

TBR 2010/21

De 'on demand' bankgarantie en de UAV 1989; vereisten en verhouding

Mr. B.R. van Veen en mr. L. Mundt¹

1. Inleiding

In de bouw is het gebruikelijk dat een opdrachtgever van een aannemer zekerheid verlangt voor de nakoming van diens verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst. De aannemer heeft verschillende mogelijkheden om die zekerheid te bieden. De meest gangbare wijze is het door de aannemer stellen van een bankgarantie. Een bankgarantie heeft over het algemeen een geldigheidsduur die loopt tot aan de oplevering of - indien overeengekomen - het einde van de onderhoudstermijn. De waarde van de bankgarantie is vaak een percentage van de aanneemsom.

In het kader van dit artikel hanteren wij de volgende definitie van het begrip bankgarantie:

'Een bankgarantie is een verklaring van een bank om gedurende de looptijd van de garantie een bepaald (maximum) bedrag aan de begunstigde te betalen, indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan'.²

Door het hanteren van deze definitie gaan wij niet nader in op de borgstelling c.q. borgtocht.³ Ook zullen wij niet stil staan bij de geclausuleerde bankgarantie. De 'on demand' bankgarantie in relatie tot de UAV 1989 staat centraal. Hoe verhoudt een 'on demand' bankgarantie zich tot de nog steeds zeer frequent gebruikte UAV 1989? De UAV 1989 kennen in § 43a een (eigen) regeling over zekerheidstelling.

Een nadere bestudering van § 43a UAV 1989 brengt ons bij de voorschriften c.q. voorwaarden die daarin zijn opgenomen. Het bepaalde in die paragraaf is van toepassing, tenzij in het bestek anders is vermeld.⁴ Zekerheidstelling geschiedt dan door middel van een bankgarantie⁵, tenzij is overeengekomen

dat de opdrachtgever inhoudingen mag doen op (een deel van) de aanneemsom⁶; anders zou immers dubbele zekerheid worden verstrekt.

§ 43a UAV 1989 bepaalt voorts dat de bankgarantie een waarde heeft van 5% van de aanneemsom.⁷ Van de UAV 1989 kan echter contractueel vrijelijk worden afgeweken, zodat men in de praktijk ook andere, vaak hogere percentages ziet; 10% is niet ongebruikelijk.

§ 43a UAV 1989 schrijft verder voor, dat de zekerheid van kracht blijft tot de oplevering, althans tot het moment waarop de aannemer de 'kleine gebreken' ex § 9 lid 7 UAV 1989 heeft verholpen. Indien een onderhoudstermijn is overeengekomen, blijft de zekerheid van kracht tot het einde van die termijn.⁸ Bij één van de hiervoor genoemde momenten is de aannemer gerechtigd om vervangende zekerheid te stellen tot een bedrag dat in redelijkheid nog is gemoeid met het herstel van de voor rekening van de aannemer komende gebreken.⁹ Met dit gegeven wordt in de door de aannemer gestelde bankgarantie vaak al rekening gehouden. De bankgarantie heeft dan een getrappt karakter, waarbij de waarde van - bijvoorbeeld - 10% naar 5% wordt bijgesteld.

In de aannemingsovereenkomst is vaak bepaald dat de te verstrekken bankgarantie een 'on demand' garantie - ook wel afroepgarantie of garantie op eerste afroep genaamd - moet zijn. Het bedrag waarvoor de garantie is verstrekt dient, binnen de in de tekst van de garantie omschreven voorwaarden, op eerste verzoek van de opdrachtgever door de bank te worden uitgekeerd aan de opdrachtgever.

Een bankgarantie in deze zin heeft een zogenaamd 'abstract karakter'. Dit houdt in dat de bank, in het kader van de door haar verstrekte bankgarantie, is gehouden om als eigen verplichting te betalen,

¹ Bard van Veen en Leonie Mundt zijn advocaat bij Severijn Hulshoff Advocaten te Rotterdam.

² J.W.M. Tromp, 'Bankgarantie en contragarantie', *NJB* 1993, pag. 340.

³ Art. 7:850 ev. BW.

⁴ § 43a lid 1 UAV 1989.

⁵ § 43a lid 3 UAV 1989.

⁶ § 43a lid 7 UAV 1989.

⁷ § 43a lid 3 UAV 1989.

⁸ § 43a lid 5 UAV 1989.

⁹ § 43a lid 6 UAV 1989.

waartoe zij zich blijken de tekst van de garantie jegens de begunstigde (de opdrachtgever) heeft verplicht. De afroepgarantie staat dus los van de overeenkomst tussen opdrachtgever en de aannemer. De bank gaat een eigen verplichting aan en kan zich ten opzichte van de opdrachtgever niet beroepen op weren uit hoofde van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer. Dit abstracte karakter van een dergelijke bankgarantie is bevestigd in een arrest van de Hoge Raad van 12 maart 1982 (*Slavenburg/Boncroft*).¹⁰

De relatie tussen de opdrachtgever en de bank moet dus onderscheiden worden van de relatie tussen de opdrachtgever en de aannemer.

Partijen moeten op een bankgarantie kunnen vertrouwen. Wanneer aan de voorwaarden van de bankgarantie is voldaan moet de bank dus uitkeren. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld fraude of misbruik, mag de bank betaling weigeren.

Het 'on demand' karakter van een bankgarantie impliceert een uitkering door de bank op eerste afroep. In § 43a lid 4 UAV 1989 is echter het volgende opgenomen:

'Indien de opdrachtgever voornemens is de bankgarantie in te roepen, geeft hij de aannemer daarvan bij aangetekende brief kennis. De opdrachtgever is gerechtigd de bankgarantie in te roepen, tenzij de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, in een door de aannemer binnen tien werkdagen na de verzending van de in dit lid bedoelde kennisgeving aanhangig te maken spoed-geschied, in eerste aanleg anders beslist.'

Wanneer de UAV 1989 op de aannemingsovereenkomst van toepassing zijn, rijst de vraag hoe § 43a lid 4 UAV 1989 zich verhoudt tot een verstrekte 'on demand' bankgarantie. In de (arbitrale) rechtspraak zijn de bankgarantie in de bouw en § 43a lid 4 UAV 1989 regelmatig aan de orde geweest. Wij zullen daar in het vervolg van dit artikel nader op ingaan.

Eerst zullen wij echter nader ingaan op de mogelijke voor- en nadelen van een 'on demand' bankgarantie voor de opdrachtgever.

2. Voor- en nadelen 'on demand' bankgarantie

Op het eerste gezicht lijkt een 'on demand' bankgarantie aantrekkelijk voor een opdrachtgever. Wanneer sprake is van tekortkomingen van een aannemer zijn direct financiële middelen beschik-

baar voor herstel. De bankgarantie is tevens een drukmiddel om te zorgen dat de aannemer zijn verplichtingen nakomt. De opdrachtgever hoeft niet de uitkomst van een (langdurige) juridische procedure af te wachten voordat herstelwerkzaamheden kunnen plaatsvinden (op kosten van de aannemer). De 'on demand' bankgarantie is direct inroepbaar. Daarnaast geldt in zijn algemeenheid voor een bankgarantie dat deze een opdrachtgever beschermt tegen insolventie van een aannemer.

Ondanks deze voordelen mag niet uit het oog verloren worden dat de kosten van de bankgarantie voor rekening van de opdrachtgever zouden kunnen komen. De aannemer kan, in het bijzonder wanneer de bankgarantie een aanzienlijke som betreft, deze meenemen in zijn prijs. In het bijzonder de hoogte van de te verstrekken garantie in samenhang met het risico van het ten onrechte inroepen van een dergelijke bankgarantie door de opdrachtgever kan een prijsverhogend effect hebben, zo kunnen wij ons voorstellen.

Het inroepen van de bankgarantie tijdens de uitvoering van het werk kan desastreus zijn voor de aannemer en negatieve gevolgen hebben voor zijn liquiditeitspositie en de mogelijkheid om het werk tijdig tot een goed einde te brengen.¹¹

De voorkeur van de aannemer zal over het algemeen uitgaan naar een bankgarantie die pas kan worden ingeroepen na een (onherroepelijke) uitspraak van een rechter of een arbitrale instantie. Het risico voor de aannemer van het ten onrechte inroepen van de bankgarantie valt daarmee weg. Het voordeel voor de opdrachtgever bij een dergelijke zekerheid is dat deze minder risicovol is voor de aannemer en dat heeft, als het goed is, een positieve invloed op de prijs.

De opdrachtgever zal per project en per aannemer moeten beoordelen welk soort bankgarantie het meest passend is. Het zonder meer eisen van een bankgarantie 'on demand' hoeft niet altijd de meest verstandige keuze te zijn.

3. Geschillen betreffende 'on demand' bankgaranties

Zoals in het voorgaande is aangegeven, is § 43a UAV 1989 vaak de basis voor door de opdrachtgever van de aannemer te verlangen zekerheid. Een aantal van de voorwaarden uit § 43a UAV 1989 is onderwerp geweest van jurisprudentie van de Raad

¹⁰ HR 12 maart 1982, NJ 1982, 267.

¹¹ Philip Dunham, 'The Use and Abuse of First Demand Guarantees in International Construction Projects', *The International Construction law review*, 2008, p. 273-298.

van Arbitrage voor de Bouw.¹² In het navolgende staan wij daar bij stil.

3.1 De aard van de bankgarantie

Ten aanzien van de aard van de UAV bankgarantie is in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw enige tegenstrijdigheid waar te nemen. Zo hebben appellarbiters in hun vonnis van 26 februari 2003¹³ geoordeeld dat, gelijk opdrachtgever gesteld had, een bankgarantie als bedoeld in § 43a UAV 1989 geen zuivere 'on demand' garantie is. Het bepaalde in § 43a lid 4 UAV 1989 zou aan het karakter van een zuivere 'on demand' garantie in de weg staan. In diverse uitspraken werd echter anders geoordeeld op dit punt.¹⁴ In deze zaken oordeelden arbiters dat § 43a lid 4 UAV 1989 niets afdoet aan de mogelijkheid dat een bankgarantie een 'on demand' karakter heeft; ook een bij het bestek gevoegde modelbankgarantie kan heel wel een 'on demand' bankgarantie zijn. De redenering die in deze uitspraken wordt gevolgd is dat het 'on demand' karakter op de ingeroepen bankgarantie ziet en het bepaalde in § 43a lid 4 UAV 1989 op het daaraan voorafgaande inroepen ervan.

In een uitspraak d.d. 23 januari 2008¹⁵ is geoordeeld - onder verwijzing naar een uitspraak van 25 juni 2003¹⁶ - dat het ontbreken van een beding als § 43a lid 4 UAV 1989 in de tekst van de bankgarantie zelf, of een daaraan refererende bepaling niet leidt tot de niet-toepasselijkheid daarvan. De mogelijkheid van een aannemer om via een spoedgeschil het inroepen van de bankgarantie aan de orde te stellen staat los van het eventuele 'on demand' karakter. Een bankgarantie is immers een separate uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende contractuele verhouding tussen de garant (bank) en de begunstigde (opdrachtgever), waarop niet dan na expliciete vermelding onder meer de UAV 1989 van toepassing zijn.

Ons inziens zijn de laatstgenoemde uitspraken correct. Tenzij in de tekst van de bankgarantie zelf een bepaling met het karakter van § 43a lid 4 UAV 1989 of dit paragraafid letterlijk is opgenomen, kan een bankgarantie immers wel degelijk een 'on demand' karakter hebben, waarbij tegelijkertijd in de contractuele verhoudingen tussen opdrachtgever en aannemer § 43a lid 4 UAV 1989 gelding heeft. Indien een opdrachtgever ook richting de aannemer zich op het 'on demand' karakter van de bankgaran-

tie wil beroepen, dient hij § 43a UAV 1989, althans lid 4 daarvan, uit te sluiten.

Het voorgaande leidt tot de vaststelling dat de opdrachtgever wanprestatie pleegt als hij § 43a lid 4 UAV 1989 niet naleeft, zodat hij ook schadelijktig kan worden; zie de uitspraak van 25 juni 2003. Overigens dient van het voorgaande vanzelfsprekend de omstandigheid te worden onderscheiden, waarin een garant (de bank) bij een beroep onder de bankgarantie door de begunstigde (de opdrachtgever) de eventuele onrechtmatigheid van dat beroep aan de orde kan stellen.

3.2 De procedure

Als een aannemer een procedure als bedoeld in § 43a lid 4 UAV 1989 aanhangig maakt, is het goed om te bezien wat daarvoor nodig is, wat aan de orde kan worden gesteld, en op welke wijze arbiters (kunnen) oordelen.

Een aspect daarbij is het vormvoorschrift van § 43a lid 4 UAV 1989 tot het verzenden van een kennisgeving bij aangetekende brief. In de hiervoor reeds aangehaalde uitspraak van 23 januari 2008 oordeelden arbiters, dat de ratio achter het vormvoorschrift van de aangetekende brief is dat daardoor wordt gewaarborgd dat de kennisgeving van de opdrachtgever de aannemer bereikt. Dit ligt voor de hand. Echter, in diezelfde zaak oordeelden arbiters dat vast stond dat de e-mail die de opdrachtgever aan de aannemer had verstuurd de aannemer daadwerkelijk had bereikt, waarmee aan de ratio van § 43a lid 4 UAV 1989 was voldaan. Daarmee zijn arbiters kennelijk tegemoet gekomen aan de moderne tijden.

Daar is iets voor te zeggen, maar aan de andere kant is met de acceptatie van een e-mail ons inziens toch wat onzekerheid in de kennisgeving als bedoeld in § 43a lid 4 UAV 1989 gekomen. Immers, hoewel de middelen in 1989 bij het opstellen van de huidige UAV aanzienlijk beperkter waren dan thans het geval is, is de keuze voor een aangetekende brief niet een willekeurige geweest. Thans zou heel wel aan de strakke voorwaarden van een aangetekende brief kunnen, en wellicht zelfs moeten worden vastgehouden. De kennisgeving dient naar onze mening een ondubbelzinnige aanzegging te bevatten en dient gericht te zijn aan het bestuur van de aannemer. Vanwege het belang van deze boodschap dient zekerheid te worden geschapen dat zij de juiste

¹² De in het navolgende vermelde uitspraken met 'n.n.g.' zijn wel te raadplegen op de website van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, www.raadvanarbitrage.nl, via de link jurisprudentie.

¹³ No. 70.629, n.n.g..

¹⁴ RvA 10 december 2001, No. 23.695 (n.n.g.), RvA 17 april 2003, No. 25.438 (n.n.g.) (overigens op andere gronden vernietigd in hoger beroep, geschilnummer 70.629 n.n.g.), RvA 25 juni 2003, No. 70.771, BR 2003, p. 900 ev., RvA 14 juli 2003, No. 25.347 (n.n.g.), RvA 23 januari 2008, No. 29.921 (n.n.g.).

¹⁵ Zie RvA 23 januari 2008, No. 29.921 (n.n.g.).

¹⁶ Zie RvA 25 juni 2003, No. 70.771, BR 2003, p. 900 ev.

persoon bereikt. Juist vanwege de omvang van de andersoortige methoden van correspondentie, waaronder ook e-mails, en het gemak waarmee daarvan gebruik wordt gemaakt bestaat de kans dat de kennisgeving redelijk eenvoudig verloren kan gaan en het bovenal niet altijd duidelijk is of deze aan de juiste persoon is gericht c.q. de juiste persoon heeft bereikt.

Overigens onderkennen wij ook het probleem met een aangetekende brief, waarvan de ontvangst immers met een handtekening moet worden bevestigd. Het komt wel eens voor dat een postbesteller voor een bedrijfspand staat waar niemand "thuis" is en vervolgens de op het postkantoor achtergelaten aangetekende brief niet meer wordt opgehaald. Het is daarom wijsheid om naast een aangetekende brief tevens dezelfde brief per gewone post c.q. gescand per e-mail (met ontvangstbevestiging) aan de aannemer toe te zenden.

De nadruk op de kennisgeving heeft vanzelfsprekend verband met het feit dat op dat moment een termijn van 10 werkdagen gaat lopen, waarbinnen de aannemer het spoedgeschil aanhangig dient te maken. Doet een aannemer dat te laat, dan is zijn vordering niet ontvankelijk, en dient de aannemer het vervolgens van de garant, lees: zijn bank, te hebben om in het kader van de bankgarantie een eventueel onrechtmatig beroep aan de orde te stellen. Echter, in de relatie tussen de garant (bank) en de begunstigde (opdrachtgever) kunnen heel wel andere belemmerende of in het geheel geen enkele voorwaarden zijn opgenomen, waardoor de aannemer achter het net vist. Het advies luidt dan ook, om als aannemer op elke binnenkomende e-mail, fax, gewone brief of wat dies meer zij te letten of deze mededeling niet een mededeling als bedoeld in § 43a lid 4 UAV 1989 bevat.

De aannemer kan kiezen uit de spoedgeschillen die in het reglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw¹⁷ worden onderscheiden, te weten een spoedgeschil in de vorm van een voorlopige voorziening (een arbitraal kort geding)¹⁸ of een andersoortig spoedgeschil¹⁹/ spoedbodemprocedure. In hun uitspraak van 27 maart 2007²⁰ hebben arbiters beslist, dat de door de opdrachtgever gevorderde verklaring voor recht dat het in § 43a lid 4 UAV 1989 bedoelde spoedgeschil uitsluitend een arbitraal kort geding kon zijn, moest worden afgewezen. Arbiters oordeelden wel dat aan de opdrachtgever moest worden

toegegeven dat de beoordeling wellicht sneller kan plaatsvinden in een arbitraal kort geding, zonder dat daarmee rechten verloren gaan. Aardig is voorts dat arbiters opmerkten dat partijen de snelheid waarmee geprocedeerd wordt zelf grotendeels in de hand hebben. In de procedure die leidde tot het vonnis van 27 juni 2003²¹ vorderde een opdrachtgever precies het tegenovergestelde, te weten niet ontvankelijkheid van de aannemer omdat de aannemer een kort geding was gestart in plaats van een spoedbodemprocedure; ook deze stelling haalde het niet.

3.3 De beoordeling

Dan de inhoudelijke benadering. Uit de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage blijkt, dat de Raad dezelfde maatstaf hanteert als de civiele rechter in kort geding. De aannemer dient in een spoedgeschil aan te tonen dat de vordering tot het inroepen van de bankgarantie kennelijk ongegrond is. Op dat moment dient te worden vastgesteld of het inroepen van de bankgarantie geheel of gedeeltelijk bedrieglijk of willekeurig geschiedt.

Marginale toetsing - een beoordeling van de rechtmatigheid van het inroepen - is wat ons betreft op haar plaats in de verhouding tussen de begunstigde (opdrachtgever) en de garant (bank).

Hoe dat zich verhoudt tot de relatie tussen de opdrachtgever en de aannemer is de vraag. In die relatie moet een onderscheid gemaakt worden tussen het geval waarin het inroepen van de bankgarantie aan de orde wordt gesteld in een spoedgeschil in de zin van artikel 14 lid 1 sub a van het arbitragereglement van de Raad (een voorlopige voorziening) en het geval waarin een spoedbodemgeschil in de zin van artikel 14 lid 1 sub d van dat reglement aanhangig wordt gemaakt.

In hun uitspraak van 27 maart 2007²² - in een spoedbodemprocedure - wezen arbiters erop dat de bankgarantie van de onderliggende rechtsverhouding - de aannemingsovereenkomst - is geabstraheerd. Daardoor was het voor hen uitsluitend mogelijk om marginaal te toetsen. Zij meenden wel dat er ruimte was om bij onregelmatigheden (toch) volledig te toetsen, zolang de behandeling van het geschil op grond waarvan de bankgarantie wordt getrokken daardoor niet wordt vertraagd. Arbiters namen hier een ander standpunt in dan arbiters in de door hen aangehaalde uitspraak van 8 maart

17 Zie het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, in werking getreden op 27 mei 2006 (www.raadvanarbitrage.nl, link naar het arbitragereglement).

18 Arbitragereglement, artikel 14 lid 1 sub a.

19 Arbitragereglement, artikel 14 lid 1 sub d.

20 RvA 27 maart 2007, No. (n.n.g.). Overigens ging het daarbij nog over artikel 20 van de Statuten.

21 RvA 27 juni 2003, No. 25.559 (n.n.g.).

22 Zie RvA 27 maart 2007, No. 28.791 (n.n.g.).

2006²³ (en meer specifiek het in die procedure gewezen tussenvonnissen van 13 september 2004), die ook in een spoedbodemprocedure is geweest. In die kwestie achten arbiters het juist terecht en passend dat een integrale toetsing plaatsvindt, omdat geen sprake is van een abstracte garantie. De opdrachtgever mag slechts inroepen nadat de Raad van Arbitrage dienovereenkomstig heeft beslist, zo oordeelden arbiters met een verwijzing naar § 43a lid 4 UAV 1989.

Marginale toetsing in de contractuele verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer heeft vaak niet de voorkeur van de aannemer. Indien een aannemer als spoedgeschil kiest voor een voorlopige voorziening is marginale toetsing een gegeven. Vanuit het perspectief van de aannemer lijkt ons het starten van een spoedgeschil in de vorm van een spoedbodemprocedure dan ook de meest aangegeven weg. Immers, op dat moment kan een integrale toetsing plaatsvinden van het beroep van de opdrachtgever op de bankgarantie. Arbiters hebben de mogelijkheid om de onderliggende contractuele verhouding tussen opdrachtgever en aannemer te beoordelen, en ook de praktische uitvoering daarvan. De aannemer kan aansluiting zoeken bij de uitspraak van 8 maart 2006.

Verder kan de aannemer richting de opdrachtgever aanvoeren dat het inroepen van de bankgarantie, althans het ter zake uitgewonnen bedrag, niet in verhouding staat tot de kosten van herstel van de beweerdelijk aanwezige gebreken. Voorwaarde is wel dat die wanverhouding deugdelijk wordt onderbouwd.²⁴ Ten aanzien van de disproportionaliteit tussen het inroepen van de bankgarantie en de herstelkosten hebben arbiters in de zaak van 27 juni 2003 geoordeeld, dat wel van een echte disproportionaliteit sprake moet zijn.²⁵

Een andere vraag die in de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage is gesteld betreft de vraag over welke bankgarantie partijen aan het procederen zijn. Appèlarbiters oordeelden in de uitspraak van 25 juni 2003²⁶, dat één van de bankgaranties die werd ingeroepen, geen bankgarantie was die werd gereguleerd door § 43a UAV 1989. Appèlarbiters stelden vast, dat de betreffende bankgarantie een, althans gedeeltelijk, vervolgbankgarantie was ter zekerheidsdekking voor een tijdens het werk gegeven voorschotbetaling om de voortgang van dat werk door de aannemer mogelijk te maken, en niet gesteld was voor de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst. En uitsluitend daarop ziet een

§ 43a UAV 1989 bankgarantie, zo oordelen arbiters met een verwijzing naar § 43a lid 1 UAV 1989.

Bovendien was in de betreffende bankgarantie een einddatum voor de inroeping ervan opgenomen, hetgeen zich naar het oordeel van appèlarbiters principieel niet met de mogelijkheid de inroeping op te houden via een aanhangig te maken procedure verdraagt. Immers, door het instellen van een procedure zou het inroepen van de bankgarantie definitief kunnen worden belet.

Hoewel het laatstgenoemde punt wel voorstelbaar is, is het eerste dat niet zonder meer. Immers, de bankgarantie waarover appèlarbiters dienden te oordelen was gesteld ter zekerheidsdekking voor een tijdens het werk gegeven voorschotbetaling om de voortgang van het werk door aannemster mogelijk te maken. Niet zonder meer valt in te zien waarom dit niet een zekerheidsstelling is voor de nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst. Dat een aannemer van zijn opdrachtgever een voorschotbetaling krijgt, en daarvoor een contrazekerheid stelt, sluit dat niet uit. Immers, bij een voorschotbetaling van - bijvoorbeeld - € 100.000,- dient een aannemer nog wel een prestatie van die waarde te verrichten; als de aannemer dat vervolgens niet doet, kan best worden betoogd dat die contragarantie ter zekerheid van de nakoming is gesteld, al is het bepaalde in lid 4 in dat opzicht dissonant. Hoe dan ook, appèlarbiters kwamen tot het oordeel dat de onderhavige bankgarantie niet onderworpen was aan § 43a UAV 1989, en dus ook niet aan lid 4 daarvan.

In zijn uitspraak van 2 december 2008²⁷ oordeelt arbiter dat de vraag of en zo ja in hoeverre aannemer in die kwestie tekort was geschoten in de tijdige oplevering van het werk zich niet leent voor vaststelling in kort geding. De marginale toetsing die in een kort gedingprocedure plaatsvindt staat haaks op de aard van de 'on demand' bankgarantie. Het is echter de vraag of dat karakter wel aan de orde komt, omdat de procedure ex § 43a lid 4 UAV 1989 niet gaat over de bankgarantie zelf maar over het recht om die in te roepen. Overigens heeft arbiter in voornoemde procedure een bijzondere beslissing genomen. In die procedure had aannemer derdenbeslag gelegd onder de bank ter voorkoming van uitkering door de bank van enig bedrag onder de garantie aan de opdrachtgever (begunstigde). Arbiter oordeelde dat het gelegde beslag afbreuk doet aan de gegeven 'on demand' bankgarantie zonder dat daar een genoegzame grond voor bestaat, te weten een reeds nu aannemelijk achteraf vast te stellen onterechte inroeping. Om die reden, oordeelt

23 RvA 8 maart 2006, No. 26.383.

24 Zie RvA 23 januari 2008, No. 29.921 (n.n.g.).

25 Zie RvA 27 juni 2003, No. 25.559 (n.n.g.).

26 Zie RvA 25 juni 2003, No. 70.771, BR 2003, p. 900 ev.

27 RvA 2 december 2008, No. 30.717 (n.n.g.).

arbitrator, moet de vordering van de opdrachtgever tot opheffing van dat beslag worden toegewezen. Het lijkt ons dat de arbitrator niet die bevoegdheid heeft om een dergelijke uitspraak te doen, omdat de civiele rechter bij uitsluiting bevoegd is.²⁸ Voorts heeft de arbitrator in die zaak geoordeeld dat wel degelijk sprake was van een 'on demand' bankgarantie, omdat artikel 7:852 lid 1 BW was uitgesloten. De arbitrator haalt hier de bankgarantie en de borgstelling door elkaar.

Met betrekking tot de duur c.q. de gestanddoenings-termijn van de bankgarantie is ook jurisprudentie voorhanden. Zoals hiervoor aangegeven blijft een bankgarantie van kracht tot het tijdstip waarop het werk als opgeleverd beschouwd wordt, althans waarop kleine gebreken hersteld zijn, althans tot het einde van de onderhoudstermijn. Mede vanuit de positie van de aannemer in relatie tot zijn krediet- en andere financiële ruimte, is in § 43a lid 6 UAV 1989 opgenomen dat bij de oplevering van het werk, of na afloop van de onderhoudstermijn de aannemer gerechtigd is vervangende zekerheid te stellen tot een bedrag wat in redelijkheid gemoeid is met het herstel van de voor zijn rekening komende gebreken. Een aannemer kan een dergelijke vordering in arbitrage ook afdwingen.

Verder is in § 43a lid 6 UAV 1989 bepaald, dat een opdrachtgever de bankgarantie terug dient te geven als hij met de vervangende zekerheid heeft ingestemd en deze heeft ontvangen. Ook dient een opdrachtgever de bankgarantie te retourneren, indien deze niet langer benodigd is. Arbiters hebben in de uitspraak van 11 juni 2008²⁹ vastgesteld dat de opdrachtgever de bankgarantie diende te retourneren, omdat na aftrek van de herstelkosten van de opdrachtgever nog een aanzienlijk bedrag onder de bankgarantie resteerde. De weigering van de opdrachtgever om dit te doen was gelegen in zijn stelling dat hij dat eerst hoefde te doen nadat de eindafrekening was ontvangen en de aannemer verzocht heeft om retournering. Arbiters straffen dit af omdat de bankgarantie niet is afgegeven ten behoeve van het saldo van de eindafrekening, en de opdrachtgever geacht wordt eigener beweging een niet meer benodigde bankgarantie te retourneren. Opdrachtgever dient rekening te houden met de verkrapping in de liquiditeit van de aannemer bij het blijven uitstaan van de bankgarantie.

Tot slot kan de vraag worden gesteld, en dan vanuit het perspectief van de aannemer, of bij een verdraging in het werk langer een bankgarantie dient te worden gesteld en de daarmee gemoeide kosten voor zijn rekening dienen te komen. In de uitspraak van 11 maart 2004³⁰ hebben arbiters geoordeeld dat

dergelijke kosten voor rekening van de opdrachtgever komen. In die zaak was het werk vertraagd. Uit de uitspraak vloeit voort, dat de vertraging in het werk niet aan de aannemer was toe te schrijven. De opdrachtgever was echter van oordeel dat de extra kosten van de bankgarantie in verband met de langere duur van het werk geacht mogen worden te zijn opgenomen in de algehele toeslag op de uren. Arbiters oordelen dat deze stelling onjuist is, omdat de kosten van de bankgarantie doorgaans worden berekend per tijdseenheid als percentage van de hoofdsom, en daarmee tijdsgebonden kosten zijn. Dergelijke tijdgebonden kosten komen krachtens § 8 UAV 1989 voor vergoeding in aanmerking, en de opdrachtgever dient de aannemer te compenseren.

4. Conclusies

Als zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen stelt een aannemer zekerheid, vaak in de vorm van een bankgarantie. § 43a UAV 1989 kent een regeling voor deze zekerheidsstelling. Op basis van § 43a lid 4 UAV 1989 kan een bankgarantie pas worden ingeroepen als de aannemer door de opdrachtgever per aangetekende brief daarvan in kennis is gesteld. De aannemer heeft dan de mogelijkheid om binnen 10 dagen een spoedgeschil aanhangig te maken.

Deze bepaling is niet in strijd met het 'on demand' karakter van een bankgarantie. De algemene lijn in de jurisprudentie lijkt te zijn dat het 'on demand' karakter op de bankgarantie zelf ziet. § 43a lid 4 UAV 1989 ziet op het daaraan voorafgaand invoeren van de bankgarantie. Een bankgarantie is immers een separate contractuele verhouding tussen de opdrachtgever en de bank waarop § 43a UAV 1989 alleen van toepassing is wanneer dit expliciet in de bankgarantie zelf wordt vermeld. De opdrachtgever pleegt wanprestatie als hij § 43a lid 4 UAV 1989 niet naleeft, maar de bank dient op basis van het 'on demand' karakter wel uit te keren.

Een 'on demand' bankgarantie lijkt voordelig voor de opdrachtgever maar kan onder omstandigheden een risico zijn voor de aannemer en daardoor een negatieve invloed hebben op de prijs die de aannemer wenst te ontvangen.

§ 43a lid 4 UAV 1989 stelt de eis dat de kennisgeving dat de bankgarantie zal worden ingeroepen per aangetekende brief dient te worden verzonden. De ratio achter deze bepaling is dat de kennisgeving de aannemer bereikt. Als de opdrachtgever kan aantonen dat de mededeling de aannemer heeft bereikt, zonder dat deze aangetekend is verzonden, dan is

28 Rb. Utrecht 13 juli 1999, KG 1999, 262.

29 RvA 11 juni 2008, No. 28.791 (n.n.g.).

30 RvA 11 maart 2004, No. 23.010 (n.n.g.).

aan deze ratio voldaan. Onder omstandigheden kan dus ook een fax, e-mail of brief per gewone post voldoende zijn. Het lijkt echter aanbevelenswaardig om als opdrachtgever op dit punt geen risico te nemen en gewoon een aangetekende brief te verzenden. De aannemer dient echter op zijn beurt ook alert te zijn op andere manieren waarop deze mededeling wordt gedaan.

De aannemer kan bij het aanhangig maken van een procedure betreffende het invoeren van de bankgarantie kiezen voor een arbitraal kort geding of een spoedbodemprocedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Indien de aannemer een integrale (en geen marginale) toetsing wenst, lijkt een spoedbodemprocedure bij de Raad daarvoor de beste (en

enige) weg. Bij integrale toetsing heeft de aannemer ruime verweermiddelen. De verweermiddelen van een bank tegen het invoeren zijn beperkt(er).

Een opdrachtgever dient verder een niet meer benodigde bankgarantie uit eigen beweging te retourneren. De kosten verbonden aan een bankgarantie zijn tijdgebonden kosten. In geval van een vertraging van het werk die niet voor rekening en risico komt van de aannemer, heeft de aannemer recht op vergoeding van deze kosten.

Om discussies ter zake het invoeren van de bankgarantie te voorkomen is het aan te bevelen om toepasselijkheid van § 43 a lid 4 UAV 1989 uit te sluiten of om in de tekst van de bankgarantie juist expliciet bij deze paragraaf aan te sluiten.