

Reactie van mr. H. van der Wiel op het artikel van mr. drs. J.W.H. Blomkwist: 'De Beslaggarantie NVB 1999', Tvl 2000, p. 116-119

Mr. H. van der Wiel , datum 01-01-2001

Datum

01-01-2001

Auteur

Mr. H. van der Wiel [✉](#)

Vakgebied(en)

Insolventierecht (V)

Tvl 2000, p. 116-119

In zijn lezenswaardig artikel vermeldt mr. Blomkwist de historie van het Rotterdams Garantiefomulier en voegt daaraan toe dat de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) later een aantal bezwaren tegen het Rotterdams Garantiefomulier had geformuleerd.

Mr. Blomkwist noemt als *eerste bezwaar* 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. Het bezwaar is dat de bank betrokken wordt in een procedure over de rechtsverhouding tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar zonder dat zij die rechtsverhouding kent of daarin partij is, met alle daaraan verbonden kosten.

Inderdaad, dit was eigenlijk het hoofdbezwaar van de NVB en dit leidde dan ook oorspronkelijk tot een garantiefomulier, het eerst gepresenteerd door de Rabobank, waarin het 'faillissementsgat' weer stond. Dit was in het Rotterdams Garantiefomulier gedicht door de schuldeiser de mogelijkheid te geven de borg te dagvaarden teneinde de betalingsverplichting van de hoofdschuldenaar te laten vaststellen. Als dat gebeurd is, dan moet de borg conform die beslissing betalen. Deze zijsprong is noodzakelijk, omdat er in geval van faillissement niet doorgeprocedeerd kan worden tegen de failliete hoofdschuldenaar. In theorie kan wel een titel verkregen worden tegen een failliete hoofdschuldenaar in de vorm van het proces-verbaal van de verificatievergadering, waarin de vordering erkend wordt door de curator, maar het is regel dat faillissementen worden opgeheven bij gebrek aan baten en dus uitzondering dat er een verificatievergadering komt. Er zat dus een gat in het aanvankelijke NVB-model, dat overigens was ingevoerd door de NVB (en daarvóór al in een iets andere vorm gebruikt was door de Rabobank) zonder overleg met de Commissie Herziening Rotterdams Garantiefomulier (CRG). Aanvankelijk werd de NVB-garantietekst door vele advocaten geweigerd, met name om het faillissementsgat. Er waren echter ook advocaten die in dat gat vielen. Zij kwamen zich beklagen bij de CRG, maar die kon daar dan niets aan doen. Zij konden zich ook wenden tot de rechter, maar dat hielp niet. Zie de uitspraak van de Rb. Arnhem 13 januari 2000, rolnr. VR 99/1475 (mr. Tromp) in de zaak tussen de heer Putman en de Rabobank in Genderingen (gepubliceerd in *JOR* 2000/112, m.nt. I. Spinath). Er waren ook advocaten die zich in kort geding verzetten tegen het NVB-formulier. Met succes. Zie bijvoorbeeld Pres. Rb. Arnhem 17 april 1996, *KG* 1996, 165: NVB-formulier geaccepteerd maar met de wijziging dat een aan het Rotterdams Formulier ontleende clause met betrekking tot faillissement van of surseance van betaling verleend aan de debiteur, werd opgenomen. Het was dus onontkoombaar dat ook het NVB-formulier een faillissementsparagraaf zou krijgen. In de praktijk is het alleen mogelijk om het faillissementsgat te dichten door in de garantie te zetten dat er een procedure komt tussen de schuldeiser en de bank in plaats van de geschorste procedure tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar. Ook in het NVB-formulier is dat dus gebeurd, zij het met de 'omgekeerde' bepaling dat de bank de schuldeiser binnen vier maanden moet dagvaarden nadat de schuldeiser de bank per aangetekende brief heeft bericht dat de hoofdschuldenaar failliet is. Als de bank dat niet tijdig doet, moet de bank betalen. Die bepaling is in zoverre gunstiger dat de bank nog vier maanden respijt krijgt en het verschil is dat de bank eiser wordt in de procedure met de schuldeiser en geen gedaagde. Maar verder maakt het geen verschil met de oplossing van het Rotterdams Garantiefomulier. Het bezwaar van de NVB tegen het Rotterdams Garantiefomulier dat de bank partij wordt bij de procedure als de hoofdschuldenaar failliet gaat, snijdt dus geen hout, want dat is nu in het NVB-formulier ook zo. Dat kan alleen vermeden worden door een garantie, zoals aanvankelijk door de NVB gebruikt, waaronder de borg niet hoeft uit te betalen als de hoofdschuldenaar failliet is (behoudens in het uitzonderlijke geval dat er een proces-verbaal van de verificatievergadering komt waarin de vordering erkend wordt). Dat is natuurlijk onaanvaardbaar, want een garantie is er nu juist om zeker te stellen dat er betaald wordt als de hoofdschuldenaar failliet gaat. Bij uitstek in het geval van faillissement is een garantie van betaling nodig.

Bij dat eerste bezwaar had, zoals mr. Blomkwist schrijft, de NVB als extra argument gebruikt dat de bank in zo'n procedure

kosten moet maken. Dat is juist, maar dit is geen argument tegen de desbetreffende faillissementsparagraaf in de garantie. Immers, een bank kan, zowel onder het Rotterdams Formulier als onder het NVB-formulier, in geval van faillissement van de hoofdschuldenaar, contact opnemen met die hoofdschuldenaar of zijn curator of met degene die de bank een rugdekking gegeven heeft in de vorm van een tegengarantie. Gemakshalve noem ik hen: de achterban. De bank kan zich tot haar achterban wenden en die achterban de keuze geven ofwel de procedure op naam van de bank te voeren, maar dan voor rekening en risico van de achterban, of te accepteren dat de bank onder de garantie uitbetaalt. In beide gevallen heeft de bank geen kosten. Een bank, die als borg optreedt, zal een tegengarantie hebben, bijvoorbeeld van een buitenlandse bank of van de klant van de bank zelf. Die tegengarantie wordt in de praktijk altijd gevraagd en houdt in dat de achterban aan de bank zal betalen al hetgeen de bank zal moeten betalen onder de garantie met alle kosten. Ook het argument dat de bank proceskosten moet maken, gaat dus niet op als argument tegen een deugdelijke faillissementsparagraaf in het garantieformulier.

Mr. Blomkwist schrijft voorts dat *een tweede bezwaar* van de NVB was dat het Rotterdams Garantieformulier geen afloopdatum bevat: om voor de hand liggende redenen willen banken de mogelijkheid uitsluiten dat zij tot in het oneindige doorlopende garantieobligo' in hun boeken hebben.

Op zich is het natuurlijk niet juist dat het oude Rotterdams Garantieformulier (1992) geen afloopdatum had. Er staat wel een afloopdatum, maar dit is een relatieve afloopdatum. Die afloopdatum is een termijn waarbinnen de schuldeiser moet dagvaarden, arbitrage moet beginnen of de zaak moet schikken. Wel is waar dat, wanneer tijdig gedagvaard wordt, de garantie blijft doorlopen tot er een onherroepelijke uitspraak van de rechter is. Dat kan lang duren. Bij arbitrage duurt dat meestal minder lang. Als de zaak geschikt is, zal de schuldeiser in het algemeen snel van de borg verlangen dat het schikkingsbedrag betaald wordt, na welke betaling de garantie geannuleerd kan worden en de zaak dus klaar is. Het voornaamste probleem ligt dus in een procedure voor de overheidsrechter, die lang gaat lopen. Inderdaad, dan moet de bank soms lang wachten voordat de zaak klaar is. Maar als de bank een deugdelijke tegenzekerheid heeft van de achterban, is dat geen enkel bezwaar. Integendeel, de bank ontvangt ieder jaar een bankgarantieprovisie van 1% van het maximumbedrag van de garantie (dat is soms een hoog bedrag), zonder dat de bank er veel of zelfs iets voor hoeft te doen. Tegenover het garantieobligo, genoemd door mr. Blomkwist, dat in de boeken van de banken staat, staat het garantieobligo van de achterban. Maar als dit laatste garantieobligo niet behoorlijk gedekt is door zekerheid, dan kan de bank een probleem krijgen. Dat heeft de bank dan echter aan zichzelf te wijten en in ieder geval heeft de schuldeiser met dit probleem niet van doen en behoort dit probleem dus ook niet op de schuldeiser afgewenteld te worden. Bovendien kan de bank ook nog proberen om de hoofdschuldenaar (meestal haar rekeninghouder) ertoe te bewegen op te schieten met de procedure. Als de hoofdschuldenaar nog gewoon bestaat en zaken doet, zal hier toch iets te bereiken zijn. Als de hoofdschuldenaar verdwenen is wordt het moeilijker, maar dan eindigt de zaak vaak met het faillissement van de hoofdschuldenaar en dan kan de bank de procedure zelf overnemen en tot een vlot einde brengen. Als overleg met de hoofdschuldenaar niet baat, dan kan de bank ook nog contact opnemen met de schuldeiser teneinde te trachten te bereiken dat de procedure weer voortgezet wordt of dat de hele zaak geregeld wordt. Dat een garantieobligo in de boeken van een bank tot in het oneindige zal doorlopen, zal overigens hoogst zelden voorkomen.

De NVB had inderdaad aanvankelijk in haar garantieformulier staan dat de garantie zou vervallen door ommeekomst van tien jaar na de datum van tekening daarvan. Dit was dus een absolute termijn. Die was natuurlijk onaanvaardbaar voor de schuldeiser, want in ingewikkelde zaken kan het gebeuren dat er lang geprocedeerd moet worden, bijvoorbeeld door getuigenverhoren, deskundigenbericht en hoger beroep en cassatie. Het kan dan voorkomen dat een procedure, zelfs wanneer die in een redelijk tempo wordt voortgezet, door omstandigheden langer dan tien jaar duurt. Het risico daarvan kan natuurlijk niet afgewenteld worden op de schuldeiser. Bovendien werkt zo'n bepaling misbruik in de hand: als een moeilijke procedure tot en met het hof negen jaar heeft geduurd, dan hoeft de verliezende hoofdschuldenaar alleen maar beroep in cassatie in te stellen en dan hoeft de bank niet meer te betalen, want een cassatieprocedure duurt langer dan een jaar. Deze absolute vervaltermijn van tien jaar in het NVB-formulier kon dan ook niet gehandhaafd worden. Nu staat in het NVB-formulier dat die termijn telkens met tien jaar verlengd kan worden doordat een in Nederland ingeschreven advocaat van de begunstigde mededeelt aan de bank dat er nog een procedure tussen de begunstigde en de hoofdschuldenaar (of de curator of de bank) aanhangig is. Formeel is de termijn van tien jaar dus gehandhaafd, maar materieel kan deze net zo lang opgeschoven worden totdat de procedure klaar is. Veel verschil met het Rotterdams Formulier is er dus ook op dit punt niet. Wel is deze opschuifbare termijn lastig voor advocaten, want die moeten onder het NVB-formulier op dit punt twee termijnen in hun agenda noteren: een termijn voor het aanhangig maken van een procedure en een termijn voor het sturen van een aangetekende brief aan de bank dat de procedure nog loopt, terwijl laatstbedoelde termijn er één is van tien jaar.

Mr. Blomkwist schrijft dat *een derde bezwaar* van de NVB was dat het Rotterdams Formulier gegoten is in de vorm van een borgtocht waarbij afstand gedaan wordt van 'alle voorrechten en exceptiën'. Hij voegt eraan toe dat banken in het algemeen een voorkeur hebben 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. Dat laatste punt snijdt geen hout, omdat het Rotterdams Formulier bepaalt dat de borgtocht wordt beheerst door Nederlands recht. Dat geldt dus ook wanneer een buitenlandse borg een garantie verstrekt op Rotterdams Formulier. De stelling dat een borg geen voorrechten en exceptiën heeft is onjuist. Zie de art. 7:852 en 855 BW. Wel is het zo dat de woorden 'voorrechten en exceptiën' meer toegesneden

zijn op het oude BW van vóór 1 januari 1992. Er zou nu ook gesproken kunnen worden over 'verweermiddelen', maar voor alle zekerheid is de oude, wijdere, terminologie blijven staan. Wel is waar dat een bank bij een garantie meestal denkt aan een afroepgarantie en dus liever een document heeft, op grond waarvan de bank moet betalen tegen overlegging van stukken, dus eigenlijk een documentair krediet (een accreditief). De NVB heeft haar garantie dan ook geformuleerd op die basis. Maar het is en blijft een procesgarantie en geen afroepgarantie. Daar is niets aan te veranderen. De bank noemt zich nu 'garant' in plaats van 'borg', maar in de praktijk is de positie van de bank onder het NVB-formulier die van een borg. De bank verklaart in wezen dat, wanneer de hoofdschuldenaar niet zal betalen, de bank dit zal doen. De bank verbindt zich dus als borg met die hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser.

Mr. Blomkwist schrijft dat *een vierde bezwaar* van de NVB was dat niet is aangegeven hoe de bank moet beoordelen of een beslissing in kracht van gewijsde is gegaan. Inderdaad, wanneer de zaak klaar is, dat wil zeggen wanneer de schuldeiser onder de garantie geld vordert, moet de bank zelfstandig beoordelen of de stukken die de schuldeiser overlegt, genoegzaam zijn in de zin dat die voldoen aan het vereiste van de garantie. Dit is overigens niet anders dan bij een onherroepelijk accreditief, zij het dat daar uniforme regels bestaan en er meer jurisprudentie over is. De bank moet kijken of de beslissing, die de schuldeiser aan de bank zendt, een onherroepelijk gerechtelijk vonnis is (en geen vals papier of een vonnis waartegen nog verzet of hoger beroep of cassatie openstaat). De bank moet eenzelfde onderzoek doen als er een arbitraal vonnis aan de bank wordt gezonden (soms is er arbitraal hoger beroep mogelijk). Als de bank een schikkingsovereenkomst toegestuurd krijgt, moet de bank ook onderzoeken of deze echt is. Ook dit is echter voor de bank geen probleem (dit is wel gebleken bij de jarenlange ervaring met het Rotterdams Garantiefomulier). De bank zendt dan immers de stukken die zij ontvangen heeft van de schuldeiser, door naar de achterban van de bank met het verzoek om mede te delen of de bank tot uitbetaling kan overgaan of niet. Als de achterban zegt dat er uitbetaald moet worden, dan betaalt de bank uit en vordert het uitbetaalde terug onder de tegengarantie. Als de achterban zegt dat er niet uitbetaald moet worden, dan zegt de bank tegen die achterban dat die achterban dan dit punt verder mag uitvechten op naam van de bank, maar voor rekening en risico van die achterban. De tegengarantie, die in de praktijk standaard gebruikt wordt, voorziet ook hierin: de bank kan dan ook de extra kosten van de achterban vorderen. Ook hier dus geen werkelijk probleem. Noch theoretisch, noch in de praktijk.

Maar het NVB-formulier heeft ten aanzien van beslissingen van een Nederlands rechter (het NVB-formulier betaalt niet uit als er een uitspraak is van een buitenlandse rechter) als extra waarborg opgenomen dat een in Nederland ingeschreven advocaat moet verklaren dat de termijn voor verzet, hoger beroep of cassatie is verstreken en dat voorzover hem bekend tegen die beslissing niet binnen die termijn hoger beroep of cassatie is ingesteld. Als een in Nederland ingeschreven advocaat die verklaring afgeeft, dan moet de bank betalen. Dat is dus een nadeel voor de bank en de hoofdschuldenaar ten opzichte van het Rotterdams Garantiefomulier, waar de bank haar handen geheel vrij heeft. Als een in Nederland ingeschreven advocaat, al dan niet opzettelijk, een verkeerde verklaring geeft, dan kan achteraf blijken dat de bank ten onrechte uitbetaald heeft. Voor wat betreft het aanwenden van rechtsmiddelen verklaart de advocaat alleen dat dit niet gebeurd is 'voor zover hem bekend'. De advocaat kan niet alles weten, want het exploit van verzet of beroep kan uitgebracht zijn aan zijn cliënt, die hem niet op de hoogte heeft gesteld. In haar streven om het zichzelf gemakkelijk te maken, heeft de bank onder het NVB-formulier zich dus in een positie gebracht, waarin er soms juist moeilijkheden kunnen ontstaan. Als die achteraf ontstaan, dan zijn die moeilijk op te lossen. Misschien kan dan de advocaat aangesproken worden.

Bij arbitrage en een schikking ligt de zaak, zeker in de praktijk, eenvoudiger. Maar in het NVB-formulier is niet geregeld het geval dat er hoger beroep openstaat tegen een arbitraal vonnis, terwijl daar ook niet in staat of de bank betaalt tegen een arbitraal vonnis, dat in het buitenland gewezen wordt. Bij een schikking heeft de NVB dit 'probleem' opgelost door de eisen dat wordt overgelegd een door partijen gewaarmerkt afschrift van een akte, houdende een minnelijke regeling tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar. Dan moet de bank toch wel de handtekening van partijen controleren. In de praktijk zal de bank overigens, naar ik aanneem, ook dit stuk meteen doorsturen naar de achterban voor commentaar.

Mr. Blomkwist noemt als *vijfde bezwaar* tegen het Rotterdams Garantiefomulier, dat dit niet bepaalt dat aan de bank moet worden medegedeeld wanneer er een procedure is ingesteld of een minnelijke regeling tot stand is gekomen binnen de garantietermijn. Dat is waar, maar dit past nu juist bij de, vaak door de NVB benadrukt, passieve rol van een bank. De bank wil passief blijven totdat haar een claim onder de garantie bereikt, vergezeld van de vereiste stukken. Bovendien zal het ongetwijfeld aan de hoofdschuldenaar opvallen wanneer er niet tijdig gedagvaard wordt, arbitrage aangemeld of geschikt wordt. De hoofdschuldenaar zal dan aan de schuldeiser vragen om de originele bankgarantie te retourneren ter annulering. Doet de schuldeiser dat niet, dan kan de hoofdschuldenaar dit in kort geding van de schuldeiser vorderen. Ook dan kan de bank overigens passief blijven. De bank merkt wel hoe dit punt afloopt. Maar in alinea nr. 5 van het NVB-formulier staat nu als extra vereiste dat, op straffe van verval van de garantie, de begunstigde binnen een maand aan de bank bericht moet zenden van het feit van het beginnen van een procedure tegen de debiteur voor de overheidsrechter of voor arbiters of van het feit dat de zaak geschikt is. Hierboven heb ik al vermeld dat er nog een termijn is, die tien jaar verloopt na het tekenen van de garantie. Bovendien moet die termijn van tien jaar gestuit worden door een brief, die ten minste één maand vóór de einddatum van de garantie verstuurd is aan de bank. Paragraaf 5 van het NVB-garantiefomulier zit dus wel vol valkuilen voor de advocaat van de schuldeiser.

Dit waren de, aanvankelijke bezwaren bij de NVB, tegen het Rotterdams Garantiefornulier. Mr. Blomkwist beschrijft hoe die bezwaren van de NVB zijn verwoord in het aanvankelijk NVB-model en welke bezwaren van de CRG daartegen rezen. Inmiddels was namelijk wel overleg tot stand gekomen tussen de NVB en de CRG. Aanvankelijk had de NVB zonder enig overleg eenzijdig het NVB-formulier ingevoerd in het voetspoor van een eerder, soortgelijk formulier, dat, ook zonder enig overleg met de CRG, door de Rabobank was ingevoerd. Die formulieren van de Rabobank en de NVB ontmoetten echter zoveel weerstand in de praktijk en werden in kort geding gedeeltelijk veranderd, terwijl veel advocaten het NVB-formulier bleven weigeren en er in de praktijk steeds meer verwarring ontstond over wat nu wel en niet aanvaard moest worden, zodat de NVB wel zodanig overleg moest gaan plegen met de CRG dat dit tot overeenstemming zou leiden. Er was vanaf 1995 al wel enig contact geweest. Het werkelijke overleg kwam echter pas later op gang, maar heeft ook jaren geduurd. Uiteindelijk is het NVB-formulier zo gewijzigd dat de CRG daar geen bezwaar meer tegen had (faillissementsgat gedicht, verstekgat gedicht, absolute termijn van tien jaar gewijzigd en nog een paar punten). Daardoor is de rust op de garantiemarkt nu gelukkig weer teruggekeerd, weet de praktijk waaraan zij toe is en hoeven er geen kort gedingen meer gevoerd te worden.

Aan het eind schrijft mr. Blomkwist dat beide partijen elkaar kunnen verwijten dat de ander haar tekst zonder overleg had opgesteld. De behoefte aan overleg bestaat nog niet zo lang. De banken zagen voorheen het stellen van een garantie meer als een dienstverlening aan de klant, zodat de banken de wensen van de klant opvolgden. In de praktijk werd er een garantietekst gemaakt in overleg tussen de advocaten van de schuldeiser en van de hoofdschuldenaar en zondig door de president in kort geding. Daarna kreeg de bank de tekst medegedeeld en de bank stelde de garantie met die tekst. Het enige, dat de bank wenste, was een deugdelijke tegenzekerheid. Die kreeg de bank en daardoor wist de bank ook van tevoren zeker dat zij al hetgeen zij zou moeten betalen onder de garantie, terug zou krijgen onder de tegengarantie. Dit geldt natuurlijk met name voor de internationale praktijk, waarvoor het Rotterdams Formulier voornamelijk ontworpen was. Bij een scheepsbeslag stelt een Nederlandse bank een garantie in opdracht van een buitenlandse bank, die, ook op Rotterdams Formulier, volledige rugdekking geeft. Vervolgens kan de bank rustig inslapen totdat de zaak klaar is, hetgeen jaren kan duren, terwijl de bank intussen slapend rijk kan worden door een provisie van 1% per jaar van het maximum bedrag van de garantie (dat bij scheepsbeslagen soms zeer hoog kan zijn) te innen. Dat was nog eens ouderwets bankieren! Maar, zeker in het binnenlands verkeer, kwam het nogal eens voor dat een bank, op basis van een kredietrelatie met een rekeninghouder, een garantie stelde, terwijl later bleek dat de klant teveel krediet had gekregen van de bank en dat dit krediet en dus ook de garantie onvoldoende afgedekt was door zekerheden. Toen gingen de banken dus meer denken om hun eigen belang. Dat mag, maar dit moet niet doorschieten in de richting dat de problemen die de bank kan krijgen, bij voorbaat doorgeschoven worden naar de schuldeiser. Want dan is een bankgarantie geen genoegzame zekerheid in de zin van art. 705 Rv. Het huidige NVB-formulier is dat nu wel, zij het dat dit iets gunstiger voor de bank is, terwijl het Rotterdams Garantiefornulier meer het oog heeft op de belangen van de schuldeiser en de hoofdschuldenaar. Bij het NVB-formulier wenst de bank zich als volwaardige derde te profileren. Dit is dan de moderne ontwikkeling, die uiteindelijk geleid heeft tot het NVB-formulier 1999.

Mr. Blomkwist kijkt ook naar de toekomst. Hij vraagt zich af of het Rotterdams Garantiefornulier overheersend zal blijven of dat de markt de voorkeur zal gaan geven aan maatwerk. In de praktijk legt de NVB aan alle banken dwingend op om in de 'binnenlandse markt' het NVB-formulier te gebruiken en de banken weigeren dus om in die markt het Rotterdams Garantiefornulier nog langer te gebruiken. Die binnenlandse markt bestaat dan uit geschillen, waarin de Nederlandse rechter bevoegd is tot beslechting. Daar komt het Rotterdams Garantiefornulier niet meer aan te pas. De buitenlandse markt bestaat dan uit geschillen, waarin een buitenlandse rechter bevoegd is om te beslissen. Daaraan komt het NVB-formulier niet te pas, want daaronder wordt door de bank alleen betaald als er een onherroepelijk vonnis van een Nederlandse rechter komt. Er zijn nu dus gescheiden markten en de formulieren kunnen niet met elkaar concurreren. Zij zullen, wellicht tot in lengte van dagen, via parallelle sporen dezelfde kant op blijven rijden *and never the twain shall meet*.

Voetnoten



Mr. H. van der Wiel is secretaris van de Commissie Herziening Rotterdams Garantiefornulier.