

Bankgaranties onder de UAV

Vrijwel elke opdrachtgever zal van de door hem in te schakelen aannemer in enigerlei vorm en voor een bepaald bedrag zekerheid wensen. Die zekerheid dient er uiteraard voor om te zorgen dat een opdrachtgever in een situatie waarin – kort gezegd – een aannemer zijn verplichtingen niet meer nakomt, het werk kan (laten) afmaken.

TEKST: BARD VAN VEEN

Een veel voorkomende vorm van zekerheid is de bankgarantie, waarvan vele soorten bestaan. Een bankgarantie is een variant van een borgtocht. Een borgtocht is een overeenkomst waarbij borg zich ten opzichte van de schuldeiser garant stelt voor de nakoming van door de schuldenaar te verrichten prestaties. Op grond van de wet heeft de borg dezelfde mogelijkheden als de schuldenaar om zich te verweren tegen het door de schuldeiser inroepen van de borgtocht; de borg kan daarbij gebruik maken van argumenten die de schuldenaar aan zijn overeenkomst met de schuldeiser kan ontlenen. In de praktijk worden dergelijke bepalingen door een schuldeiser snel geschrapt. Dan kan hij immers sneller bij zijn geld.

UAV

Ook de UAV kennen de verplichting voor een aannemer om voor zijn opdrachtgever zekerheid te verschaffen. In paragraaf 43a UAV is bepaald hoe dat moet. Tenzij er in het bestek iets anders is bepaald – zie lid 1 – geschiedt de zekerheidstelling in de vorm van een bankgarantie gelijk aan 5% van de aanneemsom – zie lid 3. Op grond van lid 7 hoeft geen bankgarantie te worden gesteld als de opdrachtgever gerechtigd is om een inhouding te doen op (termijnen van) de aanneemsom; dan heeft hij immers langs die weg al zekerheid. Tot slot is de aannemer gehouden de zekerheid van kracht te laten zijn tot het tijdstip waarop het werk is opgeleverd en de kleine gebreken als bedoeld in paragraaf 9 lid 7 UAV zijn verholpen; zie lid 5.

Als een onderhoudstermijn is overeengekomen blijft de zekerheid van kracht totdat het werk na afloop daarvan is opgenomen. Wel mag een aannemer na oplevering of ommekomst van de onderhoudstermijn verlangen dat de bankgarantie in omvang naar beneden wordt bijgesteld naar de met het herstel van de nog aanwezige gebreken in redelijkheid gemoede bedrag; zie lid 6.

Bankgarantie

De aard van de bankgarantie die moet worden gesteld is die van een 'on demand' bankgarantie. Dit betekent dat de bank gehouden is tot uitbetaling over te gaan op het eerste schriftelijke verzoek van de opdrachtgever dat de aannemer jegens hem tekortschiet, waarbij die contractuele afspraak los staat van de aannemingsovereenkomst zelf. Een dergelijke bankgarantie is ook ontgaan van alle andere voor een opdrachtgever vervelende bepalingen die voor borgtochten in het algemeen gelden, en vandaar de naam. Kortom, voor de opdrachtgever een comfortabele positie.

De vraag is wat een aannemer hiertegen kan doen. Een belangrijk argument lijkt te zijn opgenomen in paragraaf 43a lid 4 UAV. Op grond van deze bepaling is een opdrachtgever verplicht om zijn voornemen om de bankgarantie in te roepen bij aangetekende brief aan de aannemer kenbaar te maken. Binnen tien werkdagen na verzending van die



brief moet de aannemer vervolgens een kort geding aanhangig maken bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, waarin hij moet betogen dat de bankgarantie ten onrechte wordt ingeroepen. Dit klinkt allemaal mooi, maar in de praktijk is de waarde betrekkelijk. In de eerste plaats is een bankgarantie een afspraak tussen de bank van de aannemer en de opdrachtgever. In die verhouding zijn de UAV in beginsel niet van toepassing. Met andere woorden, wat er in paragraaf 43a UAV, en dus ook lid 4, staat gaat de bank niet aan. Als de opdrachtgever een aangetekende brief stuurt, dan levert dit voor een aannemer geen argument op richting de bank om het inroepen tegen te houden. De bank kan op haar beurt daaraan evenmin gehoor geven. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin een opdrachtgever geen brief verstuurd heeft. Als de aannemer er al vóór het inroepen, of het uitkeren door de bank achter komt wat de opdrachtgever heeft gedaan, zou hij ten hoogste zijn bank kunnen berichten dat zijn opdrachtgever de aannemingsovereenkomst niet correct nakomt. Banken hebben echter weinig speelruimte om een uitkering te weigeren.

Een aannemer doet er dan ook goed aan, als zijn bank hem daartoe de ruimte biedt, om ervoor te zorgen dat in elk geval paragraaf 43a UAV onderdeel wordt van de voorwaarden van de bankgarantie. Op die manier dient de bank te wachten met uitkeren totdat arbiters hebben beslist. Zo niet, dan rest een aannemer uitsluitend het starten van een kort geding bij de civiele rechter om het uitkeren onder de bankgarantie tegen te houden, nogmaals als de aannemer daar überhaupt al op tijd achter komt.

En daarbij komt een tweede probleem om de hoek kijken. Wat de aannemer in een arbitraal kort geding of een kort geding bij de civiel rechter kan aanvoeren om het inroepen van c.q. het uitkeren onder de bankgarantie tegen te houden, is heel beperkt. Als sprake is van een 'on demand' bankgarantie kan hij eigenlijk alleen maar aanvoeren dat er overduidelijk misbruik van de bankgarantie wordt gemaakt. En dit

misbruik moet dan vanzelfsprekend ook worden onderbouwd. Een bijkomende, complicerende factor is dat een arbiter of rechter maar heel beperkt mag toetsen en de tekst en voorwaarden van de bankgarantie strikt moet toepassen. Feitelijk maakt het verzet van een aannemer tegen het inroepen van de bankgarantie in een kort geding-procedure eigenlijk geen kans. Wat resteert is starten van een arbitrale of een gerechtelijke bodemprocedure, waarin kan worden gevorderd dat het inroepen ten onrechte is gebeurd.

Tot slot

Tot slot kan een aannemer op zijn beurt van een opdrachtgever genoegzame zekerheid verlangen als deze hetgeen een aannemer toekomt niet of niet tijdig betaalt, of daartoe gegronde vrees bestaat. Het advies luidt om ook die zekerheid in de vorm van een bankgarantie te laten zijn. Verstrekt een opdrachtgever geen zekerheid, dan is een aannemer zelfs gerechtigd het werk te schorsen of in onvoltooid staat te beëindigen; zie paragraaf 43a lid 8. Bij het inroepen moet ook een aannemer paragraaf 43a lid 4 respecteren.



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag.
Tel.: (070) 304 55 90.
E-mail: b.veen@shadv.nl,
www.severijnhulshof.nl.

Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.