

# Geen conservatoire beslaglegging na uitbetaling bankgarantie

**mr. M.A.J.G. Janssen**

advocaat bij en directeur van het  
Wetenschappelijk Bureau van AKD Prinsen Van  
Wijmen, tevens universitair docent Burgerlijk  
Recht KUN

**mr. C.W.M. Slegers**

advocaat bij Aben & Slag Advocaten

**Na uitkering van het geld van de bankgarantie kan er conservatoir beslag worden gelegd op vermogensbestanddelen van de begunstigde, eventueel door degene die opdracht heeft gegeven tot het stellen van de bankgarantie. Een dergelijk beslag frustreert het doel van de bankgarantie niet, meent althans het Hof Amsterdam in een uitspraak van 16 oktober jl.<sup>1</sup> Janssen en Slegers denken daar anders over. Bij een bankgarantie moet men er op kunnen vertrouwen dat er daadwerkelijk wordt uitbetaald, een conservatoir derdenbeslag verhindert dat de begunstigde vrij beschikt over het uitgekeerde geld.**

De bankgarantie is een zekerheidsgarantie, een voorwaardelijk aanvaarde verplichting tot schadevergoeding, bestaande uit de betaling van een overeengekomen bedrag<sup>2</sup>. In de praktijk wordt er in veel contractuele relaties als extra zekerheid overeengekomen dat ten gunste van een van beide de andere partij een bankgarantie dient te stellen. Ook het over en weer bedingen van bankgaranties komt regelmatig voor. Een bankgarantie kan ook dienen als concrete zekerheid voor gegarandeerde kwaliteit van de geleverde diensten/zaken. Ook bij overnamecontracten wordt regelmatig met de bankgarantie in geldelijke zin ingestaan voor bijvoorbeeld de juistheid van de laatste balans of het eigen vermogen. In het kader van beslag- en executiegeschillen wordt de bankgarantie noodgedwongen aangeboden en gehanteerd als vervangende zekerheid om een conservatoir beslag ongedaan te maken of om een aangekondigde (aangevangen) executie in afwachting van de uitkomst in appèl of cassatie te vermijden (te doen staken).

De bank verbindt zich in het kader van de bankgarantie om een eigen schuld te betalen, waarvoor zij weliswaar zekerheid heeft bedongen; een borg verbindt zich om de schuld van een derde te voldoen of een schadevergoeding voor/namens die derde te betalen. Bij de afroepgarantie vloeit uit de overeenkomst tussen de garant (veelal de bank)

en de begunstigde voor de garant een zelfstandige verbintenis voort die ertoe strekt dat hij gedurende een bepaalde periode en tot een bepaald maximum op meestal schriftelijke afroep van de begunstigde het bedrag zal uitbetalen waarop de begunstigde ingevolge de bankgarantie aanspraak kan maken. Kenmerkend voor de afroepgarantie is dat zij materieelrechtelijk is geabstraheerd van de onderliggende wederkerige overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de begunstigde.<sup>3</sup>

Fundamenteel voor het functioneren van de bankgarantie als zekerheidsinstrument is dat de betaling niet verhinderd mag worden als aan de voorwaarden ervan is voldaan, ongeacht hetgeen zich afspeelt tussen de partijen bij de achterliggende verhouding dan wel is bepaald in de achterliggende overeenkomst.<sup>4</sup> Als tegenwicht moet de garant de garantiëvoorwaarden voor uitbetaling strikt toepassen: conformiteit staat voorop.<sup>5</sup>

## **ALLEEN BIJ FRAUDE NIET BETALEN**

In de praktijk worden twee middelen ingezet om betaling onder de afroepgarantie te verhinderen:<sup>6</sup> kort geding en conservatoir derdenbeslag. In kort geding vraagt de opdrachtgever van de bankgarantie (*principal*) jegens de garant (veelal een bank) een verbod van uitbetaling, en jegens de begunstigde een verbod om onder de bankgarantie te claimen. De *principal* kan ook een conservatoir derdenbeslag leggen onder de garant ten laste van de begunstigde, ter verzekering van bijvoorbeeld terugbetaling van het ten onrechte uit hoofde van de bankgarantie uit te keren bedrag.

Bij deze rechtsmaatregelen is de vaste lijn in de rechtspraak dat de bank niet betrokken is bij de achterliggende verhouding bij de bankgarantie of geschillen tussen de opdrachtgever en de begunstigde van de garantie, dat de bank geen verplichting heeft om onderzoek te doen en te oordelen met betrekking tot de inhoudelijke juistheid

*De bankgarantie kan niet functioneren als zekerheidsinstrument als de betaling wordt verhinderd terwijl aan de voorwaarden van de garantie is voldaan*



(frauduleusheid) van het betalingsverzoek.<sup>7</sup> Sterker nog, verdergaand onderzoek door de bank strookt niet met de van haar verlangde terughoudende opstelling in het licht van het onafhankelijke karakter van de afroepgarantie. Alleen bij evidente fraude of misbruik door de begunstigde, dus blijkend zonder nader onderzoek, is de bank jegens de opdrachtgever verplicht niet te betalen en is

zij zelfs aansprakelijk te houden als ze toch betaalt. Het begrip evidente fraude is in de rechtspraak omlijnd; slechts in klip en klare situaties is uitzondering op de hoofdregel 'betaling op eerste verzoek' toegestaan. Evidente fraudegevallen zullen slechts weinig voorkomen.<sup>8</sup> Als geen evidente fraude blijkt bij het invoeren van betaling onder de bankgarantie, moet het conservatoir beslag

worden opgeheven. Dit wordt normaliter ook door de voorzieningenrechter gelast.<sup>9</sup>

#### **BESLAG NA UITBETALING**

In de zaak van het arrest van het Amsterdamse Hof van 16 oktober 2003<sup>10</sup> kiest de begunstigde nog een andere rechtsmaatregel tot verhinderend van betaling: conservatoir derdenbeslag nadat onder de bankgarantie was uitgekeerd. Matterhorn was enig aandeelhouder van Vurol B.V. Matterhorn heeft alle aandelen in Vurol B.V. verkocht en geleverd aan Chubb Flamecontrol B.V. (hierna: Chubb). De koopovereenkomst bevat een non-concurrentiebeding ten laste van Matterhorn; elke overtreding kost € 50.000. Terzake de nakoming van haar verplichtingen heeft Matterhorn een bankgarantie van

*Het hof stelt dat ook bij conservatoir beslag het bedrag deel blijft uitmaken van het vermogen van de begunstigde en dat hij er rente van kan trekken*

€ 100.000 doen stellen door ABN/Amro, uit te keren op eerste schriftelijk verzoek. Chubb heeft de bankgarantie voor een bedrag van € 50.000 getrokken omdat volgens haar het non-concurrentiebeding was overtreden. Het bedrag van € 50.000 is op een bankrekening van Chubb bij de ABN/Amrobank bijgeschreven. In een bodemprocedure tegen Chubb vordert Matterhorn het bedrag weer terug, stellende dat zij het non-concurrentiebeding niet heeft overtreden en derhalve de boete niet heeft verbeurd.

Vooruitlopend op die bodemprocedure heeft Matterhorn onder de ABN/Amrobank conservatoir derdenbeslag ten laste van Chubb gelegd ter zake van al hetgeen Chubb van de bank te vorderen heeft. In kort geding heeft Chubb opheffing van dat beslag gevorderd, stellende dat die beslagen in strijd zijn met aard en strekking van de bankgarantie. De voorzieningenrechter te Utrecht heeft de vordering van Chubb toegewezen.<sup>11</sup> Het hof vernietigt echter het oordeel van de voorzieningenrechter.

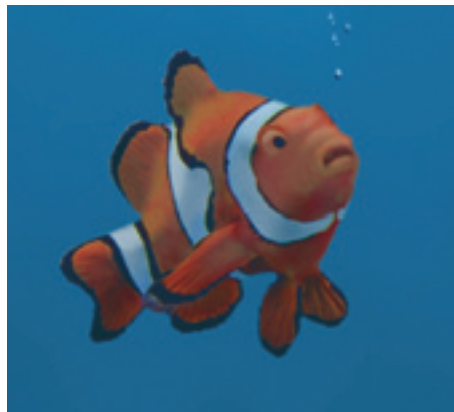
#### UITGEWERKT

In de optiek van het hof strekt een bankgarantie ertoe het risico af te dekken van niet-nakoming en insolventie ter zake van de uitbetaling door Matterhorn van de gezeekerde geldverbintenissen. Bovendien kan de begunstigde volgens het hof op eenvoudige wijze de vrije beschikking over het bedrag te verkrijgen zonder eerst een procedure te moeten voeren. Aan deze functies van de bankgarantie is naar het oordeel van het hof voldaan. Omdat het bedrag aan Chubb is uitbetaald en deel uitmaakt van haar vermogen, riskeert zij niet meer dat Matterhorn boeten niet betaalt, of insolvent raakt. Nadat de bank betaalde en het bedrag ter beschikking van de begunstigde kwam, is de bankgarantie in de optiek van het hof uitgewerkt.

Volgens het hof frustreert het conservatoir beslag niet de vermelde doeleinden van de bankgarantie. Weliswaar kan zo de vrije en onbelemmerde beschikking van de begunstigde door het conservatoir beslag ingeperkt worden, met name indien het beslag direct na de uitbetaling wordt gelegd op de desbetreffende bankrekening van de

begunstigde. Maar dat neemt naar zijn oordeel niet weg dat het bedrag ook dan deel blijft uitmaken van het vermogen van de begunstigde, dat hij er rente van kan trekken en dat hij het bedrag pas terug hoeft te betalen na een veroordelend vonnis daartoe in een door de principaal te entameren bodemprocedure. Een en ander wordt, aldus het hof, ook niet anders indien de begunstigde teneinde opheffing van het beslag te bewerkstelligen, op zijn beurt een bankgarantie zou moeten stellen in afwachting van de uitkomst van de bodemprocedure.

Het hof meent verder dat het abstracte



karakter van de bankgarantie slechts ziet op de positie van de bank: behoudens kennelijke willekeur of bedrog is de bank op het enkele verzoek van de begunstigde verplicht te betalen zonder dat daartegen door de bank of principaal bezwaar kan worden gemaakt op basis van argumenten ontleend aan de onderliggende rechtsverhouding. Het is denkbaar dat de overeenkomst tussen principaal en begunstigde meebrengt dat na uitbetaling van de bankgarantie geen conservatoire beslagen mogen worden gelegd op bepaalde vermogensbestanddelen, waarmee de principaal afstand zou doen van zijn recht om ter zake van (toekomstige) vorderingen op de wederpartij conservatoire maatregelen

## *Uit het adagium ‘eerst betalen dan praten’ volgt dat de bankgarantie niet kan worden beperkt tot de enkele ontvangst van de gelden door de begunstigde*

te treffen. Van een dergelijke afspraak was volgens het hof in het onderhavige geval echter niet gebleken.

#### BETEKENIS ONDERGRAVEN

Wij kunnen ons met de uitkomst in de zaak Matterhorn/Chubb niet verenigen<sup>12</sup> en weten ons gesteund door een aantal rechterlijke uitspraken. In de eerste plaats kan worden gewezen op een uitspraak van de president Rechtbank Haarlem.<sup>13</sup> Daarin was conservatoir derdenbeslag gelegd nadat onder een bankgarantie was uitgekeerd, met het doel te voorkomen dat het betaalde bedrag feitelijk en daadwerkelijk ter beschikking kwam van de begunstigde. Onzes inziens geeft de president terecht aan dat derdenbeslag in strijd is met het karakter van de afroepgarantie. Wanneer op deze eenvoudige wijze kan worden voorkomen dat de begunstigde de feitelijke beschikking krijgt over het gegarandeerde bedrag wordt, zoals de president terecht opmerkt, het in het handelsverkeer beoogde effect van de bankgarantie geheel tenietgedaan.

Bartman kan begrip opbrengen voor dit oordeel, hoewel hij zich afvraagt of de president het abstracte karakter van de bankgarantie niet te zeer oprekt ten behoeve van het belang van het (internationaal) handelsverkeer.<sup>14</sup> In deze zij opgemerkt dat het Hof Amsterdam in de zaak Matterhorn/Chubb oordeelde dat bedoelde abstractie in beginsel niet verder gaat dan de verweermiddelen die de bank kan aanvoeren tegen de begunstigde die om betaling vraagt. Met Bartman menen wij dat de betekenis van het instituut van de bankgarantie (de afroepgarantie) door het leggen van het hier aan de orde zijnde conservatoir derdenbeslag – materieel – wordt ondergraven.<sup>15</sup> Daarom achten wij het rechteens aanvaardbaar dat de president Rechtbank Haarlem het (abstracte karakter van) de bankgarantie laat ‘naijlen’ na de uitbetaling.<sup>16</sup>

## REKENEN OP VRIJE BESCHIKKING

Ook het Hof 's-Gravenhage<sup>17</sup> is de mening toegedaan dat beslaglegging op onder de garantie uitbetaalde gelden niet verenigbaar is met het rechtskarakter van een afroepgarantie. Dit brengt mee dat ook geen beslag kan worden gelegd onder een derde op wiens rekening de bank het bedrag op verzoek van de begunstigde heeft overgemaakt. Terecht overweegt het hof dat uit het rechtskarakter van de afroepgarantie voortvloeit dat de begunstigde er op moet kunnen rekenen dat hij op grond van het enkele afroepen van de garantie de beschikking krijgt over de uit te keren gelden. Beslaglegging is met dit karakter van de garantie evident in strijd. Dit wordt anders als de bank niet op afroep van de begunstigde tot uitbetaling had mogen overgaan omdat sprake is van een kennelijk willekeurige of bedrieglijke aanspraak.

Zie evenzeer de door het Hof Amsterdam vernietigde uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht.<sup>18</sup> Ook hij benadrukt terecht dat uit het rechtskarakter van de afroepgarantie voortvloeit dat de begunstigde in het algemeen er zonder meer op moet kunnen rekenen dat hij op grond van het enkele afroepen van de bankgarantie de vrije en onbelemmerde beschikking krijgt over de uit dien hoofde uit te keren gelden. Een conservatoir derdenbeslag is niet te verenigen met karakter en functie van de bankgarantie.

## NOTEN

- 1 JOR 2003/291; er is geen cassatie ingesteld.
- 2 Zie uitgebreid terzake: Slegers in zijn bijdrage in *Garanties in de rechtspraktijk*, onder redactie van M.M. van Rossum, 2002, p. 143 e.v.
- 3 In dit artikel staat de onafhankelijke of abstracte bankgarantie centraal: de voorwaarden voor betaling lopen niet samen met de onderliggende rechtsverhouding maar worden uitsluitend bepaald door de voorwaarden van de bankgarantie. Anders bijvoorbeeld dan bij de borgtocht; zie verder Pabbruwe, *Bankgarantie 2000*, p. 1-14.
- 4 Schoordijk typeert de rechtsverhouding van partijen bij een afroepgarantie treffend als 'eerst betalen, dan praten', zie WPNR 2000/6385, p. 23-26. Zie nader over de overeenkomst 'Eerst betalen dan praten', F.H.J. Mijnsen, preadviezen van de Vereeniging Handelsrecht, 1984, p. 22-25.
- 5 *Garanties in de Rechtspraktijk* (a.w.), p. 149.
- 6 Zie uitgebreid terzake Pabbruwe a.w., hoofdstuk VI, p. 45-59.
- 7 Zie onder meer *Garanties in de Rechtspraktijk* (a.w., p. 152 e.v.).
- 8 *Garanties in de Rechtspraktijk* (a.w.), p. 152-155.

## TOE TE JUICHEN

Molkenboer vraagt zich af of de beslissing van de voorzieningenrechter wel past in het systeem van het (beslag)recht.<sup>19</sup> Onzes inziens is dat wel het geval. Zoals Molkenboer zelf opmerkt,<sup>20</sup> volgt uit het adagium 'eerst betalen dan praten' dat de werking van de bankgarantie niet beperkt is tot de enkele ontvangst van de gelden door de begunstigde. Het (abstracte) karakter van de afroepgarantie brengt mee dat de begunstigde daadwerkelijk en vrij over de door de bank betaalde som kan beschikken. Terecht zegt Molkenboer dat de opdrachtgever de zekerheid van de bankgarantie niet tot een wassen neus kan maken door direct na uitbetaling door de bank onder deze bank beslag te leggen. Wij menen dan ook dat de uitspraken van de voorzieningenrechter in Haarlem en Utrecht en van het Hof Den Haag zijn toe te juichen omdat daarmee het vertrouwen in de bankgarantie als instrument in het handelsverkeer verder wordt versterkt.<sup>21</sup>

Er kan in deze een parallel worden getrokken met het geval dat een gedaagde die een procedure heeft verloren, conservatoir derdenbeslag legt op een geldbedrag – gestort bijvoorbeeld onder de executerend deurwaarder – dat is betaald ter voldoening van een veroordelend en uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis. Geldende leer is dat dan het conservatoir beslag in kort

geding dient te worden opgeheven omdat daarmee de executie van het uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis wordt gefrustreerd. Deze tegenwerking is namelijk slechts geoorloofd als het vonnis berust op een kennelijke juridische of feitelijke misslag of als door de voormalige gedaagde omstandigheden zijn aangevoerd die tot de conclusie leiden dat hij door de executie van het vonnis in een noodtoestand zou komen te verkeren.<sup>22</sup>

## CONCLUSIE

Bij een onafhankelijke bankgarantie geldt het adagium 'eerst betalen, dan praten'. Als een bankgarantie wordt afgeroepen, moet erop kunnen worden vertrouwd dat ook daadwerkelijk wordt uitbetaald.<sup>23</sup> Die betaling kan in beginsel niet worden gefrustreerd door een conservatoir derdenbeslag door degene ten laste van wie de bankgarantie is gesteld, omdat de begunstigde dan niet meer vrij en onbelemmerd kan beschikken over de uitgekeerde gelden. Dat is slechts anders indien er sprake is van een kennelijk willekeurige of bedrieglijke aanspraak.<sup>24</sup> Daarom is de uitspraak van het Hof Amsterdam onjuist. Ook al is in deze zaak geen cassatie ingesteld: de Hoge Raad zal uiteindelijk moeten spreken. ●

- 9 Zie bijvoorbeeld president Rechtbank Amsterdam 14 mei 1981, KG 1981, 71 en Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 11 juli 2002, KG 2002, 195 en uitvoerig Pabbruwe, a.w., p. 46-52.
- 10 JOR 2003/291.
- 11 20 mei 2003, KG 2003, 157.
- 12 Anders Pabbruwe, a.w., p. 46 : 'Soms komt het voor dat de Beneficiary de Guarantor opdraagt het onder de garantie te betalen bedrag aan een derde over te maken. Wordt daaraan voldaan, dan is conservatoir beslag door de Principal onder die derde wel geoorloofd. De afroepgarantie is dan immers door die overmaking 'uitgewerkt'.
- 13 6 februari 1987, KG 1987/104.
- 14 S.M. Bartman, NJB 1987/34, p. 1093.
- 15 S.M. Bartman a.w., p. 1093.
- 16 Zie ook G.J.P. Molkenboer, *Garanties*, bundel Jonge Baliecongres, p.71, over het door het hof Amsterdam vernietigde vonnis van de voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 20 mei 2003, KG 2003/157.
- 17 Hof 's-Gravenhage 21 september 1994, KG 1994/381.

- 18 20 mei 2003, KG 2003/157: 'Nu de bankgarantie is gesteld ter verzekering van de nakoming van de verplichtingen van Matterhorn, laat het door haar gelegde conservatoir beslag op de onroerende zaak van Chubb zich evenmin met het karakter en de functie van de bankgarantie verenigen'.
- 19 Molkenboer, a.w., p. 71.
- 20 Molkenboer, a.w., p. 70-71.
- 21 Molkenboer, a.w., p. 71.
- 22 Zie onder meer president Rechtbank Alkmaar 10 december 1998, KG 1999/11. Zie verder art. 438 Rv, waarover *Tekst en Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering 2002*, met name aantekening 2, p. 605-606.
- 23 Vergelijk R.I.V.F. Bertrams, *Contracteren in de internationale praktijk*, 1994, p. 123: 'Met name bij internationale verhoudingen is een enkel recht op betaling van de prijs of betaling van schadevergoeding betrekkelijk weinig waard. Het gaat om daadwerkelijke betaling en wel onmiddellijk en zonder problemen. "The law is where the money is".'
- 24 In gelijke zin H.A. Stein, WPNR 2003/6541, p. 564.