

**Bij het sluiten van grote internationale transacties kunnen een bankgarantie, borgtocht of bonds zorgen voor (betalings)zekerheid. Hoe werken deze zekerheden en wat zijn de belangrijkste aandachtspunten?**

Internationale handelspartners verlangen juist nu zekerheid

# Betalingszekerheid bij internationale handel

Zeker in het huidige coronatijdperk verlangen handelspartners zekerheid van elkaar. Veelvoorkomende zekerheden in het (internationale) handelsverkeer zijn het pand- en hypotheekrecht en de bankgarantie. Over de eerstgenoemde zekerheidsrechten is veel bekend; over de bankgarantie als zekerheidsinstrument minder. Hieronder leggen wij de basisprincipes van de bankgarantie uit. Ook stippen we beknopt de borgtocht, *performance bond* en *advance payment bond* aan.

Een bankgarantie is, anders dan pand en hypotheek, geen zekerheidsrecht, maar een zekerheidsinstrument. De bankgarantie is niet wettelijk geregeld. Dit in tegenstelling tot de borgtocht. Een bankgarantie is een garantie die door een derde (de bank) wordt gegeven en die zekerheid biedt dat de verplichtingen van een partij ten opzichte van zijn handelspartner worden nagekomen. Hierbij zijn meestal drie partijen betrokken: de opdrachtgever, de begunstigde en de bank. De opdrachtgever en de begunstigde sluiten een onderliggende (hoofd)overeenkomst. De bank neemt tegenover de begunstigde een zelfstandige 'abstracte verbintenis' op zich, om te betalen wanneer de begunstigde een of meer van de in de bankgarantie genoemde documenten aan haar presenteert.

## Abstract karakter

De bankgarantie heeft een abstract karakter. Dit betekent dat de bank een geheel eigen

**“De URDG geven een mooie set uitgebalanceerde regels voor het gebruik van bankgaranties in de internationale context”**

verplichting op zich neemt om te betalen aan de begunstigde. Die verplichting volgt uit de bewoordingen van de bankgarantie. Deze zelfstandige verplichting van de bank is onafhankelijk van de rechtsverhouding (de overeenkomst) tussen de opdrachtgever en begunstigde. Die onafhankelijkheid houdt in dat in principe alleen de voorwaarden uit de bankgarantie van belang zijn. En niet de voorwaarden uit bijvoorbeeld de overeenkomst tussen de begunstigde en opdrachtgever. Er wordt geabstraheerd van die onderliggende rechtsverhouding. Juridisch verwoord: de bank kan de begunstigde, die betaling verzoekt, geen persoonlijke verweren uit de hoofdovereenkomst tegenwerpen. Bij de hierna te behandelen borgtocht kan de borg in principe wel dergelijke verweermiddelen tegenwerpen. Kortom, de verbintenis die de bank jegens de begunstigde op zich neemt, kenmerkt zich in beginsel als 'eerst betalen, dan praten'.

Thomas Giesbertz en Frank Salome zijn advocaat bij Van Traa Advocaten. Zij zijn gespecialiseerd in handels- en vervoerrecht en (internationale) beslagkwesties.





### Strikte conformiteit

De betalingsverplichting van de bank aan de begunstigde kenmerkt zich tevens door het beginsel van strikte conformiteit. De bank moet zich strikt aan de in de garantie gestelde voorwaarden houden, behalve in (uitzonderlijke) situaties waarin sprake is van bedrog of willekeur. Dit uitgangspunt heeft volgens de Hoge Raad in zijn standaardarrest Gesnoteg/Mees Pierson te maken met de verhouding tussen partijen en de rol in het handelsverkeer als zekerheidsinstrument.

“(…) gelet op het karakter (...) 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 bankgarantie, als van degene te wiens gunste de bankgarantie is gesteld, in het oog moet houden, een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden is.” Als aan de

in de garantie overeengekomen voorwaarden is voldaan, moet de bank de begunstigde betalen. De bank zal zich in eerste instantie dus vasthouden aan ‘de letter van de garantie’.

### Garantievoorwaarden

Zoals aangegeven, is de bankgarantie niet wettelijk geregeld. De International Chamber of Commerce heeft in het verleden een poging gewaagd uniforme regels op te stellen, de Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG). De URDG proberen vast te leggen wat in het internationale handelsverkeer gebruikelijk is voor afroepbankgaranties. Wij menen dat de URDG een mooie set uitgebalanceerde regels geven voor het gebruik van bankgaranties in de internationale context. De URDG worden echter (te) weinig van toepassing verklaard.

In de praktijk worden bankgaranties vaak gebruikt ter zekerheid dat een partij aan een vonnis zal voldoen. Zo voorkom je dat de partij die

de vordering instelt, beslag legt ten laste van zijn (gestelde) debiteur, en de bedrijfsvoering van de debiteur ‘stillet’. Een andere mogelijkheid - in feite ‘een fase verder’ - is dat een reeds gelegd beslag wordt opgeheven tegen het overleggen van een bankgarantie (een ‘beslaggarantie’). Met name bij scheepsbeslagen wordt in de praktijk op zeer korte termijn ná het leggen van beslag een vorm van zekerheid verstrekt, om de oplopende kosten van het beslag (bijvoorbeeld mogelijke demurrage) zoveel mogelijk te beperken. Een veelgebruikt format voor het opheffen van een beslag tegen zekerheidsverstrekking is het Rotterdams Garantiefomulier 2008. Strikt genomen is deze garantie echter een zekerheid in de vorm van een borgtocht.

### Borgtocht

De borgtocht is wettelijk geregeld en verschilt op twee wezenlijke punten met de bankgarantie. Ten eerste: de verweermiddelen in de ver-





houding tussen de schuldeiser en de schuldenaar mogen - in tegenstelling tot de positie van de bank bij een bankgarantie - in principe ook worden ingeroepen door de borg. Dit wordt ook wel het afhankelijke karakter van de borgtocht genoemd. Stel dat de schuldenaar ge-

## “Een veelgebruikt format voor het opheffen van een beslag tegen zekerheidsverstrekking is het Rotterdams Garantief formulier 2008”

rechtigd is zijn betalingsverplichting aan de schuldeiser op te schorten (dus: in de onderliggende rechtsverhouding), dan mag de borg dat in beginsel ook doen. Een tweede belangrijk verschil met de bankgarantie is dat de borgtocht een zogeheten subsidiair karakter kent. De schuldeiser kan van de borg niet eisen dat deze betaalt, voordat hij het nodige heeft gedaan om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat. Kortom: pas als de hoofdschuldenaar niet over de brug komt (juri-

disch: de hoofdschuldenaar moet in gebreke zijn gesteld en de verstrekte termijn moet zijn verlopen zonder nakoming), dan komt de borg ‘in zicht’.

Is het Rotterdams Garantief formulier 2008 dan wel zo’n aantrekkelijke vorm van zekerheid? Een bankgarantie biedt immers het voordeel dat de bank – indien aan de voorwaarden is voldaan (bijvoorbeeld bij een vonnis van de Rechtbank Rotterdam) – betaalt, zonder naar de onderliggende rechtsverhouding te kijken. Toch wel: de wettelijke regeling van de borgtocht is grotendeels van regeland recht. Doordat het Rotterdams Garantief formulier het afhankelijke en subsidiaire karakter ‘wegcontracteert’, voorziet deze alsnog in een ‘primaair karakter’ en kan de borg zich niet beroepen op de verweren die de schuldenaar toekomt.

### Gegevens garantie

Wij noemen nog kort de gegevens die in ieder geval van belang zijn bij een bank- of beslaggarantie. Natuurlijk dient de garantie allereerst te vermelden wie de partijen zijn en welke bank de garantie afgeeft. Vervolgens moet gedefinieerd worden voor welke (mogelijke) vordering zekerheid wordt verleend. Ook de (geschatte) hoogte van die vordering alsmede het maximumbedrag waarvoor de garantie wordt verleend, zijn belangrijk. De hoogte van de vordering en het maximumbedrag komen vaak niet overeen. Dat heeft doorgaans te maken met een extra

opslag voor rente en (proces)kosten. Daarnaast is belangrijk de geldigheidsduur in een garantie op te nemen; hoelang is de garantie geldig nadat een vonnis onherroepelijk is geworden?

### Bonds

Tot slot enkele overwegingen over twee specifieke vormen van zekerheid: de *performance bond* en de *advance payment bond*. De *performance bond* voorziet veelal in een zekerheid voor de juiste nakoming van bijvoorbeeld een overeenkomst van aanneming van werk. Worden de verbintenissen onder de overeenkomst niet (correct) uitgevoerd door de aannemer, en vloeit uit deze wanprestatie een vordering voort, dan staat een derde (vaak een bank) borg voor deze vordering van de opdrachtgever. De *advance payment bond* zie je vaak in onder andere de scheepbouw, waarbij de opdrachtgever in termijnen de aanneem-/koop-som betaalt. Omdat bij aanvang van het project nog geen werk tot stand is gebracht waarop de opdrachtgever een zekerheidsrecht kan vestigen (het sterkste recht zou een eigendomsrecht zijn), dan kan de bank van de scheepswerf als zekerheid een *advance payment bond* verstrekken. Gaat de scheepsbouwer in de tussentijd bijvoorbeeld failliet, dan heeft de opdrachtgever voor zijn betaalde voorschot zekerheid; hij kan het voorschot onder de *advance payment bond* terugkrijgen. ●●●