

The bank guarantee: (not) a payment guarantee?

In the current economic climate a bank guarantee for stakeholders in construction projects can be a useful instrument to obtain additional (financial) security. For instance, a client or contractor can use a bank guarantee with regard to the (sub)contractor as a guarantee for the performance of the contractual obligations by the (sub)contractor, for correcting defects during the warranty period or for refunding the advance paid in the event of premature termination of the agreement.

If the guaranteed obligation is not complied with, the client or main contractor can invoke the bank guarantee. There are, however, several points to consider, which stem from the autonomous, abstract and literal nature of the guarantee. Moreover, for international construction contracts, international rules may apply. In this newsletter we briefly describe these points to consider.

De heropstart van de economie na de eerste corona-pandemiegolven heeft in de bouwsector geleid tot een aanzienlijke toename in de prijzen voor grondstoffen en bouwmaterialen. Gepaard met de gevolgen van de eerdere lockdowns en de onzekerheid over toekomstige coronamaatregelen, zoeken bouwpartners (nog) meer dan anders naar (financiële) zekerheid. De bankgarantie is een instrument dat regelmatig wordt gebruikt om deze zekerheid te verkrijgen, in het bijzonder in internationale bouwcontracten.

Wat is een bankgarantie?

Een bankgarantie is een waarborgverbintenis waarbij doorgaans drie partijen betrokken zijn: de opdrachtgever (die de garantie laat stellen), de begunstigde en de bank (die de garantie stelt). In aannemingszaken is het meestal de aannemer of onderaannemer die de garantie laat stellen, waarbij de bouwheer resp. de hoofdaannemer de begunstigde is van de bankgarantie. De bank zal de aangeduide begunstigde betalen indien aan de bepalingen van de garantiebrief voldaan is.

Kenmerkend naar Belgisch recht is dat een bankgarantie een autonoom, abstract en letterlijk karakter heeft.

Het autonoom en abstract karakter betekent dat de bankgarantie als afzonderlijke overeenkomst uitsluitend volgens haar eigen bepalingen en afspraken wordt afgehandeld, zelfs al wordt een bankgarantie afgesloten om bepaalde verbintenissen uit een onderliggende overeenkomst te waarborgen.

Het letterlijk karakter heeft betrekking op de voorwaarden voor het afroepen van de bankgarantie. Deze dient te gebeuren volgens de strikte bewoordingen en voorwaarden van de garantiebrief zelf. De niet-naleving ervan leidt tot een ongeldige afroep.

Eén van de gevolgen van het autonoom en abstract karakter van de bankgarantie is dat de beëindiging van de onderliggende overeenkomst niet de beëindiging van de bankgarantie betekent. Dit is een essentieel verschil met de borgtocht, die vanwege haar accessoir karakter wel afhangt van de onderliggende overeenkomst en steeds samen met de onderliggende overeenkomst beëindigd wordt.

Doorgaans wordt deze bankgarantie op eerste verzoek gesteld, wat betekent dat de bank moet overgaan tot betaling van zodra de afroep ervan op geldige wijze (d.i. overeenkomstig de bepalingen van de bankgarantie) is gebeurd. De bank kan zich niet steunen op excepties die de opdrachtgever van de bankgarantie uit de overeenkomst met de begunstigde zou kunnen putten tegen de begunstigde. De enige uitzonderingen hierop zijn fraude, rechtsmisbruik of de internationale openbare orde.

Bankgaranties kunnen in bouwcontracten meerdere vormen aannemen, naargelang de verbintenis waarvoor de bouwheer een zekerheid wenst te verkrijgen. De meest gebruikte vormen zijn een performance bond, een warranty bond of een advance payment bond.

Met een “performance bond” geeft de aannemer ten voordele van de bouwheer een zekerheid dat hij de contractuele bepalingen van de aannemingsovereenkomst zal naleven. Doet de aannemer dat niet en heeft de bouwheer hiervoor een claim, dan kan hij ervoor kiezen om de bankgarantie af te roepen.

Een “warranty bond” is een garantie die de bouwheer zekerheid biedt indien de aannemer de gebreken die zich eventueel tijdens de garantieperiode van zijn werken voordoen, niet zou verhelpen.

Een “advance payment bond” heeft dan weer als doel aan de bouwheer de zekerheid te bieden dat hij het betaalde voorschot kan recupereren indien de aannemer de overeenkomst niet meer zou kunnen uitvoeren (bijvoorbeeld door faillissement of vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst).

De aandachtspunten bij het afroepen van een bankgarantie

Wanneer de aannemer zijn gewaarborgde verbintenis niet naleeft, heeft de bouwheer het recht om de bankgarantie af te roepen. Dit is niet zo eenvoudig als het klinkt. Een afroep van de bankgarantie dient letterlijk te voldoen aan alle voorwaarden die in deze bankgarantie zijn opgenomen.

Essentieel is dat de begunstigde de bankgarantie tijdig afroept. Bij het stellen van de bankgarantie bedingen banken doorgaans een vaste einddatum. Deze einddatum is een vervalttermijn. Hierdoor is een afroep die na deze einddatum plaatsvindt, ongeldig. De begunstigde van de bankgarantie heeft er alle belang bij om het naderen van deze einddatum in het oog te houden en de opdrachtgever van de bankgarantie bijvoorbeeld tijdig aan te manen om de bankgarantie te verlengen. Voorkomen is natuurlijk beter dan genezen: de begunstigde kan dit risico opvangen tijdens de contractonderhandelingen door middel van specifieke clausules (bv. vereiste van uitdrukkelijke goedkeuring van de tekst van de bankgarantie door de begunstigde).

Verder moet de afroep gebeuren in overeenstemming met alle vereisten die de tekst van de garantiebrief oplegt: in de juiste taal, met vermelding van de vereiste inhoud (bv. tekortkomingen opsommen in de afroepbrief en ondersteunende ingebrekestellingen voegen als bijlage), te bezorgen op de wijze bepaald door de garantiebrief (bijvoorbeeld per aangetekend schrijven) aan het opgegeven adres met vermelding van de juiste coördinaten (bv. specifieke referte), enz.

Voor internationale bouwcontracten worden bovendien ook vaak de Uniform Rules for Demand Guarantees 758 (URDG 758) van toepassing verklaard. De URDG 758, die uniforme regels vastlegt voor bankgaranties op afroep die de bepalingen van de bankgarantie aanvullen [\[1\]](#), bepaalt onder meer het volgende:

- De afroep dient in principe per brief te gebeuren en moet gepaard gaan met een verklaring van de bouwheer waarin wordt aangegeven in welk opzicht de opdrachtgever zijn verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst niet nakomt (art. 14, e) en art. 15, a) van de URDG)
- De afroep moet eveneens aangegeven onder welke bankgarantie zij wordt gesteld, bijvoorbeeld door vermelding van het referentienummer van de borg voor de garantie (art. 15, onder c) URDG).
- Na ontvangst van de afroep zal de bank deze afroep binnen de vijf werkdagen analyseren. Indien de afroep geldig is, moet de bank overgaan tot betaling (art. 20, a) van de URDG). Dit artikel verduidelijkt tevens dat de datum van de afroep de dag is waarop de

afroepbrief is ontvangen, en niet waarop de afroep is verzonden.

Besluit

De bankgarantie, in het bijzonder de “performance bond”, kan een interessant instrument zijn om te verzekeren dat een aannemer zijn contractuele verbintenissen nakomt.

Evenwel is het bestaan van bankgarantie niet noodzakelijk een garantie tot betaling. Bij de afroep zal de begunstigde zeer nauwkeurig de contractuele vereisten van de bankgarantie moeten nakijken en zich ermee conformeren. Extra waakzaamheid is geboden indien de URDG van toepassing zijn verklaard. In dat geval zal de bankgarantie immers samen met de URDG moeten worden geanalyseerd om tot een geldige afroep van de bankgarantie te komen.

Voor meer informatie over dit onderwerp kan u terecht bij Marco Schoups, Jens Rediers en Jérémy Vanderheyde.

[\[I\]](#) Voor zover de bankgarantie er niet van afwijkt

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerp

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 PO box 8 - 1000 Brussels

info@schoups.be

www.schoups.com