

## CONSULTATIEREACTIE

### Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het conceptwetsvoorstel 'Wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van een certificeringsplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten'

Datum: 24 augustus 2022

---

#### Inleiding

1. De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft met interesse kennisgenomen van het conceptwetsvoorstel 'Wijziging van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van een certificeringsplicht voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten' (Wetsvoorstel). De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het consultatiedocument.
2. De NVB onderschrijft dat misstanden in de uitzendsector moeten worden aangepakt. Zij spreekt haar waardering uit voor de intentie van wetgever en regering om arbeidskrachten beter te beschermen en malafide partijen van de markt te weren. Zonder aan die waardering afbreuk te willen doen, acht de NVB het van belang om kanttekeningen kenbaar te maken die een bezwaar vormen voor het voorgeschreven gebruik van bankgaranties bij de certificering zoals opgenomen in het Wetsvoorstel en de concept Memorie van Toelichting (MvT). Deze kanttekeningen lichten wij hieronder toe. De NVB beperkt zich in deze consultatiereactie tot de onderdelen van het Wetsvoorstel en de MvT die zien op het voorgestelde gebruik van bankgaranties.
3. De Tweede Kamer en het Aanjaagteam hebben opgeroepen om in het kader van certificering een waarborgsom te eisen. De waarborgsom wordt in het Wetsvoorstel vormgegeven door een bankgarantie. Er ontbreekt evenwel een toelichting voor de keuze van deze vormgeving en waarom niet is gekozen voor een gewone waarborgsom die door de certificaathouder wordt gestort bij de certificerende instelling (CI).
4. De exacte vormgeving van de bankgaranties wordt in het Wetsvoorstel en de MvT niet duidelijk. In de MvT wordt aangegeven dat in lagere regelgeving nader wordt uitgewerkt onder welke voorwaarden aanspraak kan worden gemaakt op de bankgarantie. De banken zien zich om die reden genooddaakt om daarover een algemeen voorbehoud te maken.
5. Aan de hand van de informatie die op hoofdlijnen uit het Wetsvoorstel en de MvT is te halen, is voor de banken op voorhand een aantal kanttekeningen te maken bij het gebruik van bankgaranties zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel. Die kanttekeningen zorgen ervoor dat onzeker is:
  - (i) of banken (in alle gevallen) bereid zijn om de voorgestelde bankgaranties te verstrekken
  - (ii) en als zij daartoe bereid zouden zijn, onder welke voorwaarden dat zou zijn (de beoordeling van beide punten is aan iedere bank afzonderlijk en de NVB kan daarover dan ook geen toezeggingen doen) en
  - (iii) of de bankgarantie voor de uitlener en/of de partijen ten behoeve van wie de bankgarantie zou moeten worden gesteld, wel in voldoende mate tegemoet kan komen aan hun belangen.

6. Deze kanttekeningen en de onzekerheid vormen een bezwaar voor het dwingend voorgeschreven gebruik van bankgaranties zoals voorgesteld in dit Wetsvoorstel. Er zijn betere alternatieven denkbaar die ons inziens dan ook overwogen zouden moeten worden. Bijvoorbeeld door gebruik te maken van storting door de certificaathouder van waarborgsommen bij de CI waarvoor de kanttekeningen en onzekerheden ten aanzien bankgaranties niet gelden.
7. De reactie van de NVB is als volgt ingedeeld. Na deze korte inleiding wordt een algemene uiteenzetting gegeven over de werking van bankgaranties en de belangrijkste kenmerken. Daarop volgen de kanttekeningen en onzekerheden bij het gebruik van bankgaranties zoals opgenomen in het Wetsvoorstel en de MvT. Vervolgens wordt kort het alternatief behandeld: de storting van waarborgsommen bij de CI. Tot slot wordt in het kort nog een keer onze zienswijze weergegeven.

### Werking bankgaranties en belangrijkste kenmerken

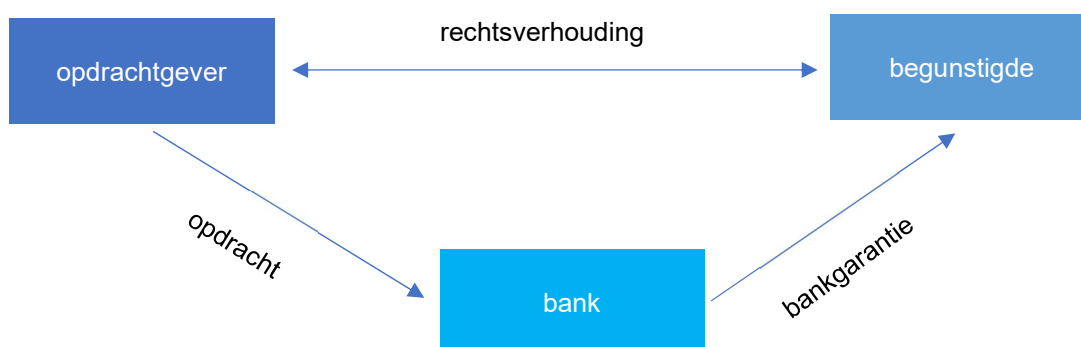
8. Voor een beter begrip van de kanttekeningen en onzekerheden bij het gebruik van bankgaranties zoals opgenomen in het Wetsvoorstel en de MvT, is hieronder een korte beschrijving opgenomen van de werking van bankgaranties en de kenmerken die zich beperkt tot de hoofdlijnen en de belangrijkste kenmerken. Een en ander volgens Nederlands recht.

#### *Zekerheid*

9. Een bankgarantie is een verbintenisrechtelijke zekerheidsfiguur waarbij een bank als derde, in opdracht en voor rekening en risico van een opdrachtgever, tot een maximumbedrag een betalingsverplichting op zich neemt tegenover een partij bij een onderliggende rechtsverhouding en die ertoe dient dat de nakoming van verplichtingen daaruit zeker wordt gesteld.<sup>1</sup> De verplichting tot het doen stellen van een bankgarantie vloeit meestal voort uit de onderliggende rechtsverhouding.

#### *Partijen*

10. In de basis zijn drie partijen betrokken bij een bankgarantie: (1) de bank die de bankgarantie afgeeft in opdracht van haar klant (2) de opdrachtgever tot het stellen van de bankgarantie, die de klant is van de bank en (3) de begunstigde van de bankgarantie. De begunstigde is doorgaans de wederpartij van de opdrachtgever in de onderliggende rechtsverhouding.



#### *Abstractie*

11. De zekerheidsfunctie van de bankgarantie wordt gewaarborgd door abstractie. De bankgarantie kenmerkt zich door onafhankelijkheid (oftewel abstractie) van de onderliggende

<sup>1</sup> Zie ook E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 1

rechtsverhouding. De garanderende bank is nooit partij bij de onderliggende rechtsverhouding. De bankgarantie vormt een eigen betalingsverplichting van de bank om tot uitbetaling aan de begunstigde over te gaan. Daarbij gaat de bank in principe direct (op eerste verzoek) over tot uitbetaling van het gegarandeerde bedrag indien aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden is voldaan, onafhankelijk van de overeenkomst zoals gesloten tussen de opdrachtgever en de begunstigde en hun onderliggende relatie. Dit brengt mee dat verweren ontleend aan die rechtsverhouding in beginsel niet in de weg kunnen staan aan de vordering tot betaling. Zodoende is de bankgarantie "abstract".<sup>2</sup>

#### *Strikte conformiteit*

12. Uit de abstractie volgt ook het principe van strikte conformiteit. Bij een aanspraak onder de bankgarantie verzoekt de begunstigde de bank om tot uitbetaling onder de bankgarantie over te gaan. Het is de taak van de bank om te controleren of aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden is voldaan en, zo ja, direct tot uitbetaling over te gaan. De bank is bij het controleren of is voldaan aan de in de bankgarantie gestelde voorwaarden, gebonden aan het beginsel van strikte conformiteit: de bank moet zich houden aan de exacte voorwaarden waaronder de bankgarantie is afgegeven.<sup>3</sup>
13. Deze strikte conformiteit betekent dat zekerheid bestaat dat betaling plaatsvindt zodra aan de voorwaarden van de bankgarantie is voldaan en deze is afgeroepen. Zij waarborgt het abstracte karakter van de bankgarantie. Het gaat erom of aan de voorwaarden van de bankgarantie is voldaan, niet om wat is bepaald in de onderliggende rechtsverhouding. Met andere woorden, of de begunstigde recht heeft op uitbetaling onder de bankgarantie wordt niet beantwoord aan de hand van de onderliggende rechtsverhouding, maar aan de hand van het betalingsmechanisme en overige voorwaarden als bepaald in de bankgarantie. De strikte conformiteit voorkomt dat de bank tussen twee vuren komt te zitten en moet oordelen over het geschil of de onderliggende relatie tussen de opdrachtgever en de begunstigde.<sup>4</sup>

#### *Eerst betalen dan praten*

14. Het mechanisme van de bankgarantie houdt ook in dat de bank bij vervulling van de voorwaarden overgaat tot betaling aan de begunstigde. Dat kan ertoe leiden dat uitbetaling onder de bankgarantie geschiedt voor een bedrag dat de schulden van de certificaathouder overstijgt. Mocht er meer worden geclaimd onder de bankgarantie dan wat er verschuldigd is, dan zullen de CI en certificaathouder dit onderling moeten oplossen ("eerst betalen, dan praten"). De bank staat geheel buiten de rechtsverhouding tussen CI en certificaathouder.

#### *Betalingsverplichting opdrachtgever*

15. Voor aanspraken onder de bankgarantie heeft de opdrachtgever tegenover de bank een betalingsverplichting. Deze betalingsverplichting vloeit voort uit het feit dat de bankgarantie in opdracht en voor rekening en risico van de opdrachtgever is gesteld, maar wordt in de regel

---

<sup>2</sup> Zie ook o.a. E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 4 e.v. en R.I.V.F. Bertrams, 'De bankgarantie als zekerheidsinstrument bij internationaal contracteren', in: B. Wessels & T.H.M. van Wechem, *Contracteren in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3 e.v.

<sup>3</sup> Zie ook HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600, NJ 2015/351 (ABN AMRO/Rabobank), rov. 4.2.1: "Gelet op de aard van een abstracte garantie op afroep (onder de voorwaarden vermeld in de garantie) en de functie die dergelijke garanties in het handelsverkeer vervullen, alsmede gelet op de positie van de garanderende bank, die de belangen in het oog moet houden van zowel degene die de opdracht gaf tot het stellen van de garantie, als van degene te wiens gunste de garantie is gesteld, is een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden."

nader bepaald in een contragarantie. Op deze manier wordt door het mechanisme van de bankgarantie bereikt dat de (vermeende) vordering van begunstigde is betaald en die betaling ten laste wordt gebracht van diens wederpartij in de onderliggende rechtsverhouding, de opdrachtgever.

16. De contragarantie wordt vaak in de vorm van een contractuele voorwaardelijke regresvordering geformuleerd. Als zekerheid voor de verplichtingen uit de contragarantie wordt een creditsaldo voor het bedrag van de bankgarantie door de opdrachtgever verpand aan de bank. Het creditsaldo blijft geblokkeerd totdat alle verplichtingen uit hoofde van de contragarantie zijn voldaan. In enkele gevallen wordt de contragarantie al dan niet in samenhang met een financieringsfaciliteit afgedekt met andere zekerheden. Voor startende uitleners zal deze betalingsverplichting onder de contragarantie inhouden dat het bedrag van de bankgarantie ad € 50.000 of € 100.000 geblokkeerd en verpand op een rekening zal blijven staan gedurende de looptijd van de bankgarantie.

### **Gebruik bankgaranties**

17. De Tweede Kamer en het Aanjaagteam hebben opgeroepen om in het kader van certificering een waarborgsom te eisen.<sup>5</sup> De waarborgsom wordt in dit Wetsvoorstel vormgegeven door een bankgarantie. Er ontbreekt evenwel een toelichting waarom voor deze vormgeving is gekozen en niet voor andere instrumenten zoals de storting van een waarborgsom door de certificaathouder bij de CI.
18. Het Wetsvoorstel gaat er kennelijk van uit dat hetgeen met een waarborgsom kan worden gerealiseerd, ook met een bankgarantie kan worden bereikt. Het Wetsvoorstel en de MvT maken echter niet duidelijk welke aanspraken een waarborg- of bankgarantieconstructie zou moeten opleveren en hoe de exacte werking ervan zou moeten zijn.
19. Ook de exacte vormgeving van de bankgarantie wordt niet toegelicht. In de MvT wordt aangegeven dat in lagere regelgeving nader wordt uitgewerkt onder welke voorwaarden aanspraak kan worden gemaakt op de bankgarantie. Het is in dit licht niet goed mogelijk om aan te geven of een bankgarantie een bruikbaar alternatief is voor een reguliere waarborgsom. In dat verband is de NVB dan ook genoodzaakt een algemeen voorbehoud te maken ten aanzien van de werking van bankgaranties zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel.
20. Op basis van de informatie die beschikbaar is in het Wetsvoorstel en de MvT wordt hieronder een aantal specifieke kanttekeningen gemaakt.

### **Voorwaarden bankgarantie**

21. Zoals hiervoor toegelicht, kenmerkt de bankgarantie zich door abstractie. De banken zijn als garant niet betrokken bij, en de bankgarantie werkt onafhankelijk van, de onderliggende rechtsverhouding. Om die reden kunnen zij geen oordeel vellen over onderwerpen uit de onderliggende rechtsverhouding. Dat past ook niet bij hun rol als garant. Zij moeten zich beperken tot de controle of is voldaan aan de voorwaarden van de bankgarantie en aan de hand van strikte conformiteit.
22. Alle relevante onderdelen van de bankgaranties moeten aan dit uitgangspunt voldoen. Bepalingen die ervoor zorgen dat de banken zich moeten verdiepen in - en een beoordeling moeten maken over onderwerpen uit de onderliggende rechtsverhouding stroken niet met de

---

<sup>5</sup> Concept MvT para 4.2.3. p. 23.

aard van de bankgaranties. Dat geldt onder meer voor de wijze waarop de begunstiging is vormgegeven, de voorwaarden voor betaling van de claim en de looptijd van de bankgarantie. Het kan zijn dat dergelijke bepalingen wel gelden tussen de opdrachtgever en de begunstigde en onderdeel uitmaken van hun onderlinge verhouding. De bankgarantie staat daar dan buiten en houdt daarmee geen rekening. Deze algemene kanttekening komt ook terug in verschillende specifieke kanttekeningen die hieronder worden toegelicht.

### Claims onder de bankgarantie

23. Zoals hiervoor toegelicht, is van belang dat banken bij de beoordeling van een claim onder de bankgarantie geen oordeel kunnen vellen over onderwerpen uit de onderliggende rechtsverhouding. Voorwaarden die worden gesteld aan een claim onder de bankgarantie die niet voldoen aan dat uitgangspunt, zullen door banken dan ook niet worden opgenomen in de bankgarantie.
24. In de MvT is over de bankgarantie opgenomen dat "(...) *pas aanspraak kunnen worden gemaakt als reguliere wegen om het geld op de uitlener te verhalen, in voldoende mate benut zijn.*"<sup>6</sup> De banken kunnen niet beoordelen of bij een aanspraak wordt voldaan aan de voorwaarde dat eerst '*reguliere wegen om het geld op de uitlener te verhalen, in voldoende mate benut zijn*'. Althans niet zonder risico dat niet bij hen thuis hoort in hun rol als garant. Een dergelijke bepaling hoort dan ook niet thuis in een bankgarantie. Als de voorwaarde in de relatie tussen de opdrachtgever en begunstigde blijft bestaan, is van belang dat zij daar rekening mee houden. De banken staan buiten die regeling.

### Begunstigde en geseceureerde vordering

25. Een bankgarantie is een verplichting van een bank om onder voorwaarden een bedrag aan een begunstigde te betalen. Er mag geen onduidelijkheid of misverstand over bestaan tegenover welke partij de bank deze betalingsverplichting heeft. De tekst van de bankgarantie moet duidelijk bepalen wat de verplichting van de bank is en aan wie betaling moet plaatsvinden. De tekst van de bankgarantie dient expliciet de naam van de begunstigde te vermelden.
26. Uit de MvT volgt dat de bankgarantie ten goede moet komen aan een nog nader te bepalen groep van benadeelden: werknemers, de Staat en andere schuldeisers. Het is voor banken onmogelijk om de identiteit van de partij die recht heeft op de betaling op die manier onbenoemd te laten en op een later tijdstip te moeten vast stellen. Bij een bankgarantie staat de bank los van de onderliggende rechtsverhouding. De bank is dan ook niet in staat te beoordelen en vast te stellen of een partij is benadeeld, onder de beoogde partijen van de bankgarantie valt en zodoende onder de bankgarantie als begunstigde heeft te gelden. Dat strookt ook niet met haar rol als garant. Kortom, het strookt niet met het instrument bankgaranties en het is voor de banken niet mogelijk om een bankgarantie te stellen met daarbij nog nader te bepalen begunstigden aan de hand van een algemeen omschreven groep van mogelijke benadeelden zoals werknemers, de Staat en andere schuldeisers.
27. De omstandigheid van meerdere begunstigden levert ook complicaties op. Hoe om te gaan met concurrerende aanspraken? Geldt daarbij '*wie het eerst komt wie het eerst maalt*'? Dat kan het onwenselijke gevolg hebben dat begunstigden vroegtijdig aanspraak maken om hun rechten veilig te stellen. Daarbij neemt het risico van conflicten waarbij de bank betrokken wordt toe. Banken zullen dan ook niet snel geneigd zijn om hierover ingewikkelde regelingen op te nemen en willen de situatie van meerdere begunstigden voorkomen.

---

<sup>6</sup> Concept MvT para 4.2.3 p. 24.

28. Een bankgarantie waarbij de CI de begunstigde is en dus de partij is die mag claimen onder de bankgarantie, zou voor de banken wellicht tegemoet kunnen komen aan deze kanttekening. Daarbij is van belang dat de certificaathouder een betalingsverplichting heeft tegenover CI.
29. Een bankgarantie biedt zekerheid voor de voldoening van een vordering van de begunstigde. Bankgaranties waarin de begunstigde niet de schuldeiser is, komen in principe niet voor. Dat is begrijpelijk omdat dit erop neer zou komen dat de begunstigde zekerheid krijgt voor een vordering van een ander. Kortom, als de CI begunstigde is van de bankgarantie, moet zij zelf een vordering hebben op de betreffende certificaathouder. In het Wetsvoorstel en de MvT wordt evenwel niet duidelijk of de CI een vordering heeft op de certificaathouder terzake van de benadeelde partijen ten behoeve van wie de bankgarantie zekerheid moet bieden.

### Looptijd bankgarantie

30. Het is van belang dat de looptijd van de bankgarantie niet te lang is en duidelijk is wanneer de bankgarantie precies eindigt. Banken zijn over het algemeen terughoudend om bankgaranties te stellen met al te lange looptijden. Bij een lange looptijd is de kans groter dat zich risico's of gewijzigde omstandigheden voordoen, terwijl de verplichting uit hoofde van de bankgarantie onverminderd doorloopt. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een faillissement van de opdrachtgever van de bankgarantie of andere omstandigheden waardoor de bank genoodzaakt is om de relatie met de klant te beëindigen. Dat is voor banken onwenselijk. Iedere bank afzonderlijk maakt een eigen beoordeling over wat daarbij acceptabel is. Naarmate de looptijd van bankgarantie (te) lang is, kunnen banken besluiten om bankgaranties niet (zonder meer) te verstrekken of om daarvoor hogere kosten te rekenen.
31. Het einde van de looptijd moet precies worden bepaald, zodat alle betrokken partijen exact weten wanneer aanspraken onder de bankgarantie niet langer mogelijk zijn. Hiertoe moet sprake zijn van een vaste einddatum. Zoals hiervoor toegelicht, kan het verstrijken van de looptijd niet zijn gekoppeld aan onderwerpen uit de onderliggende rechtsverhouding waarover de bank geen oordeel kan vellen. De banken zullen dergelijke bepalingen omtrent looptijd niet opnemen in bankgaranties.
32. Een voorbeeld waarbij deze kanttekening geldt is het volgende. De MvT bepaalt: *'Als bij enige periodieke controle gedurende de looptijd van het certificaat blijkt dat in het daaraan voorafgaande jaar het loon dat is betaald aan ter beschikking gestelde arbeidskrachten, minder bedraagt dan tien procent van de totale loonsom, vervalt de verplichting om een bankgarantie te stellen.'*<sup>7</sup> De banken kunnen dit niet controleren en vaststellen. Het is in dat geval aan de begunstigde om de bank voor einde van de looptijd te ontslaan uit de verplichtingen uit hoofde van de bankgarantie.

### Contractsvrijheid

33. Volgens het Wetsvoorstel is een certificaathouder - de betrokken uitlener - *'verplicht gedurende de geldigheidsduur van het certificaat en het voorlopige certificaat financiële zekerheid te stellen in de vorm van een bankgarantie'* (artikel 12k lid 1). Hiermee wordt een door banken aangeboden commercieel betalingsproduct ingebed in deze wettelijke regeling. Dit lijkt onwenselijk.
34. De uitlener wordt op deze wijze immers afhankelijk van de bank om het certificaat te kunnen verkrijgen en daarmee dus om werkzaam te kunnen zijn als uitlener. Dit terwijl het voor een uitlener (of welke andere soort onderneming dan ook) niet altijd mogelijk zal zijn om door een

---

<sup>7</sup> Concept MvT para 4.2.3 p. 25.

bank een bankgarantie te laten stellen. Of slechts voor een lager bedrag dan het (in artikel 12k lid 2) verlangde maximumbedrag. De reden daarvan kan zijn dat de uitlener over onvoldoende middelen beschikt om het volledige bedrag van de bankgarantie te storten in een (aan de bank verpand) depot bij de bank of dat de bank de uitlener niet voldoende kredietwaardig acht voor dat bedrag. Maar er kunnen ook andere redenen zijn op grond waarvan de uitlener geen bankgarantie kan laten stellen, bijvoorbeeld op basis van KYC/CDD-argumenten vanuit de bank (o.a. ten aanzien van buitenlandse entiteiten), vanwege het commerciële beleid van de bank, etc. Met name die andere redenen zijn niet aan de orde als gekozen zou worden - zoals hierboven benoemd - voor het alternatief waarbij de uitlener een waarborgsom stort bij de CI. Daarmee wordt voorkomen dat een uitlener om dergelijke redenen niet als uitlener zou kunnen gaan werken (omdat niet aan het vereiste van een voor haar gestelde bankgarantie kan voldoen), terwijl die redenen wellicht geen belemmering vormen om het certificaat te verkrijgen als er met een waarborgsom-constructie zou worden gewerkt.

35. Mocht er toch worden gekozen voor een werkwijze met een bankgarantie (wat de banken dus - zoals hierboven benoemd - afraden), dan wensen de banken te benadrukken dat - mede gelet op hetgeen in de voorgaande alinea is opgemerkt - de verplichting voor uitleners om voor het verkrijgen van een certificaat (onder andere) een bankgarantie te laten stellen naar de mening van de banken niet geïnterpreteerd mag en kan worden als een (wettelijk) recht op een bankgarantie voor uitleners. Dit zou indruisen tegen het beginsel van contractsvrijheid dat geldt in de relatie tussen banken en hun (potentiële) zakelijke klanten<sup>8</sup>, op grond waarvan een bank zelf kan beslissen of zij een bankgarantie voor een klant wenst te verstrekken.

### Kosten bankgarantie

36. Volgens het Wetsvoorstel bedraagt de bankgarantie € 100.000 in het geval van verlening van een certificaat en € 50.000 in het geval van verlening van een voorlopig certificaat. Aan een bankgarantie zijn altijd kosten verbonden voor de opdrachtgever. De voornaamste kostenpost van de bankgarantie is de provisie die betaald moet worden. De provisie bestaat uit een percentage van de gegarandeerde som en wordt veelal op jaarbasis berekend. Volgens de MvT wordt ten aanzien van bankgaranties uitgegaan van een tarief van 2% op jaarbasis. De NVB benadrukt dat het percentage door iedere bank afzonderlijk per individueel geval zal worden vastgesteld. De provisie is namelijk afhankelijk van vele factoren en zal daarom ook per bank verschillen. Naast de periodieke provisie kunnen er ook andere kosten verbonden zijn aan de bankgarantie. Te denken valt aan kosten voor de aanvraag van een bankgarantie, het behandelen van een claim, kosten voor het wijzigen van een bankgarantie en verzendkosten. Gelet op voornoemde bedragen van de bankgarantie betekent het verplicht stellen van een bankgarantie een extra kostenpost voor (startende) uitleners.
37. Uit het Wetsvoorstel volgt dat startende ondernemers een bankgarantie van € 50.000 moeten overleggen. Na zes maanden moet dit worden verhoogd naar € 100.000. Bij een verhoging van het bedrag van de bankgarantie zal echter een geheel nieuwe bankgarantie moeten worden afgegeven voor dit hogere bedrag. Dat betekent dus ook dat de banken opnieuw zullen beoordelen of zij bereid zijn tot afgifte van een bankgarantie voor dit hogere bedrag. Het risico is immers voor de bank met deze verhoging vergroot en de banken zullen dit risico afdekken in een nieuwe contragarantie (zie punt 16). Daarnaast heeft de afgifte van een nieuwe bankgarantie ook tot gevolg dat er opnieuw kosten moeten worden gemaakt.

---

<sup>8</sup> De Hoge Raad heeft weliswaar geoordeeld (in haar arrest d.d. 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, Yin Yang/ING) dat een bank onder bepaalde bijzondere omstandigheden ook tegenover een zakelijke klant gehouden kan zijn om een betaalrekening aan te bieden, maar deze verplichting strekt zich niet uit tot het stellen van bankgaranties.

## Faillissement van de certificaathouder

38. Een faillissement van de certificaathouder compliceert mogelijk de beoogde werking van de bankgarantie op twee manieren. Ten eerste zal het tijdens het faillissement van de certificaathouder niet meer mogelijk zijn om een veroordelend vonnis tegen de certificaathouder te verkrijgen. Dat knelt met het Wetsvoorstel waarin het recht op uitbetaling van de bankgarantie (mede) afhankelijk is van de presentatie van een onherroepelijk gerechtelijk vonnis waarin onderbetaling van loonvorderingen is vastgesteld.<sup>9</sup> Is het faillissement van de certificaathouder reeds ingetreden, dan zal een dergelijk vonnis niet meer kunnen worden verkregen, maar dient de betreffende vordering ter verificatie te worden ingediend.<sup>10</sup>
39. Ten tweede zullen banken de dekking van loonvorderingen onder de bankgarantie mogelijk willen beperken tot maximaal 6 weken na het moment dat de arbeidsovereenkomsten in een faillissement van de certificaathouder door de curator zijn opgezegd. Dit houdt verband met artikel 40 Fw, op grond waarvan de curator arbeidsovereenkomsten in ieder geval met een termijn van zes weken kan opzeggen. Mogelijk brengt de bepaling mee dat vorderingen uit arbeidsovereenkomsten die betrekking hebben op een periode na afloop van de arbeidsovereenkomst, niet via een bankgarantie op de boedel kunnen worden verhaald. Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt namelijk dat een vergelijkbare regel geldt met betrekking tot vorderingen uit huurovereenkomsten.<sup>11</sup> De banken zullen daarom slechts bereid zijn tot afgifte van de bankgarantie indien zij zekerheid hebben dat zij zich volledig kunnen verhalen op de opdrachtgever. Elke onzekerheid hierover zal worden uitgesloten in de bankgarantie.

## Mogelijk alternatief: Storting waarborgsommen bij CI

40. De Tweede Kamer en het Aanjaagteam hebben opgeroepen om in het kader van certificering een waarborgsom te eisen.<sup>12</sup> De waarborgsom wordt in dit Wetsvoorstel vormgegeven door een bankgarantie. Bankgaranties zijn echter niet gelijk aan waarborgsommen. Het zijn twee van elkaar te onderscheiden rechtsfiguren, die weliswaar onder omstandigheden op een vergelijkbare wijze kunnen fungeren en tot hetzelfde resultaat kunnen leiden. Er ontbreekt een toelichting waarom voor een bankgarantie is gekozen en niet voor andere instrumenten zoals het storten van een waarborgsom door de certificaathouder bij de CI.
41. Met de verplichting tot het stellen van een bankgarantie wordt beoogd vluchtig ondernemerschap te voorkomen. Het doel van de bankgarantie is het stellen van financiële zekerheid voor een aantal financiële verplichtingen.<sup>13</sup> Deze financiële zekerheid zou ook kunnen worden bereikt door het gebruik van andere instrumenten zoals de storting van waarborgsommen ad € 50.000 of € 100.000 op een rekening bij de CI als voorwaarde voor het verkrijgen van een (voorlopig) certificaat. Bij de kanttekening ten aanzien van begunstigde is al opgemerkt dat het voor banken niet werkbaar is om

<sup>9</sup> Zie concept MvT par. 4.2.3, p. 24.

<sup>10</sup> Zie art. 26 Fw. Zie nader E.F. Groot, *Faillissementsprocesrecht (Recht & Praktijk nr. InsR16)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/4.6.2; Rb. Amsterdam 30 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1521, ro. 4.11.

<sup>11</sup> Uit art. 39 Fw volgt dat de curator huurovereenkomsten in ieder geval met een termijn van 3 maanden kan opzeggen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat schadevergoedingsvorderingen in verband met leegstand wegens de opzegging van huurovereenkomsten door de curator op geen enkele wijze ten laste van de boedel mogen worden gebracht, ook niet via een huurgarantie. Sindsdien dekken huurgaranties geen vorderingen meer die strekken tot vergoeding van leegstandschade. Zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, JOR 2017/117, m.nt. J.J. van Hees (Hansteen/Verwiel q.q.).

<sup>12</sup> Concept MvT para 4.2.3. p. 23.

<sup>13</sup> Concept MvT para 4.2.3. p. 17.



bankgaranties te stellen voor nog nader te bepalen begunstigen aan de hand van een algemeen omschreven groep van mogelijk benadeelden. Bankgaranties met de CI als begunstigde zou wellicht tot de mogelijkheid behoren, mits de certificaathouder een betalingsverplichting heeft tegenover de CI. De CI zou de waarborgsommen in een waarborgfonds kunnen beheren en telkens kunnen beoordelen of er een gerechtvaardigd verzoek is tot uitbetaling onder het waarborgfonds. Kortom, met een waarborgsom zou daarom hetzelfde resultaat kunnen worden behaald als met een bankgarantie, terwijl een aantal beperkingen/nadelen bij het gebruik van bankgaranties niet geldt.

42. Het verkrijgen van financiële zekerheid door middel van een bankgarantie als instrument en de bank als partij die een claim uitbetaalt, maakt het geheel nodeloos onzeker en complex en is naar de mening van banken ook duurder dan waarborgsommen die gestort worden door de certificaathouder (in een waarborgfonds dat wordt beheerd) bij de CI. Economisch gezien wordt namelijk met de waarborgsom hetzelfde resultaat bereikt als met een bankgarantie: voor een bankgarantie is het immers vereist dat het bedrag van de bankgarantie geblokkeerd en verpand op een rekening wordt aangehouden als zekerheid voor eventuele betalingsverplichtingen onder de contragarantie. De banken stellen daarom dan ook voor dat alternatieven voor de bankgarantie worden onderzocht.

### Slot

43. De NVB spreekt graag nogmaals haar waardering uit voor de intentie van wetgever en regering om arbeidskrachten beter te beschermen en malafide partijen van de markt te weren. Met het oog op de hiervoor beschreven kanttekeningen betwijfelt de NVB echter of een bankgarantie een geschikt instrument is om vorm te geven aan de door het ministerie beoogde waarborgsomconstructie. Het is onzeker of de constructie die het ministerie voor ogen heeft praktisch uitvoerbaar is.
44. De NVB staat dan ook afwijzend tegenover het voorstel om de verlening van een certificaat bij wet specifiek te koppelen aan het overleggen van een bankgarantie. Voorkomen moet worden dat het certificaat wettelijk gebonden is aan constructie waar de praktijk geen uitvoering aan kan geven. De NVB vraagt het ministerie om na te denken over alternatieve constructies, zoals een waarborgsom in eigenlijke zin. Bovendien zou het ministerie kunnen overwegen om in de wet niet een specifieke constructie vast te leggen, maar een algemene verplichting tot zekerheidsstelling, waaraan bij AMvB nadere eisen kunnen worden gesteld, of waaraan de CI nadere eisen kan stellen (met inachtneming van de bovengenoemde kanttekeningen). Op die manier laat de wet meer ruimte om de constructie aan te passen op ontwikkelingen, zonder dat daarvoor de wet dient te worden gewijzigd.

### Contactinformatie

Kaajal Dewnarain

dewnarain@nvb.nl