

# Bankgaranties

Mr. dr. R.I.V.F. Bertrams

Mr. P.C. Russcher

## Voorwoord

Van het boek ‘Bank Guarantees in International Trade’ van de hand van eerstgenoemde auteur, waarvan de vierde druk in 2013 is verschenen, zal geen nieuwe versie meer verschijnen. Het voorliggende boek is de opvolger daarvan, maar dan geschreven in het Nederlands en hoofdzakelijk gebaseerd op Nederlandse regelgeving, rechtspraak en literatuur.

Naast een uitgebreide weergave en analyse van het recht op de diverse deelonderwerpen van bankgaranties besteedt dit boek ruim aandacht aan de praktijk. Dat is van bijzonder belang omdat de bankgarantie, en met name die betaalbaar op eerste verzoek, als geen andere rechtsfiguur vanuit de praktijk is ontstaan, en kennis van die praktijk onontbeerlijk is voor het identificeren en ontwikkelen van rechtsregels.

Daar waar het recht nog onzeker of in ontwikkeling is, is aandacht besteed aan de rechtsvorming in omringende landen. Vanzelfsprekend komen bij de diverse deelonderwerpen ook de relevante bepalingen van de *Uniform Rules for Demand Guarantees* (URDG 758) van de *International Chamber of Commerce* aan de orde.

Beide auteurs zijn werkzaam in de rechtspraktijk. In dit kader past ook een woord van dank voor de input van Michel Joskin, Remco de Leeuw, Stephan Wijnen, Linda Appeldoorn, Hedy Blijboom, Peter Kool van Langenberghe en Felix Lankhorst van Rabobank, en Sharda Christiaans-Ramcharan en Robert van den Bosch van ING Bank.

Het manuscript is afgesloten in oktober 2021.

Roeland Bertrams  
Christiaan Russcher

# Inhoudsopgave

	<b>VOORWOORD</b>	v
<b>1</b>	<b>INLEIDING EN OVERZICHT</b>	<b>1</b>
1.1	Inleiding	1
1.2	Terminologie	3
1.3	Aard en karakterisering van de bankgarantie	3
1.3.1	Korte schets	3
1.3.2	Onafhankelijkheid en nauwe samenhang	5
1.3.3	Functies van de bankgarantie. Drie hoofdtypen van voorwaarden van betaling	9
1.3.4	Nader vergeleken met de borgtocht	10
1.3.5	Vergeleken met het documentair krediet	10
1.4	Rol en positie van de bank	11
1.4.1	Het stellen van bankgaranties als financiële dienstverlening	11
1.4.2	Het belang van de bank bij onafhankelijkheid, en bij het documentaire karakter van de voorwaarden van betaling	12
1.5	Overige typen van garanten. Concerngaranties	13
1.6	Directe garantie, adviserende bank	13
1.7	Indirecte garantie	13
1.8	Gesyndiceerde garanties	14
1.9	<i>Back-to-back</i> garanties	15
1.10	Bijzondere structuren bij bouwprojecten	16
1.11	Rechtsbronnen	18
<b>2</b>	<b>TYPEN VAN GARANTIES</b>	<b>21</b>
2.1	Algemeen	21
2.2	Betalingsgaranties	21
2.3	Biedgaranties	22
2.4	Terugbetalingsgaranties	23
2.5	Uitvoeringsgaranties	24
2.6	Onderhoudsgaranties	25
2.7	Douanegaranties	25
<b>3</b>	<b>TYPEN VAN VOORWAARDEN VAN BETALING. HET BETALINGSMECHANISME</b>	<b>27</b>
3.1	Inleiding	27
3.2	Betaling op eerste verzoek. Afroepgarantie	27
3.2.1	Algemeen	27
3.2.2	Varianten	28
3.2.3	Functies	29
3.3	Betaling op documenten van een derde-deskundige	31
3.4	Betaling op een vonnis	33

<b>4</b>	<b>TEKST EN CLAUSULES</b>	<b>35</b>
4.1	Onderhandelingen	35
4.2	Ontwikkeling in teksten. Bankmodellen	36
4.3	Verwijzing naar de gezeekerde overeenkomst	37
4.4	De begunstigde. De bank van de schuldeiser als begunstigde	37
4.5	Opschortende voorwaarden	39
4.6	Geldigheidsperiode	39
4.7	Maximumbedrag. Verlaging en verhoging	41
4.8	Tijdstip van betaling en rente	42
4.9	Cessie, verpanding, overdracht	42
4.10	Bevoegde rechter en toepasselijk recht	43
<b>5</b>	<b>VERHOUDING OPDRACHTGEVER-BANK BIJ EEN DIRECTE GARANTIE</b>	<b>45</b>
5.1	Aard van de rechtsverhouding. Contragarantie	45
5.2	Zekerheden aan de bank. Provisie en kosten	46
5.3	Opdracht en aanvaarding	47
5.4	Controle door de bank. Strikte conformiteit	48
5.5	Mededeling aan de opdrachtgever van het verzoek tot betaling	49
5.6	Subrogatie en ongerechtvaardigde verrijking	51
<b>6</b>	<b>VERHOUDING OPDRACHTGEVER – INSTRUERENDE BANK – GARANDERENDE BANK BIJ EEN INDIRECTE GARANTIE</b>	<b>53</b>
6.1	Algemeen	53
6.2	De contragarantie	55
6.2.1	Algemeen	55
6.2.2	Rechtskarakter van de contragarantie	56
6.3	Clausules in de contragarantie	59
6.4	Geen algemene plicht tot controle van de primaire garantie. Controle van de contragarantie	60
<b>7</b>	<b>OVERIGE ASPECTEN</b>	<b>63</b>
7.1	Totstandkoming	63
7.2	Uitleg. Herstel van vergissingen	64
7.2.1	Borgtocht of onafhankelijke (bank)garantie	64
7.2.2	Uitleg onafhankelijke (bank)garantie	66
7.2.3	Herstel van vergissingen	68
7.2.4	Positie van de bank	69
7.2.5	Borgtocht betaalbaar op eerste verzoek?	70
7.3	Geldigheidsperiode. Recht en praktijk	71
7.3.1	Belang van afloopdatum. Risico van de doorlopende (contra)garantie	71
7.3.2	Verlengingsclausule. ‘Extend or withdraw’-clausule	71
7.3.3	‘Extend or pay’-verzoeken	72
7.3.4	Afdwingbaarheid afloopdatum	75
7.3.5	Vrijgave. Teruggave van het garantiedocument	75
7.3.6	Vrijgave van zekerheden en verplichting tot betalen van provisie	76
7.4	Cessie en verpanding	77
7.4.1	Algemeen	77
7.4.2	Gevolgen. Bevoegdheid tot het invoeren van de garantie	79

7.5	Overdracht ('transfer') en overgang als nevenrecht	80
7.6	Zorgplicht jegens begunstigde?	84
<b>8</b>	<b>HET VERZOEK TOT BETALING EN DE UITBETALING</b>	<b>89</b>
8.1	Formele controle en strikte conformiteit	89
8.1.1	Inleiding	89
8.1.2	Formele controle	89
8.1.3	Strikte conformiteit	90
8.2	Het betalingsverzoek	94
8.2.1	Wie mag het betalingsverzoek doen	94
8.2.2	Bij wie moet het betalingsverzoek worden ingediend	96
8.2.3	Formele vereisten	96
8.3	Het verzoek moet betrekking hebben op de gezekerde overeenkomst	97
8.4	Bij een afroepgarantie	98
8.5	Bij een garantie betaalbaar op documenten van derden	99
8.6	Bij een garantie betaalbaar op een vonnis	99
8.7	Overige bepalingen	100
8.8	Geldigheidsperiode	101
8.9	Bedrag en valuta	104
8.10	Tijdsduur van controle. Tijdstip van betaling en rente	104
8.11	Notificatieplicht bij non-conformiteit	106
8.12	Eigen verweren van de bank. Verrekening	108
8.13	Het verzoek tot betaling onder de primaire garantie en de contragarantie bij een indirecte garantie	110
8.14	Betaling ondanks non-conformiteit	111
8.15	Terugvordering van de begunstigde na betaling onder de garantie	113
<b>9</b>	<b>MISBRUIK VAN BANKGARANTIES</b>	<b>119</b>
9.1	Inleiding	119
9.2	Het begrip 'misbruik'	120
9.2.1	Omschrijving van het begrip 'misbruik'	120
9.2.2	Bewijs van misbruik	122
9.2.3	Belangenafweging bij de beoordeling van misbruik	126
9.3	Gevalstypen van misbruik	127
9.3.1	Uitgangspunten bij de gevalstypen	127
9.3.2	Opdrachtgever heeft voldaan aan zijn verplichtingen	127
9.3.3	Wanprestatie door de begunstigde	131
9.3.4	Nakoming verhinderd door de begunstigde	133
9.3.5	Vordering wordt niet door de bankgarantie gedekt	134
9.3.6	Overmacht	135
9.3.7	Wilsgebreken bij totstandkoming onderliggende rechtsverhouding	136
9.3.8	Opdrachtgever heeft voor verrekening vatbare tegenvordering	137
9.3.9	Overige gevalstypen	138
9.3.10	Conclusie	141
<b>10</b>	<b>MISBRUIK EN DE POSITIE VAN DE BANK</b>	<b>143</b>
10.1	Aansprakelijkheid bank bij directe bankgaranties	143
10.2	Mededelingsplicht van de bank na weigering uitbetaling	145
10.3	Aansprakelijkheid bank bij indirecte bankgaranties	146

10.3.1	Aansprakelijkheid garanderende bank	146
10.3.2	Aansprakelijkheid instruerende bank	147
<b>11</b>	<b>RECHTSMATREGELEN TEGEN MISBRUIK – KORT GEDING</b>	<b>149</b>
11.1	Inleiding	149
11.2	Uitstel van betaling in afwachting uitkomst kort geding	149
11.3	Directe garanties	151
11.3.1	Kort geding tegen de begunstigde, de bank, of allebei	151
11.3.2	Kort geding tegen de begunstigde bij directe garanties	153
11.3.3	Kort geding tegen de bank bij directe garanties	154
11.3.4	Kort geding tegen de begunstigde en de bank bij directe garanties	155
11.3.5	Kort geding tegen de begunstigde ná uitbetaling	157
11.4	Indirecte garanties	158
11.4.1	Inleiding	158
11.4.2	Kort geding ná uitbetaling onder de primaire garantie	159
11.4.3	Kort geding vóór uitbetaling onder de primaire garantie	160
11.5	Overige aspecten	163
11.5.1	Commerciële houdbaarheid van bankgaranties	163
11.5.2	Reputatie van de bank	163
<b>12</b>	<b>RECHTSMATREGELEN TEGEN MISBRUIK – CONSERVATOIR BESLAG</b>	<b>165</b>
12.1	Inleiding	165
12.2	Kenmerken en voordelen conservatoir beslag	165
12.3	Directe garanties	167
12.3.1	Conservatoir beslag voor uitbetaling	167
12.3.2	Conservatoir beslag na uitbetaling	171
12.4	Indirecte garanties	172
<b>13</b>	<b>INTERNATIONALE BEVOEGDHEID EN TOEPASSELIJK RECHT</b>	<b>173</b>
13.1	Internationale bevoegdheid	173
13.2	Toepasselijk recht	177
<b>14</b>	<b>BESLAGGARANTIES</b>	<b>181</b>
14.1	Algemeen	181
14.2	Rotterdams Garantieformulier en NVB-model	182
14.3	Aanpassing en vrijgave van de garantie	185
<b>15</b>	<b>HUURGARANTIES</b>	<b>187</b>
15.1	Algemeen. ROZ-model	187
15.2	Faillissement huurder. Art. 39 Fw	188
	Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG)	193
	Literatuurlijst	209
	Jurisprudentielijst	213
	Zaaksregister	225
	Curriculum Vitae	231

# 1 Inleiding en overzicht

## 1.1 Inleiding

**1-1** Bankgaranties zijn een betrekkelijk nieuw verschijnsel. Terwijl de Amerikaanse variant, de ‘*standby letter of credit*’, al in de zestiger jaren van de twintigste eeuw op de binnenlandse markt zijn intrede deed, verscheen de bankgarantie op de internationale markt pas in de loop van de zeventiger jaren van die eeuw. De toenemende rijkdom in de olieproducerende landen in het Midden-Oosten stelde die landen in staat omvangrijke overeenkomsten met Westerse ondernemingen te sluiten voor grootschalige projecten, zoals de verbetering van de infrastructuur (wegen, vliegvelden, havens), publieke werken (huisvesting, ziekenhuizen, netwerken), industriële en agrarische projecten, en defensie. In deze ontwikkelingen ligt de oorsprong en de behoefte aan de bankgarantie zoals wij die tegenwoordig kennen, en met name de bankgarantie betaalbaar op eerste verzoek. Daarna is het snel gegaan: grensoverschrijdende transacties van enige omvang komen tegenwoordig nog maar zelden tot stand zonder enige ondersteuning van bankgaranties, en hetzelfde geldt al geruime tijd ook voor de binnenlandse markt.

Deze ontwikkelingen hebben te maken met het toenemend gewicht van de factor ‘risico’ als gevolg van de steeds omvangrijker en complexer wordende transacties. Men kan denken aan een Brits-Nederlands bouwconsortium dat van een (semi-)overheidsinstantie uit Saudi-Arabië opdracht heeft gekregen voor de aanleg van een haven in Saudi-Arabië, en dat op haar beurt een netwerk van onderaannemers inschakelt, die ieder overeenkomsten sluiten met tal van toeleveranciers, een en ander gefinancierd door een syndicaat van banken. Door de omvang, complexiteit, lokale wisselvalligheden en langere duur voor de realisatie van dergelijke projecten is het risico dat het project om welke reden dan ook niet wordt voltooid zoals beoogd aanzienlijk, en mogelijk met grote financiële gevolgen voor de betrokken partijen. Tegenwoordig worden deze risico’s evenwel ook ervaren met betrekking tot overeenkomsten van kleinere omvang, en ook op de binnenlandse markt. Daarbij geldt dat een eventueel recht op betaling en/of een recht op schadevergoeding voor de benadeelde partij veelal een illusie is: er is een wereld van verschil tussen (wellicht) gelijk *hebben* en gelijk *krijgen*, en dan vooral snel en zonder kosten. Hierbij moet worden bedacht dat bij handelstransacties traditionele goederenrechtelijke zekerheden zoals pand en hypotheek weinig realistisch zijn, al was het maar omdat deze zekerheden stevast al zijn ver-

leend aan de financierende banken van de wederpartijen bij de overeenkomst. Eigendomsvoorbehoud is slechts beschikbaar voor verkopers, en is in de praktijk weinig effectief door bijvoorbeeld verbruik, natrekking en doorverkoop, en onpraktisch wegens de kosten van het terughalen van de goederen en de geringe opbrengstwaarde. Een borgtocht gesteld door een groepsmaatschappij van de wederpartij is veelal ook een onzekere zekerheid: kan de groepsmaatschappij wel betalen, zeker bij omvangrijke transacties, en zo ja, zal dat dan zonder dralen geschieden? Een lang bestaande en effectieve vorm van zekerheid is het documentair krediet, die niet toevallig wat betreft structuur en werking grote gelijkenis vertoont met de bankgarantie. Dit instrument is echter beperkt in die zin dat het slechts beschikbaar is voor verkopende partijen en dan alleen nog in bepaalde branches.<sup>1</sup> In feite wordt effectieve zekerheid tegenwoordig met name verschaft door een structuur die in de eerste plaats als een financieringsinstrument dient: de vooruitbetaling aan de partij die een primaire betalingsvordering heeft, en de betaling van een laatste termijn enige tijd na (op)levering en controle (betaling achteraf) door de partij die eventueel een subsidiaire vordering tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie heeft.<sup>2</sup> Bij deze alternatieve vorm van effectieve zekerheid speelt de bankgarantie een belangrijke rol, in het bijzonder de bankgarantie betaalbaar op eerste verzoek.<sup>3</sup>

Bij gebreke van andere effectieve zekerheden bij handelstransacties wekt het geen verbazing dat de bankgarantie zich zowel op de internationale als binnenlandse markt heeft ontwikkeld tot een veelgebruikt type van zekerheid. Hierbij is een aantal factoren van belang. De effectiviteit van deze zekerheid is in de eerste plaats gebaseerd op het feit dat deze door een bank wordt verschaft. Een bank is als geen ander een solvabele wederpartij: zij kan betalen. Van even groot praktisch belang is dat de bank, wegens de omstandigheid dat zij voor rekening en risico van de opdrachtgever van de garantie betaalt, en met het oog op haar reputatie, ook vrijwel steeds zonder dralen en tegenwerpingen metterdaad zal betalen zodra aan de voorwaarden van betaling is voldaan. Met name dit laatste is van een niet te onderschatten belang: liquiditeit.<sup>4</sup> Voorts heeft de bankgarantie het voordeel dat zij kan worden gebruikt ten gunste van beide partijen bij een overeenkomst, dus zowel voor, bijvoorbeeld, verkopers, verhuurders, aannemers, leveranciers van diensten en financiers, die een primaire vordering tot betaling hebben, als voor hun wederpartijen die een subsidiaire vordering tot betaling van schadevergoeding kunnen hebben. Daarnaast kan de bankgarantie bij alle typen van overeenkomsten worden ingezet. Tenslotte geldt dat de bankgarantie een flexibel instrument is, waarvan de inhoud en voorwaarden door partijen zelf worden bepaald. De bankgarantie kent drie verschillende hoofdtypen voor het betalingsmechanisme: die betaalbaar op eerste verzoek, die betaalbaar op documenten van derde-deskundigen, en die betaalbaar op een vonnis.<sup>5</sup> Voorts geldt dat partijen een breed spectrum van nadere voorwaarden en modaliteiten kunnen overeenkomen, zodat maatwerk mogelijk is.<sup>6</sup>

---

1 Dit type van zekerheid wordt overigens in toenemende mate vervangen door de betalingsgarantie. Zie paragraaf 2.2.

2 Zie nader hoofdstuk 2, nr. 2-7.

3 Zie nader paragraaf 3.2.3, nr. 3-5.

4 Zie nader paragraaf 3.2.3.

5 Zie nader hoofdstuk 3.

6 Zie nader hoofdstuk 4.



## 1.2 Terminologie

**1-2** Zowel in het bedrijfsleven als in de bancaire sector is voor de figuur van persoonlijke zekerheid één term gangbaar: ‘de garantie’. Daarbij realiseert men zich vaak niet dat in juridische zin twee verschillende typen garanties bestaan: de accessoire borgtocht en de onafhankelijke garantie.<sup>7</sup> Deze verwarring bestaat ook in ons omringende landen zoals Duitsland en Frankrijk, waar termen als ‘*Bürgschaft*’ en ‘*cautionnement*’ net als de Nederlandse borgtocht als oubollig worden ervaren, en het gebruik daarvan beperkt blijft tot de juridische wereld. Hetzelfde zien wij in de Engelse jurisdictie. De term ‘*suretyship*’ geldt als zeer ouderwets, en wordt zelfs in de juristerij nauwelijks meer gebruikt. Daarentegen wordt vrijwel uitsluitend de term ‘*guarantee*’ gehanteerd, die dan staat voor een figuur die gelijk is aan de accessoire borgtocht uit de continentale rechtstraditie. Door in de tekst van de *guarantee* bepaalde clausules in te voeren, kunnen deze de eigenschappen verkrijgen van een onafhankelijke garantie. Daarbij wordt in de Engelse jurisdictie conceptueel geen duidelijk onderscheid tussen de twee zekerheidsfiguren gemaakt, zoals men dat in de continentale rechtstraditie wel doet.<sup>8</sup> In Amerikaans recht betekent de term ‘*guaranty*’ uitsluitend de accessoire borgtocht. Dat is de reden waarom het Amerikaanse banken wettelijk verboden is om *guaranties* af te geven, want de bank zou daardoor betrokken kunnen raken bij de gezeekerde overeenkomsten, en dat is niet toegestaan. Daarom moest men zijn toevlucht nemen tot een nieuwe zekerheidsfiguur: ‘de *standby letter of credit*’, die was afgeleid van de al lang bestaande *letter of credit* (het documentair krediet).<sup>9</sup>

De bankgarantie wordt ook wel aangeduid als een ‘abstracte garantie’. Deze term wordt hier vermeden, omdat met die term meestal een specifieke verschijningsvorm van de onafhankelijke bankgarantie wordt bedoeld, namelijk de garantie betaalbaar op eerste verzoek, terwijl dat niet het enige type van de onafhankelijke bankgarantie is.<sup>10</sup>

## 1.3 Aard en karakterisering van de bankgarantie

### 1.3.1 Korte schets

**1-3** Een bankgarantie is een overeenkomst *sui generis* tussen de bank en de begunstigde, en de basisfiguur daarvan is de directe garantie waarbij drie partijen betrokken zijn: de opdrachtgever, de begunstigde en de bank. De verplichting tot het doen stellen van een bankgarantie vloeit voort uit de onderliggende overeenkomst of de onderliggende rechtsverhouding in de precontractuele fase bij een biedgarantie (beide hierna steeds: de ‘gezeekerde overeenkomst’ of de ‘onderliggende rechtsverhouding’). Volgens de onderliggende rechtsverhouding is (of

---

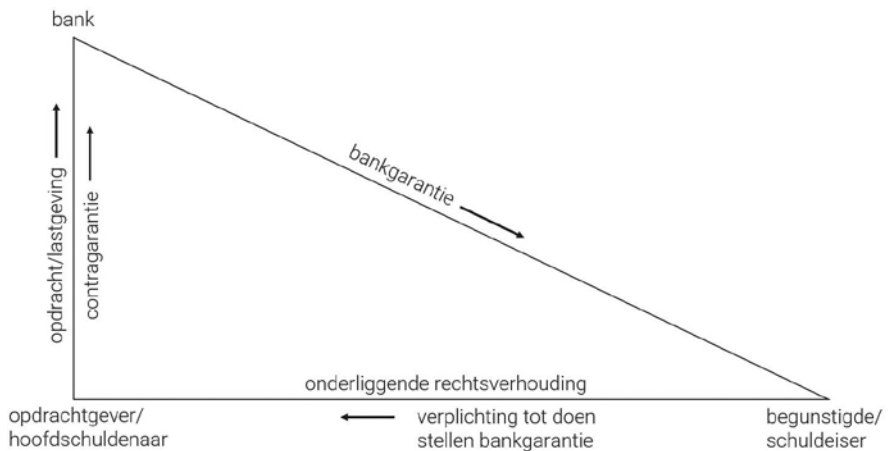
7 De verwarring ziet men met name terug bij ‘garanties’ afgegeven door groepsmaatschappijen, zie nader paragraaf 1.5.

8 Zie voor de verwarring die hierdoor bij juristen buiten *common law*-jurisdicties kan ontstaan paragraaf 4.2, nr. 4-2.

9 Zie nader Bertrams 2013, paragraaf 1.3-1.4.

10 Zie nader hoofdstuk 3.

zijn) één van de partijen (of beide) verplicht zekerheid te doen stellen in de vorm van een bankgarantie. De modaliteiten daarvan kunnen al specifiek en gedetailleerd zijn uitonderhandeld, of slechts in globale vorm. Uitvoering gevend aan deze verplichting zal de betrokken partij zich wenden tot zijn bank, meestal zijn huisbank, met het verzoek de garantie te stellen volgens de modaliteiten als aangegeven in de opdracht. Dikwijls bestaat dit uit het invullen en aanvullen van een model van de bank. Uit deze opdracht volgt naar zijn aard dat de bankgarantie wordt gesteld voor rekening en risico van de opdrachtgever. Ook komt het dikwijls voor dat de opdracht niet wordt gegeven door de partij bij de onderliggende rechtsverhouding, maar door een gelieerde partij, zoals de moedermaatschappij of concernfinancieringsmaatschappij. Als de bank de opdracht aanvaardt, zal deze de garantie aan de begunstigde afgeven. De bankgarantie beoogt aan de begunstigde zekerheid te verstrekken voor de nakoming van de verplichtingen van zijn contractuele wederpartij in de onderliggende rechtsverhouding, maar doet dat, anders dan bij een borgtocht, op onafhankelijke wijze. Dit houdt in dat de vraag of sprake is van wanprestatie en of de begunstigde recht heeft op uitbetaling onder de bankgarantie niet wordt beantwoord aan de hand van de onderliggende rechtsverhouding, maar aan de hand van het betalingsmechanisme en overige voorwaarden als bepaald in de garantie. Als aan de voorwaarden zoals gesteld in de garantie is voldaan, moet de bank betalen en daarbij kan zij zich niet beroepen op eventuele verweren uit de onderliggende rechtsverhouding.<sup>11</sup> Een en ander wordt hierna nader besproken in paragraaf 1.3.2.

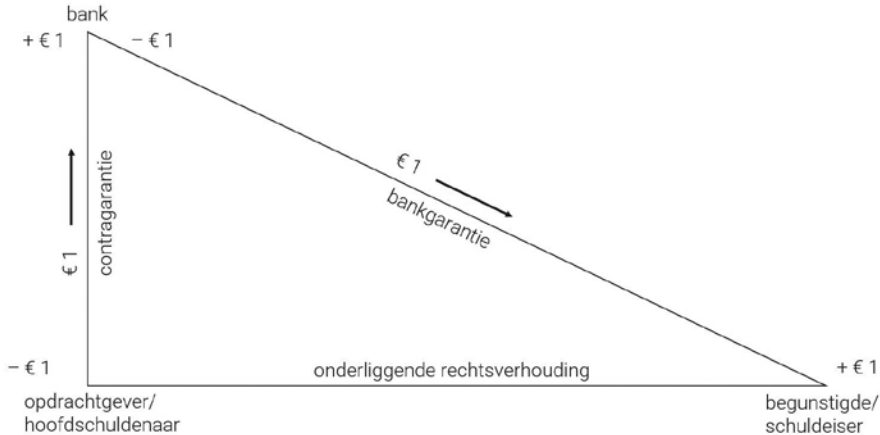


**Figuur 1**

Nadat de bank onder de bankgarantie heeft uitbetaald, heeft de opdrachtgever ten opzichte van de bank een terugbetalingsverplichting. Deze terugbetalingsverplichting vloeit voort uit het feit dat de bankgarantie voor rekening en risico van de opdrachtgever is gesteld, maar wordt in de regel nader bepaald in een contra-garantie. Als de bank, na controle of er is voldaan aan de voorwaarden voor be-

<sup>11</sup> Zie HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, NJ 2015/351, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2015/184, m.nt. G.J.L. Bergervoet (*Amstelpark*), r.o. 4.2.2.

taling, aan de begunstigde uitbetaalt, zal de bank zich verhalen op de opdrachtgever, meestal door middel van een debitering van de bankrekening van de opdrachtgever. Dit is weergegeven in figuur 2. Het eindresultaat is dat de begunstigde betaling van zijn (beweerdelijke) vordering heeft ontvangen, en dat het betreffende bedrag is betaald door, althans ten laste is gebracht van, zijn contractuele wederpartij uit de onderliggende rechtsverhouding.



**Figuur 2**

### 1.3.2 Onafhankelijkheid en nauwe samenhang

**1-4** De borgtocht en de bankgarantie zijn beide vormen van persoonlijke zekerheid, verschaft door een derde partij tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen die de wederpartij van de begunstigde op grond van de onderliggende rechtsverhouding heeft. Daarbij geldt dat de borgtocht dat doet op een accessoire wijze en de bankgarantie op een onafhankelijke manier. Voor een goed begrip van het onafhankelijke karakter van de bankgarantie is essentieel dat men zich realiseert dat de bankgarantie deel uitmaakt van drie rechtsverhoudingen waartussen een nauwe samenhang bestaat. Het onafhankelijke karakter van de bankgarantie kan niet worden begrepen zonder besef van deze samenhang.

De bankgarantie komt voort uit de onderliggende rechtsverhouding. In die rechtsverhouding bedingt één der partijen, bijvoorbeeld, de verkoper zekerheid van betaling, maar het kan en zal veelal ook voorkomen dat ook de andere partij, de koper, zekerheid bedingt voor het geval dat de eerste partij zijn verplichtingen niet nakomt. Die zekerheid zou kunnen worden verstrekt door middel van een borgtocht. Een bank zal echter niet akkoord gaan met het stellen van een borgtocht, omdat zij daarmee, wegens het accessoire karakter van de borgtocht, het risico zou lopen betrokken te raken bij de wederwaardigheden van de onderliggende rechtsverhouding, en eventuele geschillen tussen de partijen daarbij.<sup>12</sup> De bank zal daarom alleen bereid zijn zekerheid te stellen op een onafhankelijke en documentaire wijze, als hierna nader omschreven. Daar komt bij dat partijen

<sup>12</sup> Zie nader paragraaf 1.4.

door middel van een bankgarantie een effectieve reallocatie van risico's kunnen bewerkstelligen. Bij een borgtocht zal, in geval van een geschil tussen de begunstigde enerzijds en de contractuele wederpartij en/of de borg anderzijds, de begunstigde moeten bewijzen dat hij op grond van de onderliggende rechtsverhouding recht heeft op betaling. Bij een complexe overeenkomst, wellicht onder vreemd recht, in een andere jurisdictie, en/of waarbij executie in het buitenland zal moeten plaatsvinden, zal dan blijken dat er een groot verschil bestaat tussen (wellicht) gelijk hebben en gelijk krijgen, nog afgezien van de aanzienlijke kosten, tijdsverloop, en gevolgen voor de liquiditeitspositie als gevolg daarvan. Bij een bankgarantie kan de partij die zekerheid heeft bedongen een reallocatie van deze risico's bewerkstelligen, door te bedingen dat tussen hem en zijn wederpartij in de onderliggende rechtsverhouding vooralsnog vaststaat dat hij jegens die wederpartij recht heeft op betaling op basis van zijn enkele daartoe strekkende verklaring, of een verklaring van een in de desbetreffende branche opererende derde partij als deskundige. Een dergelijke afspraak zou in de onderliggende rechtsverhouding zelf kunnen worden opgenomen, maar effectieve zekerheid dat deze afspraak ook daadwerkelijk en soepel wordt nagekomen kan slechts worden bereikt als de uitvoering van die afspraak wordt gelegd bij een derde: de bank.<sup>13</sup> Kortom, partijen kunnen een effectieve reallocatie van risico's bewerkstelligen door middel van het onafhankelijke karakter van de bankgarantie, en door de uitvoering daarvan in handen te leggen van de bank. Aldus is onafhankelijkheid niet een eigenschap die zijn oorsprong vindt in de verhouding tussen bank en begunstigde, maar die door de partijen bij de onderliggende rechtsverhouding is overeengekomen.

Het element van onafhankelijkheid houdt gelet op het voorgaande niet meer of anders in, dan dat de vraag of, wanneer, en hoeveel de bank onder de bankgarantie moet uitbetalen uitsluitend wordt bepaald door de diverse bepalingen zoals geformuleerd in de tekst van de bankgarantie, (in beginsel) zonder referentie aan de onderliggende rechtsverhouding, zoals bij de accessoire borgtocht wel het geval is. De onafhankelijkheid van de bankgarantie brengt met zich dat de bank zich niet kan beroepen op eventuele verweermiddelen ontleend aan de onderliggende rechtsverhouding. De Hoge Raad heeft dit in HR 13 maart 2015 (*Amstelpark*) als volgt verwoord:

*“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, indien aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden voor betaling is voldaan.”<sup>14</sup>*

Banken ervaren het onafhankelijke karakter van de bankgarantie niet als een nadeel, integendeel. Zoals hierboven al vermeld, wensen banken immers niet betrokken te raken bij de verwickelingen in de onderliggende rechtsverhouding. Belangrijker nog is dat betaling onder de bankgarantie hen niet deert nu zij de bankgarantie afgeven voor rekening en risico van de opdrachtgever.<sup>15</sup>

13 Zie paragraaf 3.2.3, nr. 3-4 voor het fenomeen 'reallocatie' van risico's.

14 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, NJ 2015/351, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2015/184, m.nt. G.J.L. Bergervoet (*Amstelpark*).

15 Zie nader paragraaf 1.4 en paragraaf 5.1.

Met dit laatste zijn wij gekomen aan de derde betrokken rechtsverhouding, namelijk de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de bank. Kern van deze overeenkomst is dat de opdrachtgever de bank opdracht geeft om een bankgarantie te stellen op de voorwaarden zoals de opdrachtgever en begunstigde in hun onderliggende verhouding overeengekomen zijn, en wel voor rekening en risico van de opdrachtgever. Als de bank onder de bankgarantie uitbetaalt en zij zich vervolgens op de opdrachtgever verhaalt, dan leidt dit er in feite toe dat de opdrachtgever (tot het bedrag van de uitbetaling onder de bankgarantie) aan zijn verplichtingen tot betaling jegens zijn contractuele wederpartij heeft voldaan, zoals ook door de drie betrokken partijen is beoogd.<sup>16</sup>

De omstandigheid dat de bankgarantie wordt afgegeven door een bank maakt dat de voorwaarden van betaling documentair geformuleerd moeten zijn. Dit aspect wordt nader besproken in paragraaf 1.4.2 en 4.1.

De nauwe samenhang tussen de drie afzonderlijke rechtsverhoudingen die bij de bankgarantie zijn betrokken, verklaart diverse bijzondere eigenschappen van de bankgarantie en het speelveld daarbij. Hierbij is te denken aan, onder meer, de omstandigheid dat de keuze van het type van voorwaarde voor betaling (op eerste verzoek, op documenten van een derde-deskundige, of op vonnis) en de overige modaliteiten van betaling niet afkomstig zijn van de bank in samenspraak met de begunstigde, maar van de partijen bij de onderliggende rechtsverhouding. Dat is ook de reden waarom uitleg van de bepalingen van de bankgarantie kan geschieden aan de hand van de onderliggende rechtsverhouding en daaraan gerelateerde omstandigheden, zoals de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.<sup>17</sup> De nauwe samenhang verklaart ook waarom de uitbetaling door de bank tevens geldt als betaling door de opdrachtgever aan de begunstigde, waarom de begunstigde dat bedrag niet nog eens van de opdrachtgever kan vorderen, en waarom de opdrachtgever het onder de bankgarantie uitbetaalde bedrag moet terugbetalen aan de bank. De nauwe samenhang verklaart voorts waarom de opdrachtgever, en niet de bank, rechtsmaatregelen moet nemen ter voorkoming van eventueel (dreigend) misbruik van de bankgarantie door de begunstigde.

**1-5** *Eigen verplichting/eigen schuld van de bank? Betaling door de bank geldt tevens als betaling door de opdrachtgever aan de begunstigde.* In teksten van onafhankelijke (bank)garanties, en met name die daterend uit de beginperiode daarvan, wordt de verplichting van de bank tot betaling wel omschreven als een eigen verplichting of een eigen schuld van de garant. Ook in de rechtspraak en literatuur komt men deze aanduiding ter karakterisering van de verplichting van de garant wel tegen. De enige bedoeling van die omschrijving was en is om tot uitdrukking te brengen dat sprake is van een onafhankelijke bankgarantie en niet een borgtocht. Een andere of wijdere betekenis komt daaraan niet toe. In het bijzonder volgt daaruit niet dat de bank met de uitbetaling onder de bankgarantie alleen zijn eigen verplichting zou voldoen. Een tegengestelde opvatting zou berusten op een miskennis van de nauwe samenhang tussen de drie afzonderlijke rechtsverhoudingen.

---

<sup>16</sup> Zie ook nr. 1-5.

<sup>17</sup> Zie nader paragraaf 7.2.

Algemeen wordt aangenomen dat de uitbetaling onder de bankgarantie ook geldt als betaling door de opdrachtgever aan de begunstigde in de onderliggende rechtsverhouding. De uitbetaling onder de bankgarantie strekt dus niet alleen tot voldoening van de eigen verplichting van de bank onder de bankgarantie, maar strekt ook in mindering op de schuld van de opdrachtgever aan de begunstigde in de onderliggende rechtsverhouding.<sup>18</sup> Dit volgt ook uit HR 27 november 2020 (*Karskens q.q./X*), waar de Hoge Raad heeft overwogen dat de begunstigde ten tijde van het invoeren van de bankgarantie op de wederpartij in de onderliggende rechtsverhouding een vordering had die het bedrag van de bankgarantie overstee, en dat de uitwinning van de bankgarantie had te gelden als een betaling op deze vordering, waardoor deze vordering met het onder de bankgarantie uitbetaalde bedrag moest worden verminderd.<sup>19</sup>

Dat de uitbetaling onder de bankgarantie in mindering strekt op de vordering die de begunstigde op grond van de onderliggende rechtsverhouding heeft, is geen gevolg van art. 6:30 BW, maar van wat partijen bij de onderliggende rechtsverhouding hebben beoogd.<sup>20</sup> Dit gegeven ligt ook besloten in de kenmerkende eigenschap van de afroepgarantie, namelijk die van ‘eerst betalen (door de bank), en dan praten (door de opdrachtgever met de begunstigde)’.<sup>21</sup>

**1-6 Zelfstandige garantie.** In de literatuur en rechtspraak wordt de onafhankelijke (bank)garantie ook wel eens aangeduid als een zelfstandige garantie. Die term wordt in dit boek vermeden omdat daardoor verwarring zou kunnen ontstaan met een type garantie dat inderdaad geheel op zichzelf staat en die niet deel uitmaakt van een structuur van drie nauw met elkaar samenhangende overeenkomsten. Dergelijke zelfstandige garanties verschaffen in zekere zin ook zekerheid, maar niet voor de gevolgen van niet-nakoming, dan wel wanprestatie ten aanzien van de verplichtingen uit een onderliggende rechtsverhouding. Men kan denken aan een geval waarin een in Nederland gevestigde, internationaal opererende onderneming er belang bij heeft dat een ander bedrijf een hotel laat bouwen en exploiteren zodat buitenlandse werknemers die tijdelijk in Nederland verblijven, daarin ondergebracht kunnen worden, en aan dat andere bedrijf een bepaalde afname van hotelarrangementen garandeert. Een ander voorbeeld is de garantie die een gemeente geeft aan een organisatie van een plaatselijk evenement tot aanvulling van eventuele verliezen. Het is duidelijk dat een dergelijke ‘zelfstandige’ garantie van een geheel andere aard, context en functie is dan de onafhankelijke (bank)garantie.

---

18 Zie bijvoorbeeld: Rb. Breda 27 april 1993, *NJ* 1996/99; Hof Amsterdam 3 mei 2007, *JOR* 2007/280, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; Hof Arnhem 4 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM3282, *JOR* 2010/287, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6186, *JOR* 2016/40; Rb. Midden-Nederland 29 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9391, r.o. 4.163; A-G Van Peursem, conclusie bij HR 27 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1892, *JOR* 2021/51, m.nt. P.C. Russcher (*Karskens q.q./X*), nr. 2.7-2.8. Zie ook Kampschreur 2015, p. 298-299. Zie voorts nr. 1-4, vijfde alinea.

19 HR 27 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1892, *JOR* 2021/51, m.nt. P.C. Russcher (*Karskens q.q./X*), r.o. 3.2.

20 In de rechtspraak (Rb. Den Haag 22 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6186, *JOR* 2016/40) en literatuur (Van Emden & Van Emden 2014, paragraaf 1.3) wordt soms anders geoordeeld en verdedigd.

21 Zie hierover paragraaf 3.2.3.

### 1.3.3 *Functies van de bankgarantie. Drie hoofdtypen van voorwaarden van betaling*

**1-7** De bankgarantie dient ertoe een partij bij de onderliggende rechtsverhouding zekerheid te bieden voor de nakoming van de verplichtingen van zijn wederpartij in die onderliggende rechtsverhouding, door middel van een betrouwbare en solvabele derde partij: de bank.

De bankgarantie kan evenwel nog een andere functie hebben, en wel met het oog op de door de partijen bij de onderliggende rechtsverhouding overeengekomen reallocatie van risico's, een aspect dat al is aangestipt in paragraaf 1.3.1 hierboven. Afhankelijk van de mate waarin partijen een reallocatie van risico's willen bewerkstelligen, zullen partijen kiezen voor een van de drie hoofdtypen van voorwaarden van betaling. Zo kunnen deze partijen overeenkomen dat tussen partijen vooralsnog vaststaat dat de begunstigde jegens zijn wederpartij in de onderliggende rechtsverhouding wegens wanprestatie recht heeft op betaling zodra de begunstigde in die zin verklaart, zonder dat hij enig bewijs daarvan en van de omvang van het te betalen bedrag hoeft te leveren. Deze afspraak zal dan de grondslag zijn voor wat bekend staat als de bankgarantie betaalbaar op eerste verzoek, met als wezenskenmerk het fenomeen 'eerst betalen, dan praten'. Een minder vergaande reallocatie van risico's is de afspraak tussen partijen dat vooralsnog vaststaat dat de begunstigde recht heeft op betaling als dit blijkt uit een verklaring van een derde-deskundige. Deze afspraak zal resulteren in een dienovereenkomstige bankgarantie. Ook kan het voorkomen dat partijen geen nadere reallocatie van risico's beogen, wat dan zal leiden tot een bankgarantie betaalbaar op een vonnis.

Een derde functie van bankgaranties, in het bijzonder die betaalbaar op eerste verzoek en die betaalbaar op verklaringen van een derde-deskundige, is die van het verschaffen van liquiditeit. Bij een borgtocht of een bankgarantie betaalbaar op een vonnis kan het zeer lang duren voordat een gunstige uitspraak wordt verkregen, die in kracht van gewijsde is gegaan, een en ander ook gepaard gaande met hoge kosten. Bij een bankgarantie betaalbaar op eerste verzoek kan daarentegen zeer snel, en zonder veel problemen en kosten, uitbetaling door de bank worden bewerkstelligd. In de praktijk is deze liquiditeitsfunctie van een niet te onderschatten belang.

De reallocatie van risico's en de liquiditeitsfunctie worden nader behandeld in paragraaf 3.2.3.

Een vierde functie van met name bankgaranties betaalbaar op eerste verzoek is die als financieringsinstrument. Dat aspect wordt eveneens besproken in paragraaf 3.2.3.

Bij dit alles is het van belang in te zien dat het daadwerkelijke verschil tussen een borgtocht en bankgarantie niet zozeer gelegen is in de onafhankelijkheid van laatstgenoemde figuur, maar in het gekozen type van voorwaarde van betaling. Bij de garantie betaalbaar op eerste verzoek is dat verschil zeer aanzienlijk, bij de garantie betaalbaar op vonnis is het verschil gering.

### 1.3.4 *Nader vergeleken met de borgtocht*

**1-8** In paragraaf 1.3.2 en 1.3.3 zijn al diverse overeenkomsten en verschillen met de borgtocht besproken. In dit randnummer worden nog enige andere aspecten genoemd.

Een belangrijk verschil is de financiële dynamiek van beide figuren. Hoewel de borg na betaling subrogeert in de rechten van de schuldeiser/begunstigde, en hij een recht van regres op de hoofddebiteur heeft, zal dit vaak tot niets leiden. De borgtocht wordt immers juist ingeroepen bij insolventie van de hoofddebiteur. Met andere woorden, de borg betaalt uit eigen portemonnee. Geheel anders is dit voor de bank bij de bankgarantie, die de bankgarantie immers afgeeft voor rekening en risico van de opdrachtgever, en die zich er in de regel al van tevoren heeft verzekerd dat terugbetaling ook daadwerkelijk en zonder problemen zal plaatsvinden. Kortom, de bank betaalt uit andermans portemonnee.<sup>22</sup>

Voor een overeenkomst van borgtocht volstaat een enkele zin, bijvoorbeeld: “*Groepsmaatschappij X verklaart zich borg te stellen voor de nakoming van de verplichtingen van dochtermaatschappij Y uit de overeenkomst abc.*” Omdat de borgtocht in de wet is geregeld, en gelet op het accessoire karakter van de borgtocht, zijn de verplichtingen van de borg en de rechten van de begunstigde hiermee voldoende en afdoende vastgelegd. Het onafhankelijke karakter van de bankgarantie vereist nu juist dat de modaliteiten van de verplichtingen en rechten die daaruit voortvloeien expliciet in de (tekst van de) bankgarantie worden vastgelegd. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de keuze uit de drie hoofdtypen van voorwaarden van betaling, maar ook de bepaling van het maximumbedrag en de geldigheidsperiode van de garantie zijn onontbeerlijk. Daarnaast kunnen nog diverse nadere bepalingen worden opgenomen.<sup>23</sup>

### 1.3.5 *Vergeleken met het documentair krediet*

**1-9** De bankgarantie vertoont veel overeenkomsten met het documentair krediet. Het Amerikaanse equivalent van de bankgarantie is zelfs direct daarvan afgeleid, de *standby letter of credit*.<sup>24</sup>

Het documentair krediet is een betalingsinstrument waarbij de bank zich verplicht tot betaling aan de begunstigde/verkoper als deze bepaalde documenten als omschreven in het krediet, zoals een factuur, cognossement en verzekeringspolis, vóór de afloopdatum aan de bank overlegt. Aldus verschafft het documentair krediet zekerheid van betaling, maar op een primaire wijze, in die zin dat betaling door de bank de normale en door betrokken partijen ook beoogde wijze van afwikkeling is, terwijl de bankgarantie subsidiaire zekerheid verschafft voor het geval dat de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt. De overeenkomsten tussen het documentair krediet en de bankgarantie voeren evenwel de boventoon. Beide instrumenten hebben dezelfde structuur, bestaande uit drie nauw met elkaar samenhangende rechtsverhoudingen, de omstandigheid dat de bank

22 Dit verschil doet zich echter doorgaans niet, of in mindere mate, voor als een onafhankelijke garantie wordt gesteld door een aan de hoofdschuldenaar gelieerde partij, omdat deze partij vaak, net als bij de borgtocht, uit de eigen (groeps)portemonnee zal betalen.

23 Zie nader hoofdstuk 4.

24 Zie ook paragraaf 1.2.