de juistheid van haar stelling dat de gefactureerde werkzaamheden niet zijn verricht, althans zijn afgerond. Hieraan heeft [naam eiseres] echter niet voldaan. Zij stelt – kort samengevat – enkel dat uit de door CGI overgelegde stukken niet kan worden afgeleid dat werkzaamheden zijn uitgevoerd nu dit enkel prognoses zijn. [naam eiseres] geeft echter geen verdere onderbouwing waaruit kan worden afgeleid dat de werkzaamheden van de tweede en derde factuur niet zijn verricht door CGI. Haar stelling zal daarom als onvoldoende gemotiveerd gehandhaafd worden gepasseerd. De rechtbank zal er dan ook in rechte van uitgaan dat [naam eiseres] de in de tweede en derde factuur gefactureerde bedragen verschuldigd was.

4.11. [naam eiseres] voert tot slot aan dat de betalingstermijn van de tweede en derde factuur niet was verstreken op 30 juni 2017 zodat CGI de bankgarantie niet voor deze facturen kon invoeren. De rechtbank zal ook deze stelling passeren en overweegt daartoe als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat er op 30 juni 2017 reeds geruime tijd onzekerheid bestond over betaling van de eerste factuur. Die onzekerheid werd veroorzaakt door de herhaalde betalingstoezeggingen van [naam eiseres] die geen gestand werden gedaan. Evenmin is in geschil dat het voor CGI ook onzeker was of de bankgarantie zou worden verlengd door [naam eiseres], zoals volgt uit de in r.o. 2.15 - 2.20 weergegeven correspondentie. Ter zitting heeft [naam 1] namens [naam eiseres] bevestigd dat [naam eiseres] begin juli 2017 niet in staat bleek te zijn om de bankgarantie te verlengen. Het ontbreken van een bankgarantie per 1 juli 2017 zou betekenen dat CGI geen zekerheid meer

zou hebben om betaling te verkrijgen van haar werkzaamheden, terwijl onbestreden is dat een bankgarantie voor haar een voorwaarde was om aan het project te beginnen. Gelet op deze omstandigheden en gelet op het feit dat [naam eiseres] reeds terzake de eerste factuur tekort schoot in haar betalingsverplichtingen, zodat aan de voorwaarde voor het invoeren van de bankgarantie was voldaan, was CGI gerechtigd om ter betaling van haar drie facturen de bankgarantie op 30 juni 2017 in te roepen. Daarbij neemt de rechtbank ook in aanmerking dat een bankgarantie juist is bedoeld om zekerheid te bieden bij verschil van opvatting over verschuldigheid van facturen en bij indicaties van wanbetaling. Van de primair aan de door [naam eiseres] aan haar vordering ten grondslag gelegde onverschuldigde betaling, is dan ook geen sprake.

4.12. Het voorgaande leidt ertoe dat de primaire vordering onder I zal worden afgewezen.

Vordering tot schadevergoeding

4.13. Uit hetgeen de rechtbank in r.o. 4.9 - 4.11 heeft overwogen, volgt dat geen sprake is van door CGI bij het invoeren van de bankgarantie aan de bank gedane onjuiste mededelingen. Van tekortschieten door [naam eiseres] was immers wel degelijk sprake. De gestelde tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst stuit hier eveneens op af.

4.14. Van ongerechtvaardigde verrijking kan geen sprake zijn nu CGI betaald kreeg waartoe zij gerechtigd was. Evenmin kan er daarom sprake zijn van een onrechtmatige daad, zodat ook die stelling wordt afgewezen.

Opzegging van de overeenkomst

4.15. [naam eiseres] betwist dat CGI gerechtigd was om de overeenkomst op te zeggen en vordert als gevolg van de onterechte opzegging schadevergoeding. CGI verweert zich door zich allereerst erop te beroepen dat haar opzegging voldoet aan de in artikel 8.3 van haar algemene voorwaarden opgenomen opzeggingsgrond.

De toepasselijkheid van de algemene voorwaarden kan in het midden worden gelaten nu artikel 8.3 naar het oordeel van de rechtbank geen grond voor opzegging geeft aan CGI. Artikel 8.3 geeft CGI slechts de bevoegdheid haar verplichtingen op te schorten, ofwel "to stop work" ingeval van het niet-nakomen van de betalingsverplichtingen van haar cliënt. Dat artikel laat echter andere "rights and remedies" onverlet. CGI heeft ter zitting aangevoerd dat in dat geval artikel 7:408 BW van toepassing zou zijn, hetgeen [naam eiseres] bij dagvaarding ook heeft gesteld zodat daarover kennelijk geen verschil van mening bestaat.

4.16. Niet in geschil is dat de overeenkomst kwalificeert als overeenkomst van opdracht en dat CGI bij deze overeenkomst geldt als de opdrachtnemer. Uit artikel 7:408 lid 2 BW volgt dat de opdrachtnemer, behoudens gewichtige redenen, de overeenkomst slechts kan opzeggen indien zij voor onbepaalde duur geldt en niet door volbrenging eindigt. Van gewichtige redenen is blijkens de wetsgeschiedenis onder meer sprake indien de opdrachtgever op goede grond het vertrouwen in de opdrachtgever heeft verloren.

4.17. CGI heeft aan haar opzegging ten grondslag gelegd dat [naam eiseres] in verzuim was in de nakoming van haar betalingsverplichtingen. CGI voert in dit kader aan dat het feit dat CGI door het innen van de bankgarantie haar facturen betaald heeft gekregen, niet wil zeggen dat [naam eiseres] vrijwillig heeft betaald en in het vervolg zal betalen. Daarnaast bleek dat de bankgarantie niet verlengd werd door [naam eiseres], terwijl dit voor CGI wel een voorwaarde was. Ter zitting heeft CGI voorts toegelicht dat haar ten tijde van de opzegging was gebleken dat Payment Factory en [naam eiseres] niet meer door een deur konden, hetgeen door [naam eiseres] niet is betwist. Dit alles bij elkaar maakte dat er geen vertrouwensbasis meer was en de overeenkomst daarom is opgezegd, aldus CGI.

Naar het oordeel van de rechtbank vormen de betalingsproblemen, het niet verlengen van de bankgarantie en de problemen tussen de wederpartijen van CGI voldoende gewichtige redenen om op grond van artikel 7:408 BW de overeenkomst op te zeggen vanwege het ontbreken van vertrouwen in haar opdrachtgever(s). De opzegging door CGI van de overeenkomst is dus rechtsgeldig gedaan.

4.18. Voor een veroordeling tot schadevergoeding is dan ook geen plaats. De vorderingen II tot en met V zullen worden afgewezen. De nevenvordering tot vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten deelt dat lot.

4.19. [naam eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van CGI worden begroot op:

(...; red.)

In voorwaardelijk reconventie

4.20. De vordering in reconventie behoeft geen behandeling omdat de onder 3.7 geformuleerde voorwaarde dat CGI de bankgarantie ten onrechte heeft ingewonnen, niet is vervuld.

4.21. Het gegeven dat de voorwaarde niet is vervuld, betekent dat de eis in reconventie geacht wordt niet te zijn ingesteld.

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [naam eiseres] in de proceskosten (...; red.),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad,

in reconventie

5.4. verstaat dat de vordering niet is ingesteld.

Noot

1. Dit vonnis betreft de terugvordering door de opdrachtgever van een afroepgarantie ingesteld tegen de begunstigde van hetgeen door de bank aan de begunstigde is uitbetaald. In deze noot wordt met name ingegaan op de grondslag voor een dergelijke terugvordering.

2. Opdrachtgever en begunstigde hebben een overeenkomst gesloten volgens welke de begunstigde bepaalde software zou ontwikkelen en aan de opdrachtgever zou leveren. De betaling zou geschieden op facturen die afgestemd waren op bepaalde *milestones*. Als zekerheid voor betaling heeft de opdrachtgever een afroepgarantie doen stellen. Op een gegeven moment bleven drie facturen onbetaald terwijl de afloopdatum van de garantie naderde. Dat was voor de begunstigde reden om de garantie in te roepen voor een bedrag, overeenkomend met de som van die drie facturen, welk bedrag ook door de bank is uitbetaald. In deze procedure na betaling vordert de opdrachtgever van de begunstigde, zijn contractuele wederpartij, de bedragen van de twee laatste facturen terug omdat het werk daarvoor niet zou zijn geleverd. Als grondslag voor deze terugvordering verwijst de opdrachtgever naar onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatig handelen, dit laatste door de garantie ten onrechte in te winnen. De begunstigde betoogt dat de bedragen van de drie onbetaald gebleven facturen opeisbaar waren omdat overeengekomen was dat deze bij vooruitbetaling voldaan zouden worden, en overigens dat de werkzaamheden waarvoor gefactureerd was, ook inderdaad zijn uitgevoerd.

3. In zijn beoordeling begint de rechtbank met een verwijzing naar enige algemene kenmerken van de bankgarantie, zie r.o. 4.3/4, terwijl in het slot van r.o. 4.11 gerefereerd wordt aan een ander wezenskenmerk van de afroepgarantie, namelijk dat van "eerst betalen, dan praten", waar de rechtbank terecht opmerkt dat de afroepgarantie nu juist bedoeld is om zekerheid te bieden bij verschil van opvatting tussen begunstigde en opdrachtgever. Vervolgens onderzoekt de rechtbank of de onder de garantie betaalde bedragen al of niet verschuldigd waren, gemeten naar de maatstaven van de onderliggende overeenkomst. De rechtbank stelt dan vervolgens vast dat (i) overeengekomen was dat betaling zou dienen te geschieden op facturen bij aanvang van bepaalde milestones, derhalve bij vooruitbetaling en dat deze onbetaald zijn gebleven, (ii) dat de werkzaamheden, achteraf gezien, ook daadwerkelijk zijn verricht en (iii) dat de begunstigde, gelet op het achterwege blijven van de verschuldigde betalingen, de betalingsproblemen en het niet-verlengen van de bankgarantie, de overeenkomst mocht opzeggen. De vordering tot terugbetaling wordt dan ook afgewezen.

4. Waar het mij nu om gaat, is dat de rechtbank de al of niet gegrondheid van de vordering tot terugbetaling na betaling door de bank uitsluitend toetst aan de hand van de vraag of de betaalde bedragen uiteindelijk en

gemeten naar de maatstaven van de onderliggende overeenkomst verschuldigd waren, niets meer en niets minder. Dat is een loepzuivere toepassing van het eerdergenoemde wezenskenmerk van “eerst betalen, dan praten”, en dat is naar mijn mening ook de enig juiste grondslag voor een terugvordering, namelijk de in de onderliggende overeenkomst besloten contractuele afspraak dat, bij een eventueel verschil van opvattingen tussen partijen, er eerst betaald zal worden en wel via de afroepgarantie, en dat er daarna eventueel geprocedeerd kan worden over de vraag of de begunstigde uiteindelijk, gemeten naar de maatstaven van de onderliggende overeenkomst, ook recht had op die bedragen. Zie hierover eerder mijn *Bank Guarantees in International Trade* (4^e druk, 2013), hoofdstuk 13.6; mijn noot bij Rb. Den Haag 9 januari 2009, «JOR» 2009/117 en P.C. Russcher, ‘De abstracte bankgarantie in het burgerlijke recht’, *Tvl* 2018/18, nr. 5.2.2. Ook in het arrest van Hof Amsterdam 10 april 2018, [ECLI:NL:GHAMS:2018:1247](#) komt goed naar voren dat de rechtsgrond voor een vordering tot terugbetaling besloten ligt in het principe van “eerst betalen, dan praten”. Het is van belang dit goed in het vizier te houden omdat in de rechtspraak en met name in de literatuur als rechtsgrond voor een terugvordering worden opgevoerd ongerechtvaardigde verrijking, onverschuldigde betaling, wanprestatie en onrechtmatig handelen van de begunstigde, zie ook de conclusie van A-G Van Peursem onder 2.8, [ECLI:NL:PHR:2020:473](#) bij HR 27 november 2020, «JOR» 20201/51, m.nt. Russcher. Een toetsing aan de diverse criteria van die wettelijk geregelde grondslagen is niet alleen nodeloos ingewikkeld, maar erger, men bevindt zich alsdan ook op dwaalsporen. En die dwaalsporen zullen meestal ook nog doodlopen. Daartoe in het kort het volgende. Van onverschuldigde betaling als grondslag voor terugvordering kan geen sprake zijn omdat de opdrachtgever niet de betaling heeft gedaan en de betaling door de bank een verschuldigde betaling was. Ongerechtvaardigde verrijking is een figuur die niet goed past bij contractuele verhoudingen en bovendien, mocht al sprake zijn van verrijking, dan is twijfelachtig of die ook ongerechtvaardigd is. Ten slotte, het aanvoeren van wanprestatie en/of onrechtmatig handelen aan de zijde van de begunstigde als grondslag voor terugvordering berust op een miskennis van dat wezenskenmerk van de afroepgarantie, namelijk de “eerst betalen, dan praten”-afspraken. Zie voor een en ander voorts Russcher, t.a.p., met verwijzing naar de gewraakte literatuur en rechtspraak.

mr. R.I.V.F. Bertrams, off counsel AKD