

De Beslaggarantie NVB 1999

Mr. drs. J.W.H. Blomkwist , datum 01-05-2000

Datum

01-05-2000

Auteur

Mr. drs. J.W.H. Blomkwist [M](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht (V)

Art. 705 Rv houdt in dat een conservatoir beslag dat is gelegd voor een geldvordering, wordt opgeheven, als voor de geldvordering voldoende zekerheid wordt gesteld. Volgens art. 6:51 lid 1 BW heeft degene die zekerheid moet stellen, de keuze tussen persoonlijke en zakelijke zekerheid. Lid 2 van hetzelfde artikel bepaalt dat de aangeboden zekerheid zodanig moet zijn, dat de vordering, en de daarop eventueel vallende rente en kosten, behoorlijk gedekt zijn, en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal kan nemen.

Een bankgarantie van een Nederlandse bank wordt van oudsher beschouwd als voldoende zekerheid in de zin van art. 705 Rv. De solvabiliteit van de garanderende bank waarborgt dat de schuldeiser het bedrag, waarop hij te zijner tijd recht blijkt te hebben, ook daadwerkelijk krijgt, zij het uiteraard tot ten hoogste het bedrag van de garantie. De schuldeiser hoeft niet te delen met andere schuldeisers die op hetzelfde actief beslag gelegd hebben, en hij loopt niet het risico dat het beslagen actief bij executie onvoldoende opbrengt. Voorts vervalt een bankgarantie niet, zoals een beslag, bij faillissement van de schuldenaar.

In 1972 werd voor het eerst een standaardtekst voor een garantie ter opheffing of voorkoming van een conservatoir beslag gepubliceerd door de 'Commissie Rotterdams Garantieformulier' ('CRG'), een informeel samengestelde groep Rotterdamse advocaten uit de 'natte' praktijk. Het formulier werd in de loop van de tijd in brede kring, ook buiten de natte praktijk, aanvaard. Het voordeel daarvan was uiteraard dat niet langer over de tekst van de te stellen garantie behoefde te worden gediscussieerd. Verbeterde versies volgden in 1978, 1985 en 1992. De tekst van 1992 wordt hier als uitgangspunt genomen.

In die tekst verklaart de zekerheidgever zich tot borg te stellen voor de hoofdschuldenaar.

'tot meerdere zekerheid voor de richtige nakoming door laatstgenoemde ... van al datgene, tot betaling waarvan de hoofdschuldenaar ingevolge in kracht van gewijsde gegane beslissing van de bevoegde Rechter, gewezen tegen de hoofdschuldenaar, ingevolge wettige arbitrale beslissing of ingevolge minnelijke regeling tegenover de gewaarborgde zal blijken verplicht te zijn ...'

In de loop van de jaren rezen er bij de Nederlandse banken, verenigd in de Nederlandse Vereniging van Banken ('NVB'), verschillende bezwaren tegen het Rotterdamse garantieformulier. Een eerste bezwaar is dat dit formulier bepaalt dat in geval van faillissement of surseance van de hoofdschuldenaar de schuldeiser gerechtigd is in een procedure tegen de bank de betalingsverplichting van de hoofdschuldenaar te laten vaststellen. Dat brengt mee dat de bank betrokken wordt in een procedure over de rechtsverhouding tussen crediteur en debiteur, zonder dat zij die rechtsverhouding kent of daarin partij is, en met alle daaraan verbonden kosten. Een tweede punt is dat het Rotterdamse garantieformulier geen aflooptdatum bevat: om voor de hand liggende redenen willen banken de mogelijkheid uitsluiten dat zij tot in het oneindige doorlopende garantieobligo's in hun boeken hebben. Een derde, meer theoretisch, punt is dat het formulier is gegoten in de vorm van een borgtocht waarbij afstand wordt gedaan van 'alle voorrechten en exceptiën'. Banken hebben in het algemeen een voorkeur voor een onafhankelijke bankgarantie boven een borgtocht, omdat die niet bestreken wordt door de wettelijke regeling van de borgtocht, die ook nog van land tot land verschilt. Bovendien kent ons wetboek sinds 1 januari 1992 geen voorrechten en exceptiën aan borgen meer toe. Een vierde bezwaar is dat niet is aangegeven hoe de bank moet beoordelen of een beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Een vijfde, ondergeschikt, bezwaar is nog dat het Rotterdamse garantieformulier wel bepaalt dat de borgtocht vervalt als er niet binnen een bepaalde termijn een procedure ingesteld is of een minnelijke regeling tot stand is gekomen, maar niet dat ook aan de bank meegedeeld moet worden dat dat is gebeurd.

Dat is voor de NVB reden geweest om in 1995 met een eigen model te komen. Tegen dit model had op haar beurt de CRG weer grote bezwaren. Daarom zijn NVB en CRG met elkaar in overleg getreden teneinde te komen tot een tekst die door beide partijen gedragen zou worden. Het resultaat daarvan is geworden de 'Beslaggarantie NVB 1999' (de tekst daarvan is na deze bijdrage opgenomen).

Een eerste bezwaar tegen het NVB-model van 1995 was het z.g. faillissementsgat. Het model bepaalde dat de garantie in

geval van faillissement kan worden aangesproken als het betalingsverzoek van de schuldeiser vergezeld gaat van een afschrift van het proces-verbaal van de verificatievergadering in het faillissement van de debiteur, waaruit de erkenning van de vordering blijkt. In veruit de meeste faillissementen komt het echter niet tot een verificatievergadering omdat het faillissement voordien bij gebrek aan baten wordt opgeheven. Door het faillissement wordt de tegen de gefailleerde lopende procedure geschorst, en in het geval van een rechtspersoon zal die procedure na het faillissement wellicht niet hervat kunnen worden omdat de rechtspersoon door de opheffing bij gebrek aan baten ophoudt te bestaan. (Zoals boven aangegeven: het Rotterdams garantieformulier lost dit op door een procedure tegen de bank voor te schrijven.) In het NVB-model 1999 gaat de bank over tot betaling vier maanden na de dag waarop de begunstige per aangetekende brief aan de bank bericht heeft, dat de debiteur in staat van faillissement is verklaard, onder meezending van een bevestiging van de curator dat de debiteur failliet is verklaard, tenzij de bank of de curator in die periode een gerechtelijke procedure tegen de begunstigde is begonnen. (Voor het geval van een wettelijke schuldsaneringsregeling geldt een zelfde regeling.) Curator en bank zullen er verstandig aan doen vroegtijdig met elkaar in overleg te treden teneinde te bezien of hier actie nodig is, en zo ja, welke.

Een tweede bezwaar tegen het NVB-model 1995 betrof de manier waarop een einde was gemaakt aan de onzekerheid in het Rotterdams garantieformulier over hoe de bank moet beoordelen of een beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Dit was namelijk gebeurd door, naast overlegging van een beslissing van een Nederlandse rechter, ook overlegging te eisen van een verklaring van de griffier inhoudende dat hij binnen vier maanden na de beslissing geen bericht van hoger beroep, cassatie of verzet had ontvangen. Het instellen van een rechtsmiddel hoeft echter in beginsel niet aangetekend te worden ter griffie van de rechter die het bestreden vonnis heeft uitgesproken (art. 85 en 433 Rv), en als op lange termijn gedagvaard wordt, verneemt de griffier van de hogere rechter daar vaak pas later van. In het NVB-model 1999 is dit opgelost doordat daarin is bepaald dat de bank mag afgaan op een daartoe strekkende verklaring van een Nederlandse advocaat.

Een derde bezwaar tegen het NVB-model 1995 was dat daarin een looptijd was opgenomen van 10 jaar na de dag van ondertekening van de garantie. Bezwaar daartegen was uiteraard dat het langer dan 10 jaar kan duren voordat een definitieve uitspraak is verkregen, en dat een dergelijke vervaltermijn uitnodigt tot traineren. (Als gezegd: bezwaar tegen het Rotterdams garantieformulier is dat daarin in het geheel geen aflooptdatum is opgenomen.) Het NVB-model 1999 lost dit op door te bepalen dat de garantie vervalt 10 jaar na de datum van ondertekening van de garantie, tenzij de bank tenminste één maand voor de einddatum van de garantie een aangetekend schrijven van een Nederlandse advocaat van de begunstigde heeft ontvangen, dat er nog een procedure aanhangig is. Als dat gebeurt, is de garantie voor telkens een nieuwe termijn van 10 jaar geldig.

Een vierde bezwaar was dat in het geval van een arbitraal vonnis wel erg zware nadere eisen werden gesteld: niet alleen een exequatur, maar ook een verklaring van de griffier dat er geen vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis was binnengekomen. Het NVB-model 1999 heeft dit aanzienlijk versoepeld.

In het NVB-model 1999 verbindt de bank zich aan de begunstigde te betalen tegen overlegging van: a) een afschrift van een beslissing van een Nederlandse rechter, vergezeld van een verklaring van een Nederlandse advocaat dat de wettelijke termijn voor verzet, hoger beroep of cassatie is verstreken, en dat voorzover hem bekend binnen die termijn geen hoger beroep of cassatie is ingesteld, dan wel, in geval van een verstekvonnis, dat niet binnen zes weken na betekening aan de bank van dat vonnis verzet is gedaan, of b) een origineel afschrift van een arbitraal vonnis, of c) een door partijen gewaarmerkt afschrift van een akte, houdende een minnelijke regeling.

Een punt van aandacht is het geval van het verstekvonnis: uit het slot van wat onder a) staat, blijkt dat een verstekvonnis aan de bank betekend zal moeten worden. Het is enigszins verwarrend dat er eerder in het bewuste artikel slechts wordt gesproken over 'overlegging' van de rechterlijke beslissing. De reden voor deze bijzondere positie van een verstekvonnis is mij niet duidelijk. Men heeft blijkbaar een extra formaliteit willen inbouwen in verband met de grote onzekerheden die kunnen ontstaan over de aanvang - en dus de afloop - van de verzettermijn vooral bij buitenlandse debiteuren, of als de debiteur niet te vinden is. Betekening van het verstekvonnis aan de bank doet de verzettermijn echter niet aanvangen, en zal ook niet bewerkstelligen dat de bank zich méér zal inspannen om contact te zoeken met de partij die haar opdracht tot het stellen van de garantie heeft gegeven, dan zij bij enkele overlegging van het vonnis zou doen.

Uit het feit dat gesproken wordt van een beslissing van een Nederlandse rechter en van een verklaring van een Nederlandse advocaat, valt af te leiden dat het NVB-model 1999 bestemd is voor de binnenlandse markt. Blijkens de toelichting van de NVB is dat ook uitdrukkelijk de bedoeling. (Het model brengt overigens geen beperking tot Nederlandse arbiters aan.) Het Rotterdams garantieformulier heeft universele pretenties: het spreekt over een beslissing van 'de bevoegde rechter' en dat kan ook een buitenlandse rechter zijn. Dit formulier heeft echter - zoals hierboven geschetst - in de ogen van de banken een aantal tekortkomingen. Men kan dan ook verwachten dat in de binnenlandse markt het NVB-model 1999 zal gaan overheersen. Het zal interessant zijn te zien hoe de ontwikkelingen zullen zijn in zaken met een internationale dimensie. Zal hier het Rotterdams garantieformulier, dat, ondanks zijn gebreken, een in de praktijk bewezen staat van dienst heeft, overheersend blijven, of zal de markt de voorkeur gaan geven aan maatwerk? En in het laatste geval, zal dat dan maatwerk zijn, gebaseerd op het Rotterdams garantieformulier of op het NVB-model 1999?

Ten slotte wil ik nog opmerken dat de moeizame totstandkoming van een in brede kring gedragen tekst voor een

beslaggarantie - beide partijen konden elkaar verwijten dat de ander zijn tekst zonder overleg had opgesteld - illustreert dat bij het formuleren van een tekst voor een bankgarantie *alle* partijen betrokken dienen te zijn. R. Bertrams heeft in zijn proefschrift over de bankgarantie hier terecht op gewezen (men zie vooral hoofdstuk 8), maar eigenlijk zou dit vanzelfsprekend moeten zijn waar de rechten, verplichtingen en belangen van drie partijen in het geding zijn.

Het Rotterdams garantieformulier en de Beslaggarantie NVB 1999 zijn onlangs eveneens besproken in aflevering 3 van het *Advocatenblad* d.d. 4 februari 2000.

Voetnoten



Mr. drs. J.W.H. Blomkwist is bankjurist bij Banque Artesia Nederland NV.