

Tegengaan beroep op zekerheid: het blijft lastig

Publicatiedatum: 23-10-2012

Een veel voorkomend civiel of arbitraal kort geding is de procedure waarin een aannemer zijn opdrachtgever ervan tracht te weerhouden om de door de aannemer gestelde zekerheid in te roepen. Zo ook de zaak waarin de Raad van Arbitrage op 4 oktober 2012 een vonnis heeft gewezen (geschilnr. 33.885) over het inroepen van een borgstelling.

Paragraaf 43a UAV-89 bepaalt dat de opdrachtgever gerechtigd is om van de aannemer genoegzame zekerheid te verlangen voor de nakoming van zijn verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst. Als dergelijke zekerheid wordt verlangd, en niet contractueel anders is bepaald, dan is de opdrachtgever bij het inroepen van die zekerheid gebonden aan het bepaalde in paragraaf 43a lid 4 UAV-89.

Die paragraaf bepaalt dat een opdrachtgever van de aannemer van zijn voornemen om de zekerheid in te roepen bij aangetekende brief kennis moet geven. De aannemer heeft dan de mogelijkheid om binnen 10 werkdagen na verzending van de kennisgeving door de opdrachtgever een spoedgeschil aanhangig te maken bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

Van belang is op te merken dat een bepaling zoals deze op papier mooi klinkt, doch in de praktijk niet altijd werkt. De zekerheid heeft vaak een "on demand" karakter, en biedt voor de bank niet de mogelijkheid om met verwijzing naar de onderliggende aannemingsovereenkomst betaling aan de opdrachtgever te houden. Als in de door een bank gestelde zekerheid bovendien niet expliciet verwezen is naar paragraaf 43a lid 4 UAV-89, kan de aannemer richting zijn bank die zich geconfronteerd ziet met het verzoek om uitbetaling, niet verweren met verwijzing naar die paragraaf. De aannemer heeft weliswaar een aanspraak richting zijn opdrachtgever indien deze paragraaf 43a lid 4 UAV-89 niet respecteert, en aldus wanpresteert, maar daarmee kan de aannemer niet zonder meer uitbetaling door de bank tegenhouden. Of er sprake is van schade ten gevolge van de wanprestatie van de opdrachtgever hangt bovendien weer af van de vraag of in het betreffend spoedgeschil komt vast te staan dat de opdrachtgever de zekerheid ten onrechte inroept.

In de onderhavige kwestie speelt die discussie niet. Blijkens de borgstelling in kwestie is paragraaf 43a lid 4 UAV-89 opgenomen, en heeft (dus) nog geen uitbetaling plaatsgevonden. Aanneemster verzoekt het scheidsgerecht te bepalen dat de opdrachtgever geen beroep op de zekerheid mag doen.

Wil een aannemer met succes het inroepen van de zekerheid tegengaan dan dient hij de -door het scheidsgerecht met juistheid toegepaste drempel te nemen - door aan te tonen dat het uitwinnen onrechtmatig of ongegrond is. Net als in een bodemprocedure dient dit ook en a fortiori in een spoedgeschil door middel van bewijsstukken of anderszins te worden aangetoond of ten minste aannemelijk te worden gemaakt. De reikwijdte voor een scheidsgerecht in een arbitraal kort geding om een inhoudelijk toets te verrichten is nu eenmaal beperkt, omdat die toetsing in principe marginaal is.

In dat kader is het van belang het begrip "spoedgeschil" in artikel 14 van het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage in ogenschouw te nemen; hieronder vallen zowel het arbitraal kort geding (lid 1 sub a) als de spoedbodemprocedure (lid 1 sub d). Het is niet uitgesloten om een spoedbodemprocedure op te starten, binnen welke context de beoordelingsruimte voor arbiters ruimer is. Ondergetekende verwijst overigens in dit kader naar een artikel van zijn hand over het inroepen van de bankgarantie; gepubliceerd in TBR nr. 2, 2010.¹

Hoe dan ook, de aannemer is aan zet, en zo ook in dit geval. De opdrachtgever had een zevental gebreken opgevoerd ter rechtvaardiging van het voornemen tot het inroepen van de zekerheid. Het scheidsgerecht gaat elk van deze gebreken langs en constateert dat de aannemer ter zake het merendeel van de gebreken er niet in is geslaagd om aan te tonen dat hij daarvoor niet aansprakelijk is.

Ook ten aanzien van door de opdrachtgever opgevoerde schadeclaims is de aannemer volgens het scheidsgerecht met onvoldoende verweer gekomen om deze schadeclaims niet te laten meewegen in de beoordeling of de opdrachtgever een vordering heeft.

Een ander argument dat de aannemer ten dienste kan staan is een beroep op het restitutierisico aan de zijde van de opdrachtgever als deze een beroep op de zekerheid doet. Deze stelling dient deugdelijk te worden onderbouwd. Het enkele feit dat een opdrachtgever rode cijfers schrijft, of wellicht in het buitenland is gevestigd, is onvoldoende.

Voorts kan de aannemer aan de hand van de gepretendeerde vorderingen van de opdrachtgever en zijn eigen aanspraken trachten aan te tonen dat de opdrachtgever per saldo geen vordering op de aannemer heeft. Ook dit verweer wordt gevoerd, maar strandt.

Zoals ook deze uitspraak leert, is het succesvol voorkomen van het inroepen van een bankgarantie, zeker binnen het doorgaans gekozen kader, moeilijk en moeizaam. Slechts als echt overduidelijk is dat het inroepen onrechtmatig of ongegrond is, zal een aannemer succes kunnen hebben.

mr. B.R. (Bard) van Veen
Severijn Hulshof Advocaten

Scheidsgerecht: ir. M.A.M. Beljaars, mr. ir. J.J.W.M. Smeets en ing. H.J. de Koning
Gemachtigde eiseres, aannemster: mr. J. Ch. Smit
Gemachtigde verweerster, opdrachtgeefster: mr. R.J. Roks en mr. A.C.R. Keuning

Voetnoot:

1. Mr. B.R. van Veen, mr. L. Mundt, 'De 'on demand' bankgarantie en de UAV 1989; vereisten en verhouding', *TBR* 2010/21

Bron: RvA 4 oktober 2012, No. 33.885

Datum: 4-10-2012